

WYROK
z dnia 27 kwietnia 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Monika Kawa-Ogorzałek

Protokolant: Marcin Jakóbczyk

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 kwietnia 2018 r. w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 kwietnia 2018 r. przez wykonawcę **AG-COMPLEX Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**

w postępowaniu prowadzonym przez **Urząd m. st. Warszawy Urząd Dzielnicy Praga-Południe, ul. Grochowska 274, 03-841 Warszawa**

przy udziale wykonawcy **OSKARBUD A. S., ul. Kordeckiego 11, 05-230 Kobylka** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: 707/18 po stronie Zamawiającego

orzeka:

- 1) uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu dokonanie unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz unieważnienia czynności badania i oceny ofert, powtórzenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, poprzedzone wezwaniem wykonawcy OSKARBUD A. S. do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp;
- 2) kosztami postępowania obciąża Zamawiającego i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 11 100 zł (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Sygn. akt KIO 707/18

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. z 2017 r., poz. 1579) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Zamawiający – Urząd Dzielnicy Praga-Południe prowadzi na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 ze zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie, przedmiotem którego jest *„Bieżąca kontrola, konserwacja i naprawy wyposażenia placów zabaw będących w utrzymaniu Dzielnicy Praga-Południe m. st. Warszawy, zlokalizowanych na terenie Dzielnicy Praga-Południe w Warszawie w latach 2018-2020”*.

W dniu 10 kwietnia 2018 r. Zamawiający poinformował wykonawców biorących udział w postępowaniu o wyborze najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę Oskarbud A. S. (dalej: „Przystępujący”).

Na powyższą czynność Zamawiającego odwołanie wniósł wykonawca AG-Complex sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Odwołujący”), zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 90 ust. 1a pkt 1 Pzp poprzez uznanie, że rozbieżność pomiędzy ceną oferty Przystępującego, a średnią arytmetyczną cen wszystkich złożonych ofert wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia,

2) art. 90 ust. 1 Pzp, poprzez zaniechanie wezwania Przystępującego do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny w sytuacji, gdy w postępowaniu zaistniały okoliczności obligujące Zamawiającego do dokonania czynności wezwania,

3) art. 91 ust. 1 Pzp w zw. z art. 7 ust. 3 Pzp poprzez wybór oferty Przystępującego, pomimo istnienia domniemania prawnego, że oferta tego wykonawcy zawiera rażąco niską cenę,

4) art. 7 ust 1 Pzp poprzez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców w przedmiotowym postępowaniu.

W oparciu o tak przedstawione zarzuty wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz unieważnienie czynności badania i oceny ofert,

2) powtórzenie czynności badania oferty złożonej przez Przystępującego poprzez wezwanie tego wykonawcy do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp,

3) odrzucenie oferty Przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w przypadku, gdy wyjaśnienia złożone w trybie art. 90 ust. 1 Pzp będą potwierdzać, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub gdy Wykonawca nie udzieli wyjaśnień,

4) dokonanie czynności oceny ważnej oferty zgodnie z kryteriami oceny ofert określonymi w SIWZ na podstawie art. 91 ust. 1 Pzp,

5) dokonanie wyboru oferty Odwołującego, jako najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu zgodnie z art. 91 ust. 1 Pzp.

Uzasadniając odwołanie Odwołujący wskazał, że Zamawiający w Części IV pkt 22 ppkt 1 SIWZ Zamawiający określił kryteria oceny ofert, jakimi będzie się kierować dokonując czynności wyboru najkorzystniejszej oferty:

Cena brutto - ryczałtowe miesięczne wynagrodzenie brutto	- 55%
Stawka roboczogodziny brutto (stawka roboczogodziny netto powiększona o narzuty kosztów pośrednich i zysku, bez podatku)	- 5%
Czas reakcji	- 20%
Liczba pracowników bezpośrednio wykonujących przedmiot zamówienia, określony w § 1 ust. 3 pkt 1, 3, 4, 9 i 10	- 20%

Natomiast w Części I pkt 9 ppkt 3 SIWZ Zamawiający wskazał, że podane przez Wykonawcę wynagrodzenie miesięczne ma charakter ryczałtowy, obejmuje koszty robocizny, materiałów i sprzętu oraz wszelkie koszty związane z realizacją zamówienia. Wykonawca składając ofertę i przedstawiając cenę brutto za wykonanie usługi będącej przedmiotem zamówienia powinien skalkulować wszystkie koszty związane z realizacją zadania.

Do upływu terminu składania ofert w postępowaniu zostały złożone następujące oferty:

- 1) Oskarbud A. S. z ceną brutto 2 656,80 zł , stawką robocizny - 31,25 zł, czasem reakcji 15 minut oraz liczbą pracowników – 5.
- 2) AG-Complex Sp. z o.o. z ceną brutto 10 000,00 zł, stawką robocizny - 18,17 zł, czasem reakcji - 15 minut oraz liczbą pracowników – 5.

Na realizację zamówienia Zamawiający przeznaczył kwotę 300.000,00 zł.

Odwołujący wskazał, że w stosunku do oferty złożonej przez Przystępującego zachodzi podejrzenie rażąco niskiej ceny z uwagi na fakt, że cena oferty tego wykonawcy jest niższa o 58,02% od średniej cen złożonych ofert w postępowaniu, która wynosi: 6 328.40 zł. Różnica pomiędzy ceną oferty Przystępującego od średniej cen złożonych ofert uzasadniała tym samym, w ocenie Odwołującego konieczność zwrócenia się do ww. wykonawcy z żądaniem wyjaśnienia ceny oferty.

Odwołujący podkreślił, że ustawa Pzp określa obowiązki Zamawiającego, których nie może zaniechać. Rozpoczęcie procesu wyjaśniania wysokości zaoferowanej ceny lub kosztu przez Zamawiającego jest obowiązkowe w przypadku, gdy zachodzą przesłanki sformułowane w art. 90 ust. 1a pkt 1 Pzp. Odwołujący wskazał, że Zamawiający w informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty w żaden sposób nie wskazał, że w przedmiotowym przypadku zaszyły przesłanki, o których mowa w art. 90 ust. 1a pkt 1 Pzp wyłączające konieczność wezwania Przystępującego do złożenia wyjaśnień.

Odwołujący zauważył, iż przepis 90 ust. 1a pkt 1 Pzp przewidujący odstępstwo od obowiązku wezwania pomimo zaistnienia przesłanek ku temu, jeżeli rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia - nie precyzuje, o jakie okoliczności chodzi. Uprawnione wydaje się przyjęcie, że może to dotyczyć przykładowo sytuacji, gdy niektóre oferty, podlegające odrzuceniu, (jako niezgodne z SIWZ w zakresie opisu przedmiotu zamówienia) mają znacząco zawyżone ceny, co przekłada się także na wyższą średnią arytmetyczną cen wszystkich złożonych ofert. W takim przypadku Zamawiający mógłby podjąć decyzję o niezwracaniu się o udzielenie wyjaśnień.

Uwzględniając powyższe, Odwołujący stwierdził, iż powyższy zarzut jest w pełni uzasadniony mając na uwadze brak jakiegokolwiek uzasadnienia przez Zamawiającego odstąpienia od wezwania do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny w ofercie Przystępującego w trybie art. 91 ust. 1a pkt 1 Pzp oraz fakt, że do wyliczenia średniej ceny złożonych ofert uwzględniono ofertę Odwołującego, która nie została przez Zamawiającego odrzucona (jest zgodna ze SIWZ). Podkreślić w tym miejscu należy, że Zamawiający nie wskazał, jaka jest szacunkowa cena miesięczna ustalona przez niego na potrzeby oszacowania wartości przedmiotu zamówienia, zatem nie można nawet stwierdzić, czy cena miesięczna zaproponowana przez Przystępującego nie jest mniejsza niż 30% wartości szacunkowej miesięcznej ustalonej przez Zamawiającego.

Uzasadniając zarzut nr 2 Odwołujący wskazał, że przedmiot zamówienia obejmuje codzienną kontrolę 14 placów zabaw. W związku z powyższym Przystępujący winien przyjąć do wyceny codzienne pokonanie trasy na dotarcie do wszystkich placów zabaw licząc od siedziby Przystępującego, co miesięcznie daje liczbę 3045 km. Ponadto wskazał, że zakładając, że jeden z zatrudnionych pracowników jest osobą nadzorującą, a codzienna kontrola każdego z 14 placów zabaw zajmie, co najmniej 30 minut, na jednego pracownika przypada, zatem kontrola, co najmniej 3,5 placów zabaw. Uwzględniając powyższe, każdy z 4 pracowników musi poświęcić 1,75 rbg na wykonanie codziennej kontroli. Odnosząc powyższe na cenę zaoferowaną przez Przystępującego w wysokości 2 656,80 zł cena netto miesięczna wynosi: 2 160,00 zł, w w/w cenie należy uwzględnić:

- 1) koszt miesięczny pracy 5 pracowników w wysokości 4861,77 zł,
- 2) koszt miesięczny paliwa na dojazdy w wysokości: 1275,90 zł.

