

WYROK

z dnia 24 stycznia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpatrzeniu na rozprawie w dniu 21 stycznia 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 stycznia 2022 r. przez wykonawcę K. S. prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą **CLEANER K. S., Bzowo 99A, 86-160 Warlubie**, w postępowaniu prowadzonym przez **Gmina Miasto Grudziądz, ul. Ratuszowa 1, 86-300 Grudziądz**

orzeka:

1. oddala odwołanie.
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **CLEANER K. S., 86-160 Bzowo** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy), uiszczoną przez **odwołującego** tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.1. zasądza od odwołującego **CLEANER K. S.** na rzecz **Gminy Miasta Grudziądz** zamawiającego kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający: Gmina — Miasto Grudziądz prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym na „Utrzymanie czystości i porządku na przystankach autobusowych, tramwajowych i autobusowo — tramwajowych na terenie gminy — miasto Grudziądz” - Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 06.12.2021 r. pod numerem 2021/BZP 00301522/01.

Odwołujący : CLEANER K. S., 86-160 Bzowo, wniósł dnia 4 stycznia 2022 r. odwołanie, w którym zarzuca zamawiającemu naruszenie:

1. art. 226 ust. 1 pkt. 8 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie czynności odrzucenia oferty Wykonawcy, pomimo tego, iż cena zaoferowana przez niego w ofercie jest rażąco niska;
2. art. 253 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, poprzez niezgodne z prawem dokonanie czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty Wykonawcy, pomimo tego, iż oferta ta winna zostać odrzucona.

Wnosi o: 1) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej; 2) odrzucenia oferty Wykonawcy; 3) dokonania wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego.

UZASADNIENIE

Zamawiający w dniu 30 grudnia 2021 r. poinformował o wyborze najkorzystniejszej oferty Wykonawcy Firmy Produkcyjno Handlowo Usługową S. S., ul. Dworcowa 14, Grudziądz. Odwołujący nie zgadza się z wynikami i podnosi zarzuty wskazane na wstępie.

Zgodnie z tym zawiadomieniem za najkorzystniejszą została uznana oferta Wykonawcy Firmy Produkcyjno Handlowo Usługową S. S., ul. Dworcowa 14, 86-300 Grudziądz.

Po przeanalizowaniu oferty wybranego Wykonawcy, Odwołujący stwierdził, iż zaoferowana przez tego Wykonawcę cena jest rażąco niska. Zamawiający oszacował przedmiotowe postępowanie na kwotę 299.827, 12 zł — dowód: szacowanie wartości zamówienia.

Do upływu terminu składania ofert wpłynęły trzy oferty:

1. PHU ARBO K. J., Białki 2/5, 82-522 Sadlinki — cena 194.400,00 zł.
2. Firmy Produkcyjno Handlowo Usługową S. S., ul. Dworcowa 14, 86-300 Grudziądz — cena 162.000,00 zł.
3. CLEANER K. S., Bzowo 99A, 86-160 Warlubie — cena 228.000,00 zł.

Zamawiający dokonał czynności wyjaśnienia ceny przez wezwanie 16.12.2021 r. W wezwaniu wskazał, iż działając na mocy art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów wyliczenia ceny.

Wykonawca złożył w dniu 18 grudnia 2021 roku oświadczenie, w którym wskazał: „Działalność gospodarczą prowadzę od ponad 30 lat, przez ten okres nabyłem wiedzę i oświadczenie w zarządzaniu zasobami kadrowymi i sprzętowymi. Współpracuję z firmami oferującymi wysokiej jakości materiały eksploatacyjne oraz usługi serwisowe i naprawcze. Wykonywałem oraz wykonuję usługi i zadania na terenie miasta i gminy Grudziądz jak i na terenie ościennym, związane z utrzymaniem czystości i pielęgnacji zieleni, których odbiorcami są spółki jak i firmy prywatne. Przy realizacji zleconych mi zadań wykorzystuję sprzęt i środki stanowiące moją własność. Ponadto dysponuję własną flotą pojazdów dostawczych do przewozu sprzętu i materiałów, ciągnikiem komunalnym wraz z osprzętem do utrzymania traktów pieszo jezdnych w okresie letnim jak i zimowym oraz posiadam kosi spalinowe i drobny sprzęt potrzebny do wykonywania zleconych, jak i nowych zadań. Na chwilę obecną siedziba firmy zlokalizowana jest w centralnej części miasta przy ul. Dworcowej 14, taka lokalizacja umożliwi mi sprawne przemieszczanie się w poszczególne rejony miasta. Biorąc pod uwagę powyższe mogę zareagować w krótkim okresie czasowym chociażby na zaistniałe sytuację interwencyjne. Dzięki takiej lokalizacji nie ponoszę dodatkowych kosztów związanych z logistyką w obrębie powierzonego zadania. Uwzględniając powyższe przesłanki w kalkulowaniu kosztów realizacji zadania w przedmiocie „utrzymaniu czystości i porządku na przystankach” podtrzymuję złożoną w ofercie kwotę brutto na realizację zadania. Realizacja przedmiotowego zadania stworzyła by dodatkowe szanse na zatrudnienie i pozwoliła by mi na dalszy rozwój firmy dzięki, któremu mógłbym zwiększać swą konkurencyjność na lokalnym rynku”.

Wykonawca w zasadzie w żaden wymagany sposób nie dokonał wyjaśnienia zaoferowanej przez siebie w ofercie ceny, co istotne nie przedłożył też żadnych dowodów w wyliczenia ceny — jakich zażądał Zamawiający. Jak wynika z art. 224 ust. 5 ustawy Pzp, obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa na wykonawcy. Wykonawca w sprawie nie dokonał tej czynności. Izba i sądy okręgowe wielokrotnie podkreślały w orzeczeniach, że wyjaśnienia składane w odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnień rażąco niskiej ceny powinny być wyczerpujące i szczegółowe, odnoszące się do konkretnych okoliczności złożonej oferty, a także zawierać wskazanie konkretnych elementów mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny (np. wyrok KIO 2185/14; KIO 2712/12, wyrok SO w Rzeszowie, I Ca 1 17/12; wyrok SO Warszawa-Praga, IV Ca 1299/09; SO w Katowicach XIX 179/13), KIO/UZP 262/09, SO w Warszawie V Ca2214/06, KIO 1049/14 , KIO 2025/14, KIO 1498/21

W okolicznościach niniejszej sprawy, Zamawiający nie był by uprawniony do ponownego wezwania Wykonawcy do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny albowiem ze złożonego przez Wykonawcę w dniu 18.12.2021 r, oświadczenia w zasadzie nic nie wynika w zakresie zaoferowanej przez niego ceny i nie przedstawił żądanych przez Zamawiającego dowodów

wyliczenia ceny W świetle powyższych okoliczności należy bezwzględnie stwierdzić, iż zaoferowana przez Wykonawcę cena jest rażąco niska i tym samym oferta wykonawcy podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 8 Pzp.

Na marginesie Odwołujący wskazuje, iż tylko do obsługi przedmiotowego zamówienia jest niezbędne wykorzystywanie minimum 2 aut dostawczych celem dojazdów pracowników na przystanki, przewozu niezbędnego sprzętu (miotel, grabi, dmuchaw do liści, płynów do mycia wiat, soli drogowej itp.). Powierzchnia Grudziądz to ponad 57 km², na której wszędzie są usytuowane przystanki i trzeba do nich dojechać. W związku z tym szacuje się że średnio wypada jedno tankowanie samochodu na tydzień. Jest to ok. 70 litrów oleju napędowego. Mnożąc co przez średnią cenę daje to kwotę około 400 zł za jedno zatankowanie samochodu. Podliczając koszty samego oleju napędowego: Samochód dostawczy: 4 tankowania w miesiącu — 400zł x 4= 1200 zł brutto na auto, przy 2 pojazdach jest to koszt 2.400 zł miesięcznie. Do tego dochodzą koszty eksploatacyjne pojazdu średnio około 600 zł na miesiąc na 2 auta. Należy podkreślić, że zamawiający wymaga posiadania polisy odpowiedzialności cywilnej, której koszt to ponad 2.500 zł rocznie, dzieląc to na miesiące wychodzi koszt ponad 200 zł. Są to w zasadzie tylko procentowe składniki składające się na przedmiot zamówienia, które już generują znaczne nakłady po stronie wykonawców.

II. Zarzut 2. art. 253 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, przez dokonanie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, pomimo tego, iż oferta ta winna zostać odrzucona. Zamawiający pomimo okoliczności wskazanych dokonał wyboru oferty Wykonawcy, pomimo tego, iż oferta ta podlegała odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 8 ustawy Pzp.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości.:

Jednocześnie na podstawie art. 534 ust. 1 w zw. art. 538 ust. 1 p.z.p., wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentu pisma Zamawiającego z dnia 11 grudnia 2020 roku, znak: KOM-1.271.6.2020 na fakt realizacji zamówienia publicznego na utrzymanie czystości i porządku na przystankach autobusowych, tramwajowych i autobusowo — tramwajowych na terenie gminy — miasto Grudziądz w 2021 roku za wynagrodzeniem w takiej samej wysokości, jak w ofercie wybranej w postępowaniu pod znakiem: 2021/BZP 00301522/01.

UZASADNIENIE

Zamawiający oświadczył, że nie uznaje żadnego z przedstawionych przez Odwołującego zarzutów i jednocześnie kwestionuje zarówno ich zasadność, jak i wszelkie przedstawione twierdzenia (oprócz tych, które wyraźnie przyzna) z uwagi na przyczyny przedstawione w niniejszej Odpowiedzi niżej. W konsekwencji Odwołanie powinno zostać oddalone w całości. Istotą podniesionego Odwołania jest zakwestionowanie wyboru oferty Wykonawcy, głównie przez wzgląd na złożone przez niego wyjaśnienia z dnia 18 grudnia 2021 roku stanowiące

odpowieź na pismo Zamawiającego z 16 grudnia 2021 roku, znak: KOM-1,271.7.2021 (w aktach postępowania).

W przedmiotowym piśmie Zamawiający wzywał do złożenia wyjaśnień odnośnie wątpliwości co do zaoferowanej ceny, która była niższa o co najmniej 30% od ustalonej przed wszczęciem postępowania wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług. Zamawiający wskazuje jednak, że przy ocenie wyjaśnień Wykonawcy należało uwzględnić kilka dodatkowych czynników.

Po pierwsze, należało zwrócić szczególną uwagę na procedurę ustalania szacowania wartości przedmiotu zamówienia. Zamawiający w ramach badania rynku zwrócił się do podmiotów realizujących świadczenia objęte przedmiotem zamówienia o przesłanie propozycji ofert.

W odpowiedzi Zamawiający otrzymał 3 oferty:

1. „Dompol P.W.” Sp. z o.o. — o wartości netto 431.481,48 złotych;
2. CLEANER K. S. — o wartości netto 246.000 złotych;
3. F.P.-H.U S. S. — o wartości netto 222.000 złotych.

Na podstawie przedstawionych propozycji cen, Zamawiający ustalił szacunkową wartość zamówienia w wysokości 299.827,16 złotych netto, tj. 323.813,23 złotych (pismo w aktach postępowania).

Należy zwrócić uwagę, że podmioty nr 2 i 3 (tj. Odwołujący i Wykonawca) wzięły następnie udział w Postępowaniu, przedstawiając oferty przewidujące niższą wysokość wynagrodzenia za realizację zamówienia. Podmiot nr 1 nie wziął udziału w Postępowaniu.

Zamawiający podkreśla, że nie miał żadnego wpływu zarówno na treść ofert wstępnych składanych wyłącznie w celu oszacowania wartości zamówienia, jak i na treść ofert złożonych już w toku Postępowania o udzielenie zamówienia. Co więcej, na etapie szacowania wartości zamówienia Zamawiający nie ma możliwości ingerencji w składane propozycje polegające np. na pominięciu przy szacowaniu którejkolwiek z ofert, bądź uzupełniania badania ofert o dodatkowe, niewskazywane przez oferentów dane.

Wobec powyższego, przy szacowaniu wartości zamówienia należało również uwzględnić cenę oferty wstępnej podmiotu nr 1 który zaproponował wartość wynagrodzenia przewyższającego dotychczasowe stawki w sposób znaczny. Konsekwencją tego działania było ustalenie wartości przedmiotu zamówienia w wysokości dwukrotnie przewyższającej wartość wynagrodzenia za realizację przedmiotowego zamówienia w roku 2021 (która wynosiła 162.000 brutto), ale przewyższającą również kwotę brutto przeznaczoną przez zamawiającego na sfinansowanie zamówienia (tj. 270.000,00 zł brutto). Gdyby przedmiotowa oferta wstępna złożona na potrzeby oszacowania wartości przedmiotu zamówienia zawierała propozycję wynagrodzenia oscylującą w granicach zbliżonych do pozostałych ofert, wartość przedmiotu zamówienia zostałaby ustalona na dużo niższym

poziomie. W takim przypadku nie można wykluczyć uniknięcia wątpliwości co do zaproponowania przez oferentów rażąco niskich cen.

Zatem nie ulega wątpliwości, że ustalona w niniejszym postępowaniu wartość zamówienia jest znacznie zawyżona względem realnych możliwości ekonomicznych jego wykonania. W istocie bowiem zamówienie będące przedmiotem niniejszego postępowania może zostać zrealizowane po znacznie niższym wynagrodzeniu.

Drugim czynnikiem, który należało wziąć uwagę przy ocenie wyjaśnień Wykonawcy był fakt, iż wynagrodzenie za realizację przedmiotu zamówienia w 2021 roku zostało ukształtowane w wysokości 162.000,00 brutto. Wykonawca, którego oferta została wybrana w niniejszym postępowaniu zaproponował realizację przedmiotowego zamówienia w tej samej kwocie.

W konsekwencji ocena złożonych przez Wykonawcę wyjaśnień w piśmie z dnia 18 grudnia 2021 roku została dokonana przy uwzględnieniu porównania możliwości realizacji niniejszego zadania przy poniesieniu kosztów zbliżonych do dotychczasowych. Nawet przy uwzględnieniu wskazywanych przez Odwołującego w piśmie z 16 grudnia 2021 roku okoliczności dotyczących ogólnego wzrostu cen i inflacji należy zwrócić uwagę, że Wykonawca w swoich wyjaśnieniach wskazał na okoliczności, które mogłyby wpłynąć na zrekompensowanie przedmiotowych kosztów, tj. na ponoszone przez Wykonawcę niższe koszty logistyki i transportu pojazdów, z uwagi na lokalizację ich bazy w centralnej części gminy-miasta Grudziądz. Dla porównania — baza transportowa dotychczasowego wykonawcy zlokalizowana była w m. Bzowo, oddalonej od miasta Grudziądz o ok. 13 kilometrów, co znacznie ma wpływ chociażby na ponoszone koszty paliwa dla pojazdów używanych przy wykonywaniu zadania.

Dowód: pismo Zamawiającego z dnia 11 grudnia 2020 roku, znak: KOM-1.271.6.2020

Uwzględniając powyższe okoliczności Zamawiający powziął przekonanie, że Wykonawca może wykonać przedmiot zamówienia zgodnie z wymaganiami i określonymi w dokumentach zamówienia, dzięki czemu Zamawiający poniesie wydatki na realizację zadania na dotychczasowym poziomie. Wobec powyższego oferta Wykonawcy nie podlegała odrzuceniu i została uwzględniona przy wyborze.

Mając na uwadze powyższe nie ulega wątpliwości, że wszystkie postawione przez Odwołującego zarzuty w sprawie są nieuzasadnione i nie mogą skutkować uwzględnieniem któregośkolwiek ze sformułowanych wniosków.

Załącznik: pismo Zamawiającego z 11 grudnia 2020 roku, znak: K M- .271 .6.2020

W trakcie rozprawy uczestnicy przedstawili stanowiska.

Uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę stanowiska stron przedstawione na piśmie, jak też podczas rozprawy, Izba stwierdziła, iż odwołanie w zakresie rozpoznawanych zarzutów nie zasługuje na uwzględnienie.

Odnosząc się do zarzutów i wniosków/żądań odwołania, skład orzekający stwierdza, że nie podlegają one uwzględnieniu.

Podstawowym uzasadnieniem zarzutu odwołania jest kwestionowanie wyboru oferty z uwagi na treść wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny, złożonych przez wykonawcę na wezwanie zamawiającego. Należy przyznać rację odwołującemu, że do wyjaśnień nie dołączono odrębnych dowodów na poparcie zaprezentowanych informacji. Nie przedstawiono szczegółowych i wyczerpujących wyliczeń oferowanej ceny, treść wyjaśnień uznana za niewystarczającą i ogólną, co powinno skutkować uznaniem, że wykonawca nie wykazał, iż cena nie jest rażąco niska, w istocie należałoby zatem uznać, że wobec braku wyjaśnień, oferta podlega odrzuceniu.

Oceniając przedstawiony pogląd odwołania skład orzekający zauważa, że zamawiający był zobowiązany do przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego z uwagi na relację między ustaloną przed wszczęciem postępowania wartością zamówienia, a ceną wykonawcy. Należy w tym miejscu wskazać, iż Zamawiający w celu oszacowania wartości zamówienia dokonał rozeznania rynku, w wyniku czego otrzymał trzy propozycje cenowe, w tym jedną znacząco zawyżoną. Wszystkie ceny nazwane wstępnie stanowiły podstawę do ustalenia szacunkowej wartości zamówienia w wysokości 299.827,16 złotych netto, tj. 323.813,23 zł. (niesporne). W toku postępowania Odwołujący i Wykonawca złożyli oferty z niższą niż wstępnie deklarowaną wysokością, co w warunkach konkurencyjnego obrotu gospodarczego było zachowaniem naturalnym. W następstwie, wobec ziszczenia ustawowej przesłanki, zamawiający otrzymał, po uprzednim wezwaniu, wyjaśnienia wykonawcy.

Kolejnym czynnikiem mającym znaczenie w sprawie rozpatrywanej jest fakt, iż wynagrodzenie za realizację przedmiotu zamówienia w 2021 roku (poprzednim w stosunku do stanowiącego przedmiot postępowania) zostało ustalone w wysokości 162.000,00 brutto i było zrealizowane przez obecnego odwołującego.

A zatem wykonawca, którego ofert została wybrana w niniejszym postępowaniu zadeklarował realizację przedmiotowego zamówienia w takiej samej kwocie.

W takim stanie rzeczy ocena złożonych przez Wykonawcę wyjaśnień została dokonana przez zamawiającego przy uwzględnieniu porównania możliwości realizacji niniejszego zadania przy poniesieniu kosztów zbliżonych do dotychczasowych. Nawet przy uwzględnieniu okoliczności dotyczących ogólnego wzrostu cen i inflacji uzasadnione jest

twierdzenie, że Wykonawca w swoich wyjaśnieniach wskazał na okoliczności, które mogłyby wpłynąć na zrekompensowanie kosztów, tj. na ponoszone przez Wykonawcę niższe koszty logistyki i transportu pojazdów, z uwagi na lokalizację ich bazy w centralnej części gminy-miasta Grudziądz. Ta zresztą istotna okoliczność została wprost wskazana w złożonych wyjaśnieniach stanowiąc element ich merytorycznej wartości.

Jak zauważył zamawiający, dla porównania — baza transportowa dotychczasowego wykonawcy zlokalizowana była w m. Bzowo, oddalonej od miasta Grudziądz o ok. 13 kilometrów, co ma znaczący wpływ chociażby na ponoszone koszty paliwa dla pojazdów używanych przy wykonywaniu zadania.

Uzasadnione jest wobec tego wzięcie pod uwagę faktu, że realna cena za niemal tożsamy przedmiot zamówienia realizowanego w 2021 r. ma charakter ceny rynkowej niekwestionowanej przez żadnego z wykonawców. Uwzględniając powyższe zasadne jest stwierdzenie zamawiającego, że wykonawca może wykonać przedmiot zamówienia zgodnie z wymaganiami i realnie jest w tym świetle, że poniesie on wydatki na realizację zadania na dotychczasowym poziomie. Wobec powyższego przy braku potwierdzenia zaistnienia przesłanki odrzucenia wybranej oferty postawione zarzuty w sprawie są nieuzasadnione.

Mając na uwadze powyższe, orzeczono, jak w sentencji, oddalając odwołanie.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) oraz § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Przewodniczący: