

WYROK
z dnia 13 stycznia 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Marek Koleśnikow

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **12 stycznia 2012 r.** w Warszawie odwołania z dnia **30 grudnia 2011 r.** wniesionego przez wykonawcę **Zakład Usług Mieszkaniowych Sp. z o.o. z siedzibą w Kwidzynie, ul. Kościuszki 43, 82-500 Kwidzyn** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Gmina Miejska Kwidzyn, ul. Warszawska 19, 82-500 Kwidzyn**

przy udziale wykonawcy **Zakład Gospodarki Mieszkaniowej Sp. z o.o. z siedzibą w Bytomiu, ul. Strzelców Bytomskich 127a, 41-914 Bytom** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje unieważnić czynność wyboru najkorzystniejszej oferty oraz dokonać ponownie czynności badania i oceny ofert.**
2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego **Gmina Miejska Kwidzyn, ul. Warszawska 19, 82-500 Kwidzyn**
i nakazuje:
 - 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczone przez wykonawcę **Zakład Usług Mieszkaniowych Sp. z o.o. z siedzibą w Kwidzynie, ul. Kościuszki 43, 82-500 Kwidzyn**, tytułem kosztów postępowania odwoławczego;
 - 2) dokonać wpłaty kwoty **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) przez zamawiającego **Gmina Miejska Kwidzyn, ul. Warszawska 19,**

82-500 Kwidzyn na rzecz wykonawcy **Zakład Usług Mieszkaniowych Sp. z o.o. z siedzibą w Kwidzynie, ul. Kościuszki 43, 82-500 Kwidzyn** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, Nr 161, poz. 1078 i Nr 182, poz. 1228 oraz z 2011 r. Nr 5, poz. 13, Nr 28, poz. 143 i Nr 87, poz. 484) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Gdańsku**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający **Gmina Miejska Kwidzyn, ul. Warszawska 19, 82-500 Kwidzyn** wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą »Zarządzanie gminnym zasobem mieszkaniowym i całoroczne utrzymanie w czystości terenów przynależnych«.

Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, Nr 161, poz. 1078 i Nr 182, poz. 1228 oraz z 2011 r. Nr 5, poz. 13, Nr 28, poz. 143 i Nr 87, poz. 484) zwanej dalej w skrócie Pzp lub ustawą bez bliższego określenia.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 20.10.2011 r. pod nrem 2011/S 205-334365.

Zamawiający zawiadomił 22.12.2011 r. o wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy Zakład Gospodarki Mieszkaniowej sp. z o.o. z siedzibą w Bytomiu, ul. Strzelców Bytomskich 127a, 41-914 Bytom.

Wykonawca Zakład Usług Mieszkaniowych sp. z o.o. z siedzibą w Kwidzynie, ul. Kościuszki 43, 82-500 Kwidzyn, zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 1 Pzp, wniósł 30.12.2011 r. do Prezesa KIO odwołanie na:

- 1) naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp i art. 90 ust. 3 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty zawierającej rażąco niską cenę;
- 2) naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 3 i art. 7 ust. 1 Pzp przez nie zapewnienie zachowania uczciwej konkurencji w postępowaniu.

Odwołujący wniósł o:

- 1) unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy ZGM;
- 2) zasądzenie od zamawiającego kosztów postępowania.

Argumentacja odwołującego

W postępowaniu zostały złożone dwie oferty:

- 1) oferta nr 1 – Zakładu Gospodarki Mieszkaniowej sp. z o.o. w Bytomiu, ul. Strzelców Bytomskich nr 127, 41-914 Bytom:
 - a) zarządzanie zasobem mieszkaniowym – 0,25 zł/m² brutto pow. użytkowej,

- b) całoroczne utrzymanie czystości chodników i dojeżdżanie do budynków, wjazdów na posesję, dróg wewnętrznych i podwórek – 0,09 zł/m² brutto,
 - c) konserwacja trawników, drzew i żywopłotów – 0,37 zł/m² brutto;
- 2) oferta nr 2 – Zakładu Usług Mieszkaniowych sp. z o.o. w Kwidzynie, ul. Kościuszki 43, 82-500 Kwidzyn:
- a) zarządzanie zasobem mieszkaniowym – 0,41 zł/m² brutto pow. użytkowej,
 - b) całoroczne utrzymanie czystości chodników i dojeżdżanie do budynków, wjazdów na posesję, dróg wewnętrznych i podwórek – 0,10 zł/m² brutto,
 - c) konserwacja trawników, drzew i żywopłotów – 0,57 zł/m² brutto.

Kryterium oceny była najniższa cena (C) wyliczona w sposób następujący z zastosowaniem wag poszczególnych składników cenowych:

$C = C_z \times 35\% + C_u \times 45\% + C_k \times 20\%$ gdzie:

C_z – to cena zarządzania zasobami mieszkaniowymi (waga 35%),

C_u – to cena całorocznego utrzymania czystości chodników i dojeżdżanie do budynków, wjazdów na posesję, dróg wewnętrznych i podwórek (waga 45%),

C_k – to cena konserwacji trawników, drzew i żywopłotów (waga 20%).

W powyższych warunkach cena C wyliczona w sposób zadany przez zamawiającego w przypadku oferty nr 1 ZGM wynosi 0,203 zł/ m², zaś w przypadku oferty nr 2 (odwołującego się) wynosi 0,303 zł/ m².

Zamawiający odczytując oferty podczas sesji otwarcia, a następnie udzielając informacji o wyborze oferty nie wskazał ceny C, lecz wyłącznie składniki tej ceny. Wskazać dalej trzeba, że zamawiający, co wynika z treści protokołu sesji otwarcia ofert, przeznaczył na przedmiot zamówienia kwotę brutto 1.908.725,26 zł i podał jednocześnie planowane na tą wartość składniki ceny:

- 1) zarządzanie zasobem mieszkaniowym – 0,50 zł/m² brutto pow. użytkowej;
- 2) całoroczne utrzymanie czystości chodników i dojeżdżanie do budynków, wjazdów na posesję, dróg wewnętrznych i podwórek – 0,25 zł/m² brutto;
- 3) konserwacja trawników, drzew i żywopłotów – 0,25 zł/m² brutto.

Przy takiej prognozie zamawiający założył cenę C 0,338 zł/m², która jest wyższa od obu ofert.

Analiza porównawcza wskazuje, że cena zaproponowana przez wykonawcę nr 1 ZGM w stosunku do ceny proponowanej przez zamawiającego stanowi 60% tej ceny.

Uwzględniając składniki ceny to wynagrodzenie wykonawcy z oferty nr 1 ZGM wyniosłoby w okresie wykonywania umowy kwotę 1.250.514,34 zł co obrazuje poniższe zestawienie: 0,25 zł/m² za zarządzanie zasobem mieszkaniowym 0,09 zł/m² za całoroczne

utrzymanie w czystości chodników, dojeżdż do budynków, wjazdów na posesję, dróg wewnętrznych i podwórek 0,37 zł/m² za konserwację trawników, drzew i żywopłotów, tak więc w przypadku tej oferty:

- zarządzanie zasobem mieszkaniowym – 68.240,39 m² x 0,25 zł x 24 m-ce = 409.442,34 zł,
- okresowe utrzymanie czystości podwórek – 123.254 m² x 0,09 zł x 14 m-cy = 155.300,04 zł,
- całoroczne utrzymanie w czystości chodników, dojeżdż do budynków, wjazdów na posesję, dróg wewnętrznych – 36.258,50 m² x 0,09 zł x 24 m-ce = 78.318,36 zł,
- konserwacja trawników, drzew i żywopłotów – 117.269 m² x 0,37 zł x 14 m-cy = 607.453,42 zł

razem 1.250.514,16 zł.

lp.	przedmiot	obliczenia	cena
1	zarządzanie zasobem mieszkaniowym	68.240,39 m ² x 0,25 zł x 24 m-ce =	409.442,34 zł
2	okresowe utrzymanie czystości podwórek	123.254 m ² x 0,09 zł x 14 m-cy =	155.300,04 zł
3	całoroczne utrzymanie w czystości chodników itp.	36.258,50 m ² x 0,09 zł x 24 m-ce =	78.318,36 zł
4	konserwacja trawników, drzew i żywopłotów	117.269 m ² x 0,37 zł x 14 m-cy =	607.453,42 zł
5	razem		1.250.514,16 zł

Porównując wynagrodzenie wykonawcy nr 1 ZGM w stosunku do kwoty jaką przeznaczył na ten cel zamawiający, różnica wynosi 658.211,10 zł co daje podstawę do przyjęcia podejrzenia o zastosowaniu przez wykonawcę nr 1 ZGM rażąco niskiej ceny. Taką wątpliwość wyraził zamawiający w piśmie z 15 grudnia 2011 r. skierowanym do tego wykonawcy, w którym wzywa go do złożenia wyjaśnień.

Udzielając odpowiedzi wykonawca nr 1 ZGM udzielił ogólnikowych wyjaśnień nie popartych żadnym wyliczeniem, które usprawiedliwiłoby i uzasadniałoby oferowane stawki, a jedynie prezentując swoje oczekiwania na podstawie wyników swojej pracy, które jednak mogą być wyłącznie postrzegane jako prognozy wątpliwe i niepewne czy wręcz wprowadzające w błąd.

Wszczęcie procedury określonej w art. 90 ust 1 Pzp ustanawia domniemanie prawne zaofiarowania przez wykonawcę nr 1 ZGM rażąco niskiej ceny. To na wykonawcy nr 1 ZGM

ciężył obowiązek obalenia tego domniemania. Dla zakwalifikowania oferty do dalszego postępowania nie może być wystarczające złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, lecz wyjaśnień odpowiednio umotywowanych, przekonujących, że zaproponowana oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Zaistnienie po stronie wykonawcy nr 1 ZGM obiektywnych czynników wpływających na obniżenie ceny oferty powinno być udowodnione. Wykonawca nie może ograniczyć się jedynie do enigmatycznych, ogólnikowych stwierdzeń, jak to czyni wykonawca ZGM.

Wykonawca nr 1 ZGM w udzielanych wyjaśnieniach powinien udowodnić zamawiającemu, że jego cena ofertowa jest realna, wiarygodna, tzn., że z tytułu realizacji zamówienia i pozyskanego za nie wynagrodzenia, przy zachowaniu należytej staranności nie będzie ponosił strat.

Swoją odpowiedzią na wezwanie do wyjaśnień wykonawca nr 1 ZGM nie obala domniemania rażąco niskiej ceny, a w takich warunkach zamawiający uznając je za niewystarczające powinien ofertę tę odrzucić w trybie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp.

Wykonawca nr 1 ZGM w swojej odpowiedzi zawarł informację, że osiągnie ściągalność 60% (Wsc) i osiągnie miesięczne wpływy z zaległości 80.000 zł (Wz).

Biorąc pod uwagę dotychczasowe ceny utrzymania czystości terenów i konserwacji zieleni z uwzględnieniem sezonowości ich wykonywania określone w umowie w § 1 pkt 1.16-1.21 wzoru umowy stanowiącego załącznik A do specyfikacji (co rzutuje na wyliczenie wysokości wynagrodzenia wykonawcy nr 1), ale bez uwzględnienia ich waloryzacji wykonawca nr 1 otrzymałby wynagrodzenie w okresie realizacji zamówienia jak przedstawia prezentowane poniżej zestawienie wyliczone wg wyjaśnień tego wykonawcy: 0,25 zł/m² za zarządzanie gminnym zasobem mieszkaniowym 0,09 zł/m² za całoroczne utrzymanie w czystości chodników, dojeżdż do budynków, wjazdów na posesje, dróg wewnętrznych i podwórek 0,37 zł/m² za konserwację trawników, drzew i żywopłotów. W takim wypadku według tego wykonawcy wynagrodzenie wyniesie za :

- zarządzanie zasobem mieszkaniowym – $(68.240,39 \text{ m}^2 \times 0,25 \text{ zł} \times 24 \text{ m-ce} \times 60\%) + (10\% \times 80.000 \text{ zł} \times 24 \text{ m-ce}) =$
437.665,40 zł,
- okresowe utrzymanie czystości podwórek – $123.254 \text{ m}^2 \times 0,09 \text{ zł} \times 14 \text{ m-cy} =$
155.300,04 zł,
- całoroczne utrzymanie w czystości chodników, dojeżdż do budynków, wjazdów na posesje, dróg wewnętrznych – $36.258,50 \text{ m}^2 \times 0,09 \text{ zł} \times 24 \text{ m-ce} =$
78.318,36 zł,
- konserwacja trawników, drzew i żywopłotów – $117.269 \text{ m}^2 \times 0,37 \text{ zł} \times 14 \text{ m-cy} =$
607.453,42 zł,

razem **1.278.737,22 zł.**

Łącznie z tytułu wykonywania całego zakresu zamówienia Oferent nr 1 na podstawie własnych założeń może otrzymać 1.278.737,22 zł, a nie jak sam podał w wyjaśnieniu 1.823.561,12 zł.

Na podstawie przedstawionych wyliczeń dokonanych przez odwołującego, wynagrodzenie w wysokości 1.823.561,12 zł podane przez wykonawcę nr 1 nie ma oparcia w żadnych realnych wyliczeniach i wprowadza w błąd zamawiającego, ponieważ jest zawyżone, gdyż nie uwzględnia okresowego wykonywania w czasie realizacji zamówienia czynności, które zamawiający wskazał w § 1 pkt 1.16-1.21 wzoru umowy tj. utrzymania czystości podwórek i konserwacji zieleni. Realny poziom wynagrodzenia wynoszący 1.278.737,22 zł wyliczony na podstawie wyjaśnienia wykonawcy nr 1 ZGM, nie pozwoli mu na pełne sfinansowanie przedmiotu zamówienia, a tym samym grozi nienależytym jego wykonywaniem.

Na poparcie tej tezy odwołujący składa własną symulację możliwości wykonania tego zamówienia z uwagi na to, że nie dokonał tego wykonawca nr 1 ZGM, wyliczoną według założeń zamawiającego wymagającego na realizację tego zamówienia zatrudnienia 6 osób (§ 3 ust. 3 pkt 3.11 wzoru umowy).

Koszty obsługi terenów po aktualnie stosowanych cenach u podwykonawców (bez waloryzacji)

Koszty pielęgnacji zieleni wg obecnych stawek $0,18 \text{ zł} \times 117.269 \text{ m}^2 \times 14 \text{ m-cy} = 295.517,88 \text{ zł}$.

Koszty całorocznego utrzymania terenów lato i zima $0,18 \text{ zł} \times 36.258,50 \text{ m}^2 \times 24 \text{ m-ce} = 156.636,72 \text{ zł}$.

Koszty sezonowego utrzymania terenów latem $0,18 \text{ zł} \times 123.254 \text{ m}^2 \times 14 \text{ m-cy} = 310.600,08 \text{ zł}$.

Razem 762.754,68 zł.

Kwota do dyspozycji wykonawcy na realizację całego zamówienia wyniesie 1.278.737,22 zł. Natomiast kwota, którą wykonawca nr 1 ZGM musi przeznaczyć do obsługi terenów wyniesie 762.754,68 zł.

Pozostała kwota, jaką wykonawca nr 1 ZGM będzie przez 2 lata dysponował na zarządzanie mieszkaniowym zasobem komunalnym wyniesie $(1.278.737,22 \text{ zł} - 762.754,68 \text{ zł}) = 515.982,54 \text{ zł}$.

Miesięczna kwota, jaką wykonawca będzie dysponował na pokrywanie kosztów zarządzania gminnym zasobem mieszkaniowym wyniesie: $515.982,54 \text{ zł} : 24 \text{ m-ce} = 21.499,27 \text{ zł}$.

Wyliczenie średniego kosztu zatrudnienia 1 osoby o wymaganych wszechstronnych kwalifikacjach na podstawie kosztów płac pracowników odwołującego.

Fundusz płac 32 pracowników pracujących na rzecz zarządzanych nieruchomości (bez płac zarządu) za listopad 2011 r. wyniósł 110.997,65 zł natomiast świadczenia na rzecz ZUS pracodawcy za ten miesiąc wyniosły 19.990,67 zł co daje średnio:

Średnia płaca (brutto) 3.468,68 zł (netto 2.478,54 zł),

ZUS pracodawcy+ 624,71 zł,

Razem **4.093,39** zł.

Ustalenie proporcji w celu wyliczenia niezbędnej ilości zatrudnienia i zaliczania kosztów na utrzymanie biura.

Cały zasób zarządzanych przez ZUM nieruchomości wynosi 325.128 m², w tym jest 68.240,39 m² zasobu gminnego (1.383 lokale) co stanowi 21% całości.

Zestawienie miesięcznych kosztów zatrudnienia i utrzymania biura przy minimalnej liczbie etatów wynikających z warunków umowy

Minimalne etaty Wymóg dla tak małej liczby etatów – wszechstronni pracownicy z uprawnieniami i dużym doświadczeniem w zarządzaniu	Koszty zatrudnienia	Utrzymanie biura (21%)	wartość
3 pracowników technicznych	4093,39 zł x 3 =	Książeczki opłat	115,25 zł
3 pracowników administracyjnych	12.280,17 zł	Materiały biurowe	367,62 zł
	4093,39 zł x 3 =		
	12.280,17 zł		
	24.560,34 zł	Ogrzewanie 80 m ² x 3 zł x 7 m-cy	240,00 zł
		Energia elektryczna	270,85 zł
		Woda i odpr. ścieków	23,00 zł
		Wywóz nieczystości	59,12 zł
		Wynajem lokalu	2.000,00 zł
		Rozmowy telefoniczne	420,00 zł
		Koszty pocztowe	280,00 zł
			3.775,84 zł

Ogółem koszty zatrudnienia i utrzymania biura wyniosą 28.336,18 zł (24.560,34 zł + 3.775,84 zł).

Wyliczenie miesięcznej kwoty brakującej wykonawcy nr 1 do realizacji zamówienia przedstawia się następująco:

28.336,18 zł – 21.499,27 zł = 6.836,91 zł.

Z tego wyliczenia wynika, że na realizację zamówienia nawet przy tak minimalnym zatrudnieniu z uwzględnieniem kosztów utrzymania biura brakować będzie wykonawcy nr 1 ZGM miesięcznie 6.836,91 zł co w stanowi 24,13% potrzebnej kwoty.

W okresie dwóch lat na realizację zamówienia przy takim poziomie zatrudnienia z uwzględnieniem kosztów utrzymania biura bez jakiegokolwiek zysku i bez uwzględnienia kosztów trudnych do wyszacowania, wykonawcy nr 1 będzie brakować 6.836,91 zł x 24 m-cy = 164.085,84 zł co jest dowodem na stosowanie nieuczciwej konkurencji.

Wykaz kosztów nie ujętych w wyliczeniach ze względu na trudność ich wyszacowania

- prowadzenie księgowości,
- obsługa prawna postępowań na miejscu w Kwidzynie,
- całodobowe przyjmowanie zgłoszeń awarii,
- odpis na fundusz socjalny,
- składka na PFRON,
- koszty szkoleń,
- transport, paliwo, kilometrówki,
- zapewnienie bezpłatnej obsługi bankowej dla wpłat najemców,
- sprzątanie biura,
- prowadzenie postępowań przetargowych na każdy remont niezależnie od wartości zamówienia (wymóg zamawiającego).

Zamawiający bezkrytycznie przyjął również wyjaśnienia wykonawcy nr 1 ZGM dotyczące utrzymania w czystości terenów i konserwacji zieleni. W wyjaśnieniach wykonawca nr 1 ZGM przedstawia, że pielęgnację zieleni będzie wykonywał we własnym zakresie przez mobilne zespoły zadaniowe, nie odnosząc się w ogóle do kosztów tych czynności takich jak noclegi, dojazdy czy delegacje służbowe tych zespołów itp.

Wykonawca ten w ogóle nie odniósł się do całorocznego i okresowego utrzymania terenów, które to czynności wymagają bieżącej, codziennej dyspozycyjności w szczególności w okresie zimy (odsnieżanie i przeciwdziałanie śliskości) oraz stałego bieżącego utrzymania terenów w czystości w okresie lata.

Kiedy złożone wyjaśnienia nie pozwalają na zweryfikowanie wiarygodności ceny złożonej w ofercie, tj. nie zawierają informacji na temat rzeczywistego wpływu powoływanych okoliczności na wysokość ceny, wówczas wypełniona zostaje przesłanka do odrzucenia oferty, a tym samym wykonawca ZGM swoją odpowiedzią na wezwanie do wyjaśnień nie

obala domniemania zaoferowania rażąco niskiej ceny, a w takich warunkach zamawiający uznając je za niewystarczające, powinien ofertę tę odrzucić w trybie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp.

Złożenie oferty przez wykonawcę nr 1 ZGM stanowi naruszenie zasad uczciwej konkurencji przez naruszenie art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Złożenie oferty przez wykonawcę ZGM jest „sprzedażą towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia [...] w celu eliminacji innych przedsiębiorców”, co stanowi utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku.

Odwołujący przesłał w terminie kopię odwołania zamawiającemu **29 grudnia 2011 r.** (art. 180 ust. 5 i art. 182 ust. 1-4 Pzp).

Zamawiający przesłał w terminie 2 dni kopię odwołania innym wykonawcom **29 grudnia 2011 r.** (art. 185 ust. 1 *in initio* Pzp).

Wykonawca Zakład Gospodarki Mieszkaniowej sp. z o.o. z siedzibą w Bytomiu, ul. Strzelców Bytomskich 127a, 41-914 Bytom złożył: 1) Prezesowi KIO, 2) zamawiającemu i 3) odwołującemu – zgłoszenie przystąpienia do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania **30 grudnia 2011 r.** (art. 185 ust. 2 Pzp).

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie dokumentacji postępowania, wyjaśnień oraz stanowisk stron zaprezentowanych podczas rozprawy, a także dowodu złożonego przez zamawiającego:

- 1) (dowód nr 1) wyliczenia, z których zamawiający wywodzi, że oferta wykonawcy ZGM Bytom powinna być prawidłowo obliczona na kwotę 1.434.567,08 zł, a oferta wykonawcy ZUM Kwidzyn – 1.829.102,05 zł, a więc o około 22% tańsza, a nie o około 33% tańsza, jak wcześniej omyłkowo to obliczył zamawiający;

dowodów złożonych przez odwołującego:

- 2) (dowód nr 2 i 3) kopie umów na zarządzanie zasobem komunalnym między odwołującym a Gminą Opole na potwierdzenie, że umowy te wygasają od 31 grudnia 2011 r. i w związku z tym będzie mógł bezinwestycyjnie przenieść środki takie jak komputery czy oprogramowanie do wykonywania zamówienia;
- 3) (dowód nr 4) wykaz wartości zamówienia wg zaproponowanych przez przystępującego składników cenotwórczych, gdzie są wskazane koszty w 3 wersjach dla przedsiębiorcy wynagrodzenia 6 pracowników i nawet w

momencie, gdy wszyscy będą otrzymywać po 2.000 zł oraz gdy koszty trudne do wyszacowania będą o 30% niższe niż zakładane przez odwołującego na poziomie 13.968 zł, a więc na poziomie 9.778 zł to i tak wykonawcy ZGM będzie brakować 6.215 zł miesięcznie;

- 4) (dowód nr 5) wykaz wartości zamówień wg zaproponowanych składników cenotwórczych na dowód, że zaproponowane przez odwołującego, wykonawcę ZUM kwoty są realne – na poziomie 1.867.000 zł, a zaproponowane przez przystępującego na poziomie 1.251.000 zł odbiegają od wyliczeń zamawiającego na poziomie 1.878.000 zł, przy czym odwołujący nie brał pod uwagę kosztów sprzętu ani oprogramowania, na które to oszczędności powołuje się przystępujący

– Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie jest zasadne.

W ocenie Izby zostały wypełnione łącznie przesłanki zawarte w art. 179 ust. 1 Pzp, to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz wystąpienia możliwości poniesienia szkody przez odwołującego.

Izba postanowiła dopuścić dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez zamawiającego, potwierdzoną za zgodność z oryginałem oraz dowody złożone przez strony.

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp i art. 90 ust. 3 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty zawierającej rażąco niską cenę – zasługuje na uwzględnienie.

W postępowaniu zamawiający żądał złożenia ofert zawierających tylko składniki cenotwórcze. Następnie sam zamawiający dokonał podstawienia tych składników do wzoru i obliczył wartość ofert oraz porównał te wyniki z założoną przez siebie wartością. W wyniku pomyłki rachunkowej rozbieżność między założeniami zamawiającego a ofertą wykonawcy ZGM Bytom wyniosła około 34% $\{[1 - (1.251 : 1.909)] \times 100\}$, natomiast różnica między założeniami zamawiającego a ofertą wykonawcy ZUM Kwidzyn wyniosła ok. 2% $\{[1 - (1.869 : 1.909)] \times 100\}$. Po korekcie przedstawionej na rozprawie w dowodzie nr 1 te wyniki przedstawiały się dla wykonawcy ZGM Bytom – ok. 25% $\{[1 - (1.435 : 1.909)] \times 100\}$, a dla ZUM Kwidzyn – ok. 4% $\{[1 - (1.829 : 1.909)] \times 100\}$.

Zamawiający stwierdził, że gdyby nie zaszła w jego obliczeniach omyłka rachunkowa, to na podstawie różnicy między swoimi założeniami a wynikami wykonawcy ZGM Bytom

wynoszącymi ok. 25% nie wszczynalby procedury wynikającej z art. 90 ust. 1 Pzp i nie zwróciłby się do wykonawcy ZGM Bytom o wyjaśnienia dotyczące elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Ze względu na brak zarzutu dotyczącego tego zagadnienia sprawa poziomu różnic między założeniami zamawiającego i kosztami ofertowymi nie była rozpoznawana.

Zamawiający na podstawie pierwotnych wyliczeń zwrócił się 15 grudnia 2011 r. do wykonawcy ZGM Bytom o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. W odpowiedzi, wystosowanej we właściwym terminie, wykonawca ZGM Bytom poinformował, że:

- 1) skorzysta z wyposażenia, sprzętu komputerowego, oprogramowania i zaplecza organizacyjnego dotychczas wykorzystywanego do obsługi kontraktu z Opolem, a zwolnionego ze względu na zakończenie tej umowy;
- 2) posiada możliwość zdalnego obsługiwanie oddalonych od centrali punktów obsługi dzięki korzystaniu z nowoczesnych rozwiązań informatycznych;
- 3) przeglądy techniczne, koszenie trawników pielęgnacja żywopłotów będzie wykonywać przez mobilne zespoły zadaniowe bez generowania kosztów;
- 4) łączy w obrębie pojedynczych etatów różne obowiązki i funkcje, co pozwala mu w zadowalający sposób wykonywać funkcje administratora pod nadzorem doświadczonych zarządców nieruchomości i uzyskiwać minimalne stawki jednostkowego wynagrodzenia;
- 5) stosuje motywacyjny dla personelu system działań windykacyjnych.

Jednocześnie wykonawca ZGM Bytom wskazał na inne kwoty miesięczne niż omyłkowo przedstawił zamawiający.

Skład orzekający Izby stwierdza, że nie ma określonego poziomu różnicy między ceną ofertową a kwotą do której odnosi się zamawiający, aby mogła u zamawiającego wystąpić wątpliwość dotycząca zastosowania rażąco niskiej ceny. Zamawiający działający z należytą starannością dosyć często korzystają z procedury zwracania się o wyjaśnienia unormowanej w art. 90 Pzp. Jednak wtedy na wykonawcy spoczywa ciężar wykazania, że zaistniały obiektywne czynniki pozwalające mu na zaoferowanie określonej ceny ofertowej w szczególności określone w art. 90 ust. 2 Pzp.

Wykonawca ZGM Bytom w swoich wyjaśnieniach nie przedstawił żadnego elementu oferty mającego wpływ na zaoferowaną wysokość ceny, który mógłby przemawiać za postawieniem tezy, że wykonawca ten nie zaoferował rażąco niskiej ceny gdyż występują u niego jakiegokolwiek obiektywne czynniki wpływające na wysokość zaoferowanej przez niego ceny. Zwłaszcza wyjaśniający nie odniósł się do poziomu zaproponowanych elementów, które zostały wpisane do oferty.

A to na wykonawcy od momentu zwrócenia się o wyjaśnienia przez zamawiającego w trybie art. 90 ust. 1 Pzp ciąży obowiązek niepodważalnego wykazania, że zaoferowana cena jest ceną realną i nie jest ceną rażąco niską. Wykonawca musi na wiarygodnym poziomie szczegółowości wykazać czynniki, które wpłynęły na wysokość zaoferowanej ceny, a nie na poziomie bardzo ogólnym stwierdzać – jak w rozpoznawanym przypadku, że cyt. „czynności (takie jak przeglądy techniczne, koszenie trawników, przycinanie i pielęgnacja żywopłotów itp.) wykonywane okresowo [...] mamy zwyczaj wykonywać przez mobilne zespoły zadaniowe...”.

W związku z powyższym skład orzekający Izby stwierdził, że zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp i art. 90 ust. 3 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty zawierającej rażąco niską cenę – ze względu na brak wyjaśnienia przez wykonawcę, że nie została zastosowana przez niego rażąco niska cena, a wyjaśnienia potwierdzają, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia – zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący nie wykazał, że złożenie oferty przez wykonawcę ZGM Bytom stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Również odwołujący nie wykazał, że zamawiający nierówno traktował wykonawców w takich samych okolicznościach. W związku z tym zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 i art. 7 ust. 1 Pzp przez nie zapewnienie zachowania uczciwej konkurencji w postępowaniu nie mogą zostać uznane przez skład orzekający Izby.

Zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp i art. 90 ust. 3 Pzp.

Skład orzekający Izby wziął pod uwagę dowody złożone przez strony przy czym z:

- 1) dowodu nr 1 (wyliczenie) wynika, że u zamawiającego mogły zrodzić się wątpliwości odnośnie zastosowania rażąco niskiej ceny przez wykonawcę ZGM Bytom;
- 2) dowodów nr 2 i 3 (kopie umów) wynikało tylko, że wykonawca ZGM Bytom zakończył świadczenie usługi dla Gminy Opole;
- 3) dowodu nr 4 (wykaz wartości zamówienia wg zaproponowanych przez przystępujących składników cenotwórczych) wynika, że u zamawiającego mogły zrodzić się wątpliwości odnośnie zastosowania rażąco niskiej ceny przez wykonawcę ZGM Bytom;
- 4) dowodu nr 5 (wykaz wartości zamówień wg zaproponowanych składników cenotwórczych) wynika, że u zamawiającego mogły zrodzić się wątpliwości odnośnie zastosowania rażąco niskiej ceny przez wykonawcę ZGM Bytom.

Z powyższych względów uwzględniono odwołanie, jak w sentencji.

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

Przewodniczący:

.....