Mając powyższe na uwadze, uwzględnienie jedynie kosztów zatrudnienia pracowników oraz kosztów dojazdów do placów zabaw w okresie miesięcznym ponad dwukrotnie przekracza wysokość netto ceny miesięcznej zaoferowanej przez Przystępującego.

Odwołujący wskazał ponadto, że zgodnie ze wzorem umowy Zamawiający wymagał od wykonawców.

- 1) ujęcia w cenie ryczałtowej miesięcznej kosztów materiałów i sprzętu niezbędnych do obsługi placów i obiektów małej architektury (§9 ust. 3 zał. nr 9 do SIWZ)
- 2) posiadania ubezpieczenia OC kontraktowej (§8 zał. nr 9 do SIWZ)
- 3) wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy w wysokości 3% wartości umowy (§12 zał. nr 9 do SIWZ).

Ponadto, biorąc pod uwagę przedmiot umowy, zgodnie z przepisami prawa pracy Wykonawca ma obowiązek wyposażenia pracowników w narzędzia i materiały, a także w odzież i obuwie robocze oraz w środki ochrony indywidualnej i higieny osobistej (art. 104¹ §1 KP). Cena miesięczna zaoferowana przez Przystępującego nie dość, że nie uwzględnia podstawowych kosztów pracy i kosztów dojazdów (samego paliwa) to nie da się w niej pozostałych kosztów wynikających wprost z umowy i przepisów prawa powszechnie obowiązującego.

Odwołujący powołując się również na minimalne wymogi wynikające z OPZ oraz wzoru umowy wskazał, iż Przystępujący w cenie miesięcznej oferty nie uwzględnił kosztów w wysokości co najmniej 830 zł netto.

Ponadto wskazał, że w chwili obecnej Przystępujący wykonuje dla Zamawiającego tożsame zamówienie, którego wykonanie pozostawia wiele do życzenia w zakresie jego należytej realizacji, co jego zdaniem potwierdzają załączone do odwołania zdjęcia.

Reasumując Odwołujący stwierdził, że powyższy zarzut jest w pełni uzasadniony mając na uwadze wymagania Zamawiającego, co do realizacji przedmiotu zamówienia uwzględnione w OPZ jak i we wzorze umowy. Już sam Zamawiający mógł dokonać podstawowych obliczeń w zakresie kosztów zatrudnienia pracowników jak i kosztów dojazdów do placów zabaw co potwierdziłoby bezsprzecznie rażąco niską miesięczną cenę realizacji usług. Zamawiający oceniając ofertę Przystępującego nie uwzględnił żadnych swoich wymagań. Akceptacja jakiegokolwiek ceny przez Zamawiającego jest co najmniej nierozsądna.

Uzasadniając zarzut nr 3 Odwołujący stwierdził, iż Zamawiający dopuścił udział oferty Przystępującego, która nie została zweryfikowana pod kątem rażąco niskiej ceny, zatem może podlegać odrzuceniu. Tym samym w ocenie Odwołującego Zamawiający naruszył podstawowe zasady udzielenia zamówień publicznych, w szczególności w zakresie równego traktowania wykonawców.

Przystępujący w piśmie procesowym z dnia 26 kwietnia 2018 r. wniósł o oddalenie odwołania, uznając zarzuty za oczywiście niezasadne.

Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowienia SIWZ, jak również oświadczenia i stanowiska stron złożone w trakcie rozprawy, ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem całości odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 Pzp.

Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone w art. 179 ust. 1 Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody, polegającej na niezyskaniu zamówienia.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu wykonawcę Oskarbud A. S. zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Izba ustaliła:

I. W niniejszym postępowaniu oferty złożyli dwaj wykonawcy:

- 1) Odwołujący z miesięcznym wynagrodzeniem ryczałtowym brutto w wysokości 10 000 zł i stawką za roboczogodzinę w wysokości 18,17 zł,
- 2) Przystępujący z miesięcznym wynagrodzeniem ryczałtowym brutto w wysokości 2658,80 zł i stawką za roboczogodzinę w wysokości 31,25 zł.

II. Zamawiający na realizację zamówienia przeznaczył kwotę 300 000 zł.

III. Z notatki przetargowej z dnia 22 marca 2018 r. wynika, że: „porównała ceny zaproponowanych przez Wykonawców uznaje, że nie zachodzą przesłanki wskazujące na konieczność badania rażąco niskiej ceny. Zaproponowana przez wykonawcę OSKARBUD A. S. z siedzibą w Kobyłce 05-230 przy ul. Ks. A. Kordeckiego 11, cena brutto – miesięcznie ryczałtowe wynagrodzenie brutto – 2656,80 zł za wykonanie przedmiotu umowy jest wyższa o 41% od miesięcznego wynagrodzenia ryczałtowego za usługi realizowane przez tę firmę na podstawie umowy dotyczącej tego samego zadania w latach 2015-2017. Realność cen i jakość wykonywanych do tej pory usług została zweryfikowana podczas 3-letniej współpracy z firmą Oskarbud A. S., nie budząc zastrzeżeń Zamawiającego”.

Izba zważyła:

Cena ofertowa Przystępującego była niższa o 58,02 % od średniej arytmetycznej cen złożonych ofert. W związku z powyższym stwierdzić należy, że spełniona została przesłanka do przeprowadzenia przez Zamawiającego postępowania wyjaśniającego w przedmiocie prawidłowości zaoferowanej przez Przystępującego ceny oferty na podstawie w art. 90 ust. 1a pkt 1 Pzp. Podkreślić należy, że przeprowadzenie tych czynności jest dla Zamawiającego obowiązkowe i nie może go zastąpić postępowanie dowodowe w toku postępowania odwoławczego.

Izby stwierdziła, że Zamawiający nie wykazał, iż w prowadzonym postępowaniu zaszyły przesłanki umożliwiające mu odstąpienie od przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego. Za taką okoliczność nie może bowiem zostać uznany fakt, iż cena wynagrodzenia zaoferowana w niniejszym postępowaniu jest o 41% wyższa od miesięcznego wynagrodzenia ryczałtowego za usługi realizowane przez firmę Przystępującego w takim przedmiocie w latach wcześniejszych. Taką okolicznością nie może być również fakt zaoferowania przez drugiego z wykonawców wynagrodzenia znacznie - zdaniem Zamawiającego - zawyżonego. Zgodnie bowiem z art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy różnice cenowe i rozbieżności muszą wynikać z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnień.

W opinii Izby, uwzględniając fakt, iż Odwołujący wykazywał, że zaoferowana przez Przystępującego cena jest ceną rażąco niską, zaś Przystępujący twierdził, iż jest ona ceną realną, umożliwiającą prawidłowe wykonanie zamówienia oraz ponadto, że to cena oferty Odwołującego jest ceną znacznie zawyżoną - potwierdza, że w rozpoznawanej sprawie nie mamy do czynienia z „oczywistymi okolicznościami” umożliwiającymi odstąpienie od wezwania do udzielenia wyjaśnień. Takie stwierdzenie można odnosić bowiem jedynie do zdarzeń i faktów dostrzeganych natychmiast, bez konieczności dokonywania analizy podobnych sytuacji (okoliczność oczywista). W sprawie rozpatrywanej przesłanka zwalniająca z obowiązku badania ceny jednak nie wystąpiła.

Tym samym Zamawiający winien był zastosować procedurę przewidzianą w art. 90 ust. 1a pkt 1 Pzp, celem wyjaśnienia, czy zaoferowana przez Przystępującego cena nie jest ceną rażąco niską.

Potwierdziły się również zarzuty odwołania dotyczące naruszenia przez Zamawiającego art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 3 Pzp, jak bowiem wskazano Zamawiający winien był wezwać Przystępującego do złożenia wyjaśnień odnośnie rażąco niskiej ceny i dopiero po ich uzyskaniu i ocenie, dokonać wyboru oferty najkorzystniejszej.

Wezwanie do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny ma w sposób jednoznaczny i kategoryczny wykazać realność zaoferowanej ceny, a w przypadku braku takiego wykazania brak jest podstaw do przyjęcia, że zaoferowana cena ma charakter rynkowy. Izba podkreśla, że cena w poprzednim postępowaniu - na które powołuje się Zamawiający, była określana kilka lat temu i odnoszenie tamtej sytuacji do stanu obecnego u wykonawcy jest niezasadne. Zauważyć należy, że w przeciągu tych kilku lat sytuacja organizacyjna i ekonomiczna tego samego podmiotu, rzutująca na koszty jego funkcjonowania mogła ulec znaczącym zmianom. Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest prowadzone obligatoryjnie w formie pisemnej. Zamawiający nie może oceniać realności ceny zaoferowanej przez wykonawcę na podstawie swojej wiedzy, czy swoich ustaleń. Ten fakt musi wynikać z dokumentacji postępowania. Tym samym wystąpienie o złożenie wyjaśnień, czy zaoferowana cena nie jest rażąco niska Izba uznaje za uzasadnione.

Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm.), zaliczając w poczet kosztów postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania uiszczony przez Odwołującego oraz zasądzając od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 11 100,00 zł, stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz koszty wynagrodzenia pełnomocnika.

Przewodniczący: