

WYROK

z dnia 6 sierpnia 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Brzeska

Protokolant: Klaudia Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 sierpnia 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 4 czerwca 2020 r. przez **wykonawcę S&A Service Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu** w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego: Zarząd Zasobu Komunalnego Jednostka Budżetowa Gminy Wrocław**

przy udziale **wykonawcy A.S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą A. S. Firma „SALUS”** zgłaszającego przystąpienie po stronie **Zamawiającego**

orzeka:

- 1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty wykonawcy A. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą A. S. Firma „SALUS” na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp;**
- 2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę A. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą A. S. Firma „SALUS” i:**
 - 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr. (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez wykonawcę S&A Service Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu tytułem wpisu od odwołania,**
 - 2) zasądza od wykonawcy A. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą A. S. Firma „SALUS” kwotę 15 610 zł 13 gr. (słownie: piętnaście tysięcy sześćset dziesięć złotych trzynaście groszy) na rzecz wykonawcy S&A Service**

Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu stanowiącą koszty strony poniesione z tytułu uiszczanego wpisu oraz koszty strony poniesione z tytułu dojazdu pełnomocnika na wyznaczoną rozprawę.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. nr 2019 r., poz. 1843 ze zm. z późn. zm.) 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 – Zarząd Zasobu Komunalnego Jednostka Budżetowa Gminy Wrocław prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (zwanej dalej również „*ustawą Pzp*”), postępowanie o udzielenie zamówienia na: „*Usługi pielęgnacji zieleni na terenie wewnątrz podwórzowych*”.

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Wykonawca S&A Service Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu (zwany dalej: „*Odwolującym*”) w dniu 4 czerwca 2020 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) złożył odwołanie na czynność wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy A. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą A. S. Firma „SALUS”, zarzucając naruszenie Zamawiającemu następujących przepisów ustawy Pzp:

a) art. 7 ust 1 i 3 ustawy Pzp, poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz dokonanie wyboru oferty firmy Salus A. S. jako najkorzystniejszej w zadaniu nr i niezgodnie z przepisami ustawy.

b) art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp oraz art. 90 ust. 3 w związku z art 90 ust. 1-2 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust 1 i ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez firmę SALUS w sytuacji, gdy wykonawca złożył nierzetelne, ogólnikowe i lakoniczne wyjaśnienia, uzasadniających podniesione przez siebie twierdzenia w zakresie ceny i że jest on w stanie wykonać przedmiot zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego, a tym samym nie wykazał, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny a w konsekwencji zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez SALUS A. S. mimo, iż oferta ta zawierała rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. W ocenie Odwołującego Zamawiający wbrew dyspozycji art 90 ust 3 ustawy Pzp jedynie formalnie dopełnił procedury wyjaśniającej, nie przeprowadzając pogłębionej merytorycznej analizy wyjaśnień złożonych przez wykonawcę, mimo iż A. S. „Salus” nie udźwignął spoczywającego na nim ciężaru dowodu, a tym samym nie obalił domniemania, że cena oferty jest rażąco niska, a co więcej opisany przez firmę sposób obliczenia ceny w wyjaśnieniach wskazuje, iż wykonawca ten nie kalkulował należycie i rzetelnie pełnych kosztów realizacji usługi.

Podstawą wniesienia niniejszego odwołania była czynność Zamawiającego z dnia 25 maja 2020 r. t.j. wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy A. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą A. S. Firma „SALUS”.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowienia SIWZ, ofertę wykonawcy: A. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą A. S. Firma „SALUS” - jak również oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Odwołanie, wobec nie stwierdzenia na posiedzeniu niejawnym braków formalnych oraz w związku z uiszczeniem przez Odwołującego wpisu, podlega rozpoznaniu. Ze względu na brak przesłanek uzasadniających odrzucenie odwołania Izba przeprowadziła rozprawę merytorycznie je rozpoznając.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o których stanowi przepis art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba potwierdziła skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawcy A. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą A. S. Firma „SALUS” (zwanego dalej: „Przystępującym”).

Zamawiający w dniu 9 czerwca 2020 r. uwzględnił w całości odwołanie, a wobec niniejszego uwzględnienia wykonawca A.S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą A.S. Firma „SALUS” wniósł sprzeciw.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania przedstawione podczas rozprawy, Izba uznała, iż odwołanie jest zasadne i zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut Odwołującego postawiany Zamawiającemu w przedmiocie zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy A. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą A. S. Firma „SALUS” na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp w świetle przedstawionego materiału dowodowego należało uznać za zasadny.

Nie budziło wątpliwości, że Przystępujący dla części I zaoferował cenę niższą o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania.

Zgodzić należało się z Odwołującym, że Przystępujący w złożonych wyjaśnieniach powołał się na posiadanie wysokich rabatów u dostawców. Zgodzić należało się z Odwołującym, że poza ogólnym oświadczeniem Przystępujący nie udowodnił, iż rzeczywiście jest w stanie uzyskać upusty, jak również nie wskazał, jakiego rzędu rabaty może otrzymać, i jakie to ma przełożenie na cenę zaoferowaną w tym konkretnym postępowaniu. Również co do pozostałych argumentów należało zgodzić się z Odwołującym. I tak przedstawione argumenty w wyjaśnieniach, tj. posiadanie doświadczenia, brak zaległości w ZUS i Urzędzie Skarbowym nie są niczym wyróżniającym wykonawcę w stosunku do innych wykonawców i nie mają wpływu na zaoferowaną cenę. Zgodzić należało się z Odwołującym, że Przystępujący poza ogólnymi stwierdzeniami nie przedstawił jak realnie kwestie te wpływają na wysokość zaoferowanej ceny. Analogicznie brak jest dowodów potwierdzających kwestię minimalizowania kosztów transportu sprzętu i ludzi - brak jest w wyjaśnieniach konkretnych danych, na podstawie których można by było zweryfikować twierdzenia Przystępującego.

Zgodzić należało się z Odwołującym, że w swoich wyjaśnieniach Przystępujący nie wykazał w jaki sposób dofinansowanie z PEFRON miałby mieć wpływ na zaproponowaną cenę. Wykonawca nie przedstawił wpływu ewentualnego dofinansowania (ani nawet kwoty) mających wpływ na zaproponowaną cenę.

Zgodzić należało się z Odwołującym że Przystępujący nie przedstawił wszystkich kosztów pracowniczych związanych z zatrudnieniem pracowników tj. w szczególności kosztu zastępstw urlopowo chorobowych, kosztu PPK, kosztu badań lekarskich, zakupu odzieży ochronnej pracowników itp. Ponadto Przystępujący w żadnym punkcie wyjaśnień nie przewidział kosztów logistycznych, np. kosztów transportu pracowników. Ponadto wykonawca powinien przewidzieć w kalkulacji i wyjaśnieniach koszty związane z, odpowiednią komunikacją pomiędzy pracownikami liniowymi, koszty nadzoru, koszt ubezpieczenia, zabezpieczenia należytego wykonania kontraktu. Jeżeli nadzór – jak twierdził Przystępujący miał być pełniony przez niego osobiście – to powyższe należało również uwzględnić w złożonych wyjaśnieniach.

Odnosząc się jeszcze do złożonych przez Przystępującego pisma oraz dowodów przed wyznaczoną rozprawą należy zauważyć, że Izba zgodnie z art. 180 ust. 1 ustawy Pzp

zobowiązana jest do badania czynności Zamawiającego – a w tym przypadku do zbadania, czy złożone wyjaśnienia przez Przystępującego potwierdzają, że złożona oferta zawiera rażąco niską cenę. Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego złożone dowody i wyjaśnienia jednak nie ulega wątpliwości, że przedmiotem oceny – wobec brzmienia art. 180 ust. 1 ustawy Pzp – mogą być wyłącznie złożone przez wykonawcę wyjaśnienia w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Tym samym w rozpoznawanej sprawie złożone przed rozprawą wyjaśnienia i dowody należało uznać jako bezprzedmiotowe.

Dodatkowo – co również potwierdza stanowisko Izby wyrażone powyżej – zwrócić należy uwagę na treść art. 190 ust. 1a ustawy Pzp, z którego wynika że ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa w tym przypadku na wykonawcy, który ją złożył. W ocenie Izby Przystępujący – w przedstawionym stanie faktycznym – nie wykazał poprzez złożone wyjaśnienia, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, do czego był zobowiązany przepisami ustawy Pzp. W konsekwencji w ocenie Izby należało nakazać Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w zakresie zadania nr I oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty wykonawcy A. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą A. S. Firma „SALUS” na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.

Należy przypomnieć, że w świetle przywołanego przepisu wykonawca zobowiązany jest do wykazania, że zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niska, a w przypadku niesprostania ciężarowi dowodowemu – niezależnie od okoliczności faktycznych – Zamawiający zobowiązany jest do odrzucenia oferty wykonawcy.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji, na podstawie przepisu art. 192 ust. 1 ustawy Pzp.

Przewodniczący:

.....