

Sygn. akt: KIO 189/15

WYROK
z dnia 9 lutego 2015 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Justyna Tomkowska**

Protokolant: **Magdalena Cwyl**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **9 lutego 2015 roku** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 stycznia 2015 roku przez **Odwołującego** – SANI-BUD Sp. z o.o. z siedzibą w Nowym Mieście Lubawskim, w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego** - Ekologiczny Związek Gmin „Działdowszczyzna” z siedzibą w Działdowie

przy udziale **Wykonawcy** – „Koma” Usługi Komunalne Sp. z o.o. z siedzibą w Elku zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie.

2. kosztami postępowania obciąża **Odwołującego** - SANI-BUD Sp. z o.o. z siedzibą w Nowym Mieście Lubawskim i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego** - SANI-BUD Sp. z o.o. z siedzibą w Nowym Mieście Lubawskim, tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **Odwołującego** - SANI-BUD Sp. z o.o. z siedzibą w Nowym Mieście Lubawskim, na rzecz **Zamawiającego** - Ekologicznego Związku Gmin „Działdowszczyzna” z siedzibą w Działdowie, kwotę **2 614 zł 86 gr** (słownie: dwa tysiące sześćset czternaście złotych osiemdziesiąt sześć groszy) stanowiącą koszty wynagrodzenia pełnomocnika

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Elblągu**.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

W dniu 30 stycznia 2015 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, na podstawie art. 179 ust. 1, art. 180 ust. 1, 4 i 5 oraz art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm., zwanej dalej „ustawą Pzp”), odwołanie złożył wykonawca SANI-BUD Sp. z o.o. z siedzibą w Nowym Mieście Lubawskim, zwany dalej „Odwołującym”.

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na *Odbieranie, zbieranie i transport odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych oraz nieruchomości niezamieszkałych na terenie Ekologicznego Związku Gmin „Działdowszczyzna” - Sektor I Miasto Działdowo i Sektor V Gmina Janowo, Gmina Janowiec Kościelny* prowadzi Zamawiający: Ekologiczny Związek Gmin „DZIAŁDOWSZCZYŻNA”. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 18 listopada 2014 r., nr: 2014/S 222-392689.

Odwołanie wniesiono od niezgodnych z prawem czynności Zamawiającego podjętych w postępowaniu, dotyczących części 1 - sektor I - Miasto Działdowo, a polegających na odrzuceniu w dniu 21 stycznia 2015 r. oferty Odwołującego z uwagi na fakt, iż zawiera ona cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Odwołujący wskazał, że ma interes prawny do wnoszenia środków ochrony prawnej zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, albowiem złożył prawidłową ofertę w postępowaniu i ubiega się o uzyskanie tego zamówienia, a z uwagi na wskazane w odwołaniu naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, nie może go uzyskać.

Odwołujący złożył ofertę na wykonanie tego zamówienia, w związku z czym Zamawiający pismem z dnia 9 stycznia 2015 r., na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wezwał go do złożenia szeregu dokumentów oraz na podstawie art. 90 ust. 1 pkt 1 tej ustawy o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny przedłożonej, w szczególności w zakresie określonym w art. 90 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp. Według Zamawiającego zaproponowana przez Odwołującego cena wykonania zamówienia jest rażąco niska w stosunku do wartości przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymogami określonymi w SIWZ.

Pismem z dnia 15 stycznia 2015 r. Odwołujący przedstawił żądane dokumenty, zaś co do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny wyjaśnił, że zaoferowana przez niego cena jest ceną, która pokrywa wszystkie koszty, jakie poniesie wykonawca z tytułu należytej oraz zgodnej z obowiązującymi przepisami realizacji tego zamówienia. Na zaoferowaną cenę wpływa doświadczenie Odwołującego w wykonywaniu tego typu usług, a także bardzo dobra

znajomość terenu Miasta Działdowa. Odwołujący podniósł, że pokrywa mniejsze koszty związane z zatrudnieniem pracowników, gdyż korzysta z pomocy Urzędu Pracy tj. zatrudnia stażystów oraz pracowników interwencyjnych. Dodatkowo prezes zarządu odwołującej się spółki pracuje także jako kierowca i pracownik fizyczny przy obsłudze śmieciarek. Firma ta nie posiada rozbudowanej administracji, co też przyczynia się do obniżenia kosztów świadczonych usług. Ze względu na wieloletnią współpracę Odwołującego z przedsiębiorstwami lokalnymi, jest on w stanie wynegocjować konkurencyjnie niskie ceny użyczenia sprzętu, bazy magazynowo - transportowej i innych zasobów. Nadto ze względu na rozwinięty system dróg w Sektorze I, koszty zużycia sprzętu są niewielkie. Sprzęt ten jest stosunkowo nowoczesny, co także wpływa na niski poziom kosztów eksploatacyjnych.

Co do kosztów zatrudnienia pracowników Odwołujący wyjaśnił, że w wykonywaniu zamówienia będzie uczestniczyć dziesięć osób. Miesięczny koszt zatrudnienia 10 pracowników z wynagrodzeniem na poziomie minimalnego wynagrodzenia to 17.500 zł brutto. Z tytułu zatrudnienia tych pracowników Odwołujący przewiduje, że może ponieść dodatkowe koszty na poziomie 2.000,00 zł brutto miesięcznie. Firma SANI-BUD Sp. z o.o. w przypadku realizacji przedmiotowego zamówienia, zamierza zatrudnić dodatkowych pracowników interwencyjnych lub stażystów, na podstawie porozumienia z Powiatowym Urzędem Pracy.

Odnośnie kosztów paliwa Odwołujący, na podstawie wieloletniego doświadczenia oraz wielkości i charakteru terenu Miasta Działdowo, zakłada, że dziennie teren całego sektora będą obsługiwać przeciętnie cztery samochody. Średnie, dzienne zużycie paliwa przy pracach związanych z tego typu zamówieniem na jeden samochód wynosi 40 litrów oleju napędowego. Cena rynkowa oleju napędowego, na dzień składania ofert, wynosiła średnio 4,64 zł/1 l brutto (cena detaliczna), jednak od tego dnia znacznie spadła i aktualnie średnia ogólnopolska cena detaliczna oleju napędowego wynosi 4,32 zł/1 l brutto (według danych z portalu e-petrol.pl). Zatem miesięczny koszt związany z zużyciem paliwa wyniesie około 12.000 zł brutto, przy założeniu, że w miesiącu są średnio 22 dni robocze. Należy tu zauważyć, iż dla Odwołującego, cena jednostkowa oleju napędowego jest jeszcze niższa, gdyż ze względu na stałą współpracę z lokalnym dostawcą i regularne, duże zakupy paliwa uzyskał on preferencyjne warunki zakupu paliwa. Na dowód czego Odwołujący załączył oferty handlowe sprzedaży paliwa przesłane pocztą elektroniczną (2 karty).

W przypadku leasingu, amortyzacji, naprawy, mycia i dezynfekcji oraz innych kosztów związanych z utrzymaniem pojazdów, które będą brały udział w wykonywaniu zamówienia Odwołujący ustalił, że na podstawie zawartych umów, oraz wyliczeń branżowych poniesie miesięcznie łącznie około 12.000 zł brutto kosztów z tym związanych. Koszty mycia i dezynfekcji pojazdów ograniczają się wyłącznie do zakupu środków dezynfekujących oraz zużycia wody, gdyż myjnia samochodowa jest własnością Odwołującego. Miesięczny koszt

z tego tytułu wyniesie około 400 zł brutto (kwota ta jest wliczona w wyżej wskazane łączne koszty związane z utrzymaniem pojazdów).

Co do kosztów worków odwołujący wskazał, że zgodnie z zał. nr 2 do SIWZ, na terenie Miasta Działdowa znajduje się 2609 nieruchomości, z których będą odbierane odpady. Na podstawie wieloletniego doświadczenia Odwołujący założył, że miesięcznie należy przeznaczyć 5 szt. worków na jedną nieruchomość. Taka ilość worków wynika z faktu, że nie wszystkie nieruchomości przekazują odpady posegregowane, a także z faktu, że na terenie sektora I znajdują się zbiorcze kontenery na odpady segregowane (tzw. gniazda). Miesięczny koszt związany z zakupem worków, z uwzględnieniem 5% wzrostu liczby nieruchomości wynosi około 5.000,00 zł brutto. Na dowód czego Odwołujący złożył korespondencję mailową z dostawcą w/w worków (1 karta).

Odnosnie bazy magazynowo-transportowej Odwołujący wskazał, że zgodnie z załączoną do oferty umową dzierżawy, miesięczny koszt wydzierżawienia placu wynosi 500,00 zł brutto. Przedsiębiorstwo będzie korzystało z dwóch placów (z własnego i wydzierżawionego). Trzecia z podanych baz, która służy także do realizowania pozostałej, innej działalności gospodarczej Odwołującego przynosi dochody, z których jest opłacany koszt jej wydzierżawienia.

Odwołujący nadto założył możliwość wystąpienia nieprzewidzianych kosztów dodatkowych, nie ujętych wyżej, na przykład związanych ze zdarzeniami losowymi, i przyjął że przeznaczy na ten cel kwotę 2.000,00 zł brutto miesięcznie.

Zestawienie wyżej wskazanych kosztów miesięcznych pomnożonych przez długość trwania umowy (24 m - ce) wynosi:

| L.p. | Rodzaj kosztów | Wartość brutto[zł] |
|------|---|--------------------|
| 1. | Zatrudnienie pracowników | 468.000,00 |
| 2. | Paliwo | 288.000,00 |
| 3. | Leasing, naprawa, amortyzacja, mycie i dezynfekcja oraz inne koszty związane z utrzymaniem pojazdów | 288.000,00 |
| 4. | Worki | 120.000,00 |
| 5. | Baza magazynowo-transportowa | 12.000,00 |
| 6. | Koszty dodatkowe, nie ujęte wyżej, koszty związane z zdarzeniami losowymi itp | 48.000,00 |
| | SUMA | 1.224.000,00 zł |

Koszty te stanowią około 85 % zaoferowanej ceny brutto, zaś pozostałe około 15 % stanowi zysk Odwołującego. W rzeczywistości zysk ten będzie powiększony o kwoty wynikające z różnicy w podatku VAT. Zgodnie bowiem z przepisami prawa Odwołujący może zmniejszyć stawkę podatku VAT z 23% na 8%, gdy zakupiony towar będzie sprzedawał

w ramach usługi (np. worki). Kolejnym dodatkowym i pozytywnym bodźcem finansowym będzie zakończenie umów leasingowych - w sierpniu 2015 r. oraz grudniu 2016 r., wskutek czego Odwołujący przestanie ponosić koszty wynikające z tych zobowiązań.

Reasumując, za tak zaoferowaną cenę na wykonanie przedmiotowego zamówienia Odwołujący jest w stanie zrealizować usługi z tym związane w sposób terminowy i należyty, z uzyskaniem niezbędnego zysku, pozwalającego na dalsze jego funkcjonowanie jego firmy na rynku.

Wobec powyżej przedstawionych danych i argumentów Zamawiający w piśmie odrzucającym ofertę Odwołującego stwierdził, że odnośnie pracowników, to nie skalkulował on kosztów pracodawcy wynikających z zatrudnienia. Ze względu na fakt, iż średnie wynagrodzenie kierowcy na rynku firm transportowych wynosi około 3000 zł, Zamawiający uważa, że zatrudnienie 5 kierowców z najniższym wynagrodzeniem jest mało wiarygodne i prawdopodobnie ci pracownicy nie będą pracowali za takie wynagrodzenie. Nadto według Zamawiającego fakt zatrudnienia pracowników za podstawie umowy zlecenia nie gwarantuje należytego wykonania zamówienia. Zdaniem Zamawiającego Wykonawca nie uwzględnił kosztów administracyjnych, związanych z obsługą kadrowo - płacowo - finansową firmy.

Odnośnie kosztów paliwa Zamawiający stwierdził, iż uważa, że Odwołujący znacznie zaniżył koszty zakupu paliwa, jak również jego ilość. Według Zamawiającego wykonawca posługujący się 4 samochodami nie jest w stanie w sposób należyty wykonać przedmiotu zamówienia zgodnie z wymogami określonymi w SIWZ, biorąc pod uwagę przedłożone koszty. Dalej Zamawiający podniósł, że Odwołujący powołując się na pomoc urzędu pracy - zatrudnienie stażystów i pracowników interwencyjnych nie załączył dokumentu z Urzędu Pracy potwierdzającego przyznanie refundacji na zatrudnienie osób bezrobotnych. Następnie Zamawiający stwierdził, że jego zdaniem koszty eksploatacji sprzętu Odwołującego nie będą na niskim poziomie, gdyż nie jest to sprzęt nowy.

W związku z takimi ustaleniami i argumentami, Zamawiający stwierdził, że Odwołujący nie przedłożył żadnych dowodów uzasadniających złożoną kalkulację, a złożone wyjaśnienia nie potwierdziły, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia. Dlatego Zamawiający skorzystał z dyspozycji art. 90 ust. 3 ustawy Pzp i odrzucił ofertę Odwołującego.

Z takim stanowiskiem Zamawiającego nie można się zgodzić, gdyż jest ono błędne i wynika z naruszenia dyspozycji przepisów ustawy Pzp, wskazanych w części II petitum odwołania.

Jak wynika z zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty, Zamawiający ogólnikowo odniósł się do wyjaśnień Odwołującego, stwierdzając iż „Wykonawca nie skalkulował kosztów pracodawcy wynikających z zatrudnienia”, czy też „Zdaniem Zamawiającego Wykonawca nie uwzględnił kosztów administracyjnych, związanych z

obsługą kadrowo - płacowo - finansową firmy." Odnośnie wyjaśnień dotyczących zatrudnienia kierowców, Zamawiający użył stwierdzenia pełnego niekonkretnych przypuszczeń, w postaci „Zamawiający uważa, że zatrudnienie 5 kierowców z najniższym wynagrodzeniem jest mało wiarygodne i prawdopodobnie ci pracownicy nie będą pracowali za takie wynagrodzenie." Dalej Zamawiający użył stwierdzenia niepopartego żadnym logicznym i przekonującym argumentem, że „wszyscy pracownicy będą zatrudnieni na umowę zlecenie, co zdaniem zamawiającego nie gwarantuje należytego wykonania zamówienia". Co do kosztów zakupów paliwa Zamawiający ogólnikowo stwierdził, że „Zamawiający uważa, że Wykonawca w kalkulacji znacznie zaniżył koszty zakupu paliwa, jak również ilość przewidzianego paliwa do eksploatacji samochodów.", nie popierając tego żadnym konkretnym argumentem. Następnie Zamawiający enigmatycznie stwierdził, iż „Z doświadczenia firm obsługujących Miasto Działdowo Zamawiający posiada wiedzę, że 4 samochodami wykonawca nie jest w stanie w sposób należyty wykonać przedmiot zamówienia zgodnie z wymogami określonymi w SIWZ, biorąc pod uwagę przedłożone koszty." Podobnie co do kosztów eksploatacyjnych sprzętu Odwołującego, Zamawiający enigmatycznie stwierdził, iż „zdaniem Zamawiającego koszty eksploatacji nie będą na niskim poziomie Reasumując zaś te ogólnikowe i enigmatyczne stwierdzenia Zamawiający podniósł, że „Wykonawca nie przedłożył żadnych dowodów uzasadniających złożoną kalkulację, a złożone wyjaśnienia nie potwierdziły, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zamawiający zatem skorzystał z dyspozycji art. 90 ust. 3 ustawy pzp i odrzucił ofertę."

Należy tu więc zauważyć, iż w postępowaniu przetargowym zamawiający, przed podjęciem decyzji o odrzuceniu lub nieodrzczeniu danej oferty, powinien rozstrzygnąć, czy w tej ofercie ma do czynienia z ceną rażąco niską, czy też nie. Warunkiem koniecznym tego jest dokonanie przez zamawiającego prawidłowej oceny wyjaśnień wykonawcy, a do tego z kolei konieczne jest prawidłowe przeprowadzenie procedury wyjaśnień, o których mowa w art. 90 ustawy Pzp. Jak wynika z uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego, Zamawiający nie przeprowadził tych wyjaśnień i ich oceny prawidłowo.

Przede wszystkim należy podkreślić, iż na gruncie prawa polskiego i europejskiego nie istnieje żadne domniemanie prawne ani faktyczne, że cena oferty jest ceną rażąco niską. Żądanie wyjaśnień przez zamawiającego w trybie art. 90 ustawy Pzp co najwyżej powoduje takie domniemanie, że wykonawca może przypuszczać, iż zamawiający rozważy odrzucenie jego oferty zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 4 tej ustawy i to odrzucenie nastąpi, jeśli zamawiający nie uzyska satysfakcjonujących go wyjaśnień. Nie można też czynić założenia, że cena jest rażąco niska w stosunku do podmiotów, które profesjonalnie uczestniczą w rynku z założeniem osiągnięcia zysku ze swojej działalności. Należy raczej zakładać, że ich oferty są przemyślane i realne. Zamawiający powinien zaś w sposób jasny sformułować żądanie

skierowane do wykonawcy, celem umożliwienia mu uzasadnienia w sposób kompletny i użyteczny poważnego charakteru jego oferty. Nie każda bowiem oferta z niską ceną jest ofertą z rażąco niską ceną.

Tymczasem Zamawiający jako powód odrzucenia oferty podał, iż „... złożone wyjaśnienia nie potwierdziły, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zamawiający zatem skorzystał z dyspozycji art. 90 ust. 3 ustawy Pzp i odrzucił ofertę.” Trudno z tego uzasadnienia wywnioskować, jakie konkretnie zastrzeżenia do wyjaśnień miał Zamawiający, że dokonał akurat takiej oceny. Odwołujący podał konkretne kwoty najważniejszych elementów składowych ceny, a jeśli Zamawiający miał wątpliwości co do ich wysokości, powinien przede wszystkim zażądać od wykonawcy ich wyjaśnienia, a nie przyjmować istnienie tych wątpliwości na niekorzyść Odwołującego.

Jeśli wykonawca w ramach wezwania do wyjaśnień otrzyma od zamawiającego konkretne pytania, może udzielić mu szczegółowych odpowiedzi w kwestiach, które najbardziej interesują zamawiającego. Jeśli takich pytań nie otrzyma, udziela odpowiedzi w zakresie, który on sam uznaje za najbardziej istotny i trudno mu z tego robić zarzut w sytuacji, gdy wyjaśnienia nie są ogólnikowe i wymijające, ale ściśle związane z przedmiotem zamówienia. Z treści wyjaśnień Odwołującego wynika, że wyjaśnienia te nie są wymijające ani ogólnikowe, i że starał się on udzielić wyczerpującej odpowiedzi. Jak najbardziej prawidłowe jest także, iż Odwołujący odniósł swe wyjaśnienia przede wszystkim do kalkulacji kosztów realizacji zamówienia i wiarygodnie wskazał na okoliczności takie jak oszczędność metody wykonania zamówienia oraz sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy, co ma istotny wpływ na wysokość jego kosztów.

Jeżeli Zamawiający uważa, że przedstawione przez Odwołującego koszty lub założenia są zaniżone, niekompletne czy błędne, powinien wskazać w uzasadnieniu poprawne ich wartości wraz z argumentacją na poparcie swojego stanowiska. A tego nie uczynił. Jego ocena jest więc nierzetelna, nie oparta na faktach, nieumotywowana i nieprzekonująca. Tytułem przykładu należy tu wskazać, iż Zamawiający kwestionując wysokość wynagrodzenia kierowców Odwołującego podaje przeciętne wynagrodzenie kierowców firm transportowych, tymczasem Odwołujący nie jest firmą transportową, ma bowiem całkiem inny profil działania. Podobnie można mieć zastrzeżenia wobec prawidłowości oszacowania wartości zamówienia przez Zamawiającego, czy też sformułowania nadmiernego wymogu obsługiwanego małego miasta jakim jest Działdowo przez aż siedem pojazdów, podczas gdy nawet zdecydowanie większe miasta w regionie (Iława), obsługuje mniejsza ilość pojazdów usuwających odpady.

Należy tu podkreślić, iż zapytanie skierowane w tej sprawie do Odwołującego polegało na przytoczeniu treści art. 90 ustawy Pzp. Jest to zapytanie ogólnikowe, tymczasem zamawiający powinien w sposób jasny sformułować żądanie skierowane do wykonawcy,

celem umożliwienia mu uzasadnienia w sposób kompletny i użyteczny poważnego charakteru ich oferty.

Wyjaśnienia Odwołującego są racjonalne i pomyślane. Odwołujący odniósł się do cen rynkowych, czy też swoich cen, by wskazać rynkowość, realność i rzetelność obliczenia oraz to, że taki poziom cen pozwala mu na należyte wykonanie umowy. Wskazał nadto elementy składowe swojej oferty poprzez przedstawienie głównych elementów kalkulacji.

W sprawie tej należy też zwrócić uwagę, że choć wpłynęło pięć ofert, ceny tych ofert są niemiarodajne ze względu na ich znaczną rozbieżność, to jest: 2.960.899,20 zł, 1.427.952,00 zł, 2.013.888,00 zł, 1.802.512,32 zł oraz 2.695.992,00 zł. Ceny te są nieporównywalne, więc w żaden sposób nie pozwalają na w miarę obiektywne ustalenie, na jakim poziomie powinno się tę konkretną usługę wycenić. Stąd też zarzut rażąco niskiej ceny musi być dokładnie i przekonująco wykazany.

W sprawie tej należy zauważyć, iż za ofertę z rażąco niską ceną należy uznać ofertę nierealistyczną, znacznie odbiegającą od cen rynkowych innych takich samych lub podobnych rodzajów zamówień, wskazującą na możliwość wykonania zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi, dostawy lub roboty budowlanej, lub ofertę zawierającą cenę nierealną z punktu widzenia logiki, doświadczenia życiowego oraz racjonalnego gospodarowania, nie pozwalająca na wygenerowanie przez wykonawcę zysku.

Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego nie wykazał żadnej z tych podstawowych przesłanek rażąco niskiej ceny. Tymczasem aby oferta wykonawcy, który przedstawił ofertę z bardzo niską ceną mogła być odrzucona, zamawiający w toku badania i oceny ofert musi wykazać, że wykonawca zaniżył cenę poniżej rzeczywistych kosztów wytworzenia lub zakupu towarów bądź usług, aby w ten sposób wyeliminować innych oferentów. Jednak nie zawsze oferta z niską ceną jest w rzeczywistości ofertą z rażąco niską ceną. To bowiem konkurencja cenowa wyzwala konkurencję między wykonawcami w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Dlatego reasumując powyższe ustalenia i okoliczności Odwołujący stwierdził, że Zamawiający dopuścił się w tej sprawie naruszenia przepisów ustawy Pzp, to jest:

- 1/ art. 90 ust. 3 tej ustawy poprzez odrzucenie oferty Odwołującego ze względu na rażąco niską cenę w sytuacji, gdy wyjaśnienia złożone przez Odwołującego wskazują, że zaoferowana cena jest ceną realną, i że Odwołujący może wykonać zamówienie w zaoferowanej cenie, a tym samym, że zaoferowana cena nie jest ceną rażąco niską,
- 2/ art. 91 ust. 1 tej ustawy poprzez dokonanie wyboru oferty Wykonawcy jako najkorzystniejszej, podczas gdy oferta ta na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie jest ofertą najkorzystniejszą,
- 3/ art. 7 ust. 1 w związku z art. 90 ust. 3 tej ustawy poprzez naruszenie zasady zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców poprzez bezpodstawne

odrzucenie oferty Odwołującego w sytuacji niewykazania przez Zamawiającego rażąco niskiej ceny zaoferowanej przez Odwołującego.

4/ art. 91 ust. 1 w związku z art. 2 pkt 5 tej ustawy poprzez zaniechanie dokonania wyboru w przedmiotowym postępowaniu jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego, mimo iż oferta ta na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia jest ofertą najkorzystniejszą.

Wskutek tego Zamawiający dokonał niezgodnych z prawem czynności podjętych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, dotyczącego części 1 sektor I - Miasto Działdowo, a polegających na:

- 1/ odrzuceniu oferty Odwołującego z uwagi na fakt, iż zawiera ona cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia,
- 2/ wyborze jako najkorzystniejszej oferty Wykonawcy: KOMA Usługi Komunalne Sp. z o.o. z siedzibą w Elku,
- 3/ zaniechaniu wyboru w przedmiotowym postępowaniu jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego.

Dlatego wnioski w petitum odwołania są zdaniem Odwołującego uzasadnione.

Na podstawie zebranego materiału dowodowego, tj. treści SIWZ, ofert złożonych w postępowaniu, dokumentów złożonych w wyniku wezwania Zamawiającego, wyjaśnień złożonych przez Wykonawców, materiałów złożonych na rozprawie i włączonych w poczet materiału dowodowego, stanowisk i oświadczeń Stron i Uczestnika postępowania zaprezentowanych pisemnie i w toku rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Ustalono, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, Izba skierowała odwołanie na rozprawę.

Ustalono dalej, że wykonawca wnoszący odwołanie posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Nieprawidłowe dokonanie czynności badania i oceny, w tym odrzucenie oferty Odwołującego i dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty Przystępującego, potencjalne stwierdzenie naruszenia w tym zakresie przepisów ustawy Pzp pozbawia Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia i podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz wykonywania zamówienia.. Wypełnione zostały zatem

materialnoprawne przesłanki do rozpoznania odwołania, wynikające z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Do postępowania odwoławczego przystąpienie po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca KOMA Usługi Komunalne Sp. z o.o. z siedzibą w Ełku. Przystąpienie uznano za skuteczne.

Izba ustaliła, że Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie zaproponowanej ceny.

Odwołujący w wyznaczonym terminie złożył wyjaśnienia o treści przywołanej w odwołaniu.

Zamawiający, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp odrzucił ofertę Odwołującego, stwierdzając że złożone wyjaśnienia nie potwierdziły, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia. Wykonawca, w ocenie Zamawiającego, nie przedłożył żadnych dowodów uzasadniających złożoną kalkulację. Wyrażone przez Zamawiającego wątpliwości zostały opisane przez Odwołującego w odwołaniu.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o jego oddalenie w całości.

Zamawiający wyjaśnił, że po przeanalizowaniu wyjaśnień Odwołującego dwa elementy mające wpływ na wysokość ceny zostały skalkulowane błędnie.

Po pierwsze zaniżone zostały koszty zatrudnienia pracowników. Odwołujący do obsługi zamówienia przewidział 10 osób, w tym 9 do odbierania odpadów. Do prawidłowej obsługi jednego samochodu potrzebne są 3 osoby: kierowca i 2 pomocników. Odwołujący przewidział do obsługi tylko dwie osoby, co zdaniem Zamawiającego nie jest wystarczające do właściwego i terminowego wykonywania zamówienia.

Odwołujący wskazał, że miesięczny koszt utrzymania jednego pracownika wyniesie 1750 zł, a wszystkie osoby będą zatrudnione na podstawie umowy zlecenia. Przy założeniu, że kwota wynagrodzenia jest realna (co w ocenie Zamawiającego jest wątpliwe), a ilość pracowników prawidłowa, Odwołujący zapomniał doliczyć koszty, które zobowiązany jest zapłacić pracodawca, nawet jeżeli zatrudnia osoby na umowę zlecenia (są to koszty obowiązkowego ubezpieczenia), co daje razem za cały okres zamówienia 82 111,20 zł.

Dodatkowo Zamawiający uważa, że nierealnie przyjęto wynagrodzenie dla kierowcy. Na terenie powiatu działdowskiego kwota ta wynosi około 3 000 zł, co z kosztami pracodawcy daje 3 586,50 zł. Taką stawkę przyjęli inni wykonawcy w postępowaniu. Zamawiający doszedł do wniosku, że za zaproponowane wynagrodzenie Odwołujący nie zatrudni odpowiednio wykwalifikowanych i doświadczonych kierowców. Odwołujący zaniżył

te koszty, co wskazuje na zamiar realizacji zamówienia poniżej kosztów własnych za cenę nie pozwalającą na wygenerowanie zysku.

Po drugie Zamawiający stwierdził, że Odwołujący zaniżył koszty transportu odpadów. Odwołujący założył wykonywanie zamówienia przy pomocy 4 samochodów. W ofercie wskazał, że posiada 7 samochodów i tylu właśnie samochodów wymagał Zamawiający w SIWZ. Tam też postawiono wymóg, że odbiór odpadów w centrum miasta ma się zakończyć do 10:00, natomiast z pozostałych dzielnic do godz. 18:00. Według Zamawiającego przy pomocy 4 samochodów spełnienie tych wymogów nie jest możliwe. Ponadto Odwołujący w kalkulacji nie uwzględnił samochodu o małym tonażu, który jest niezbędny do obsługi starej części miasta. Przy założeniu obsługi zamówienia przez 4 samochody, aby terminowo odbierać odpady od mieszkańców, samochody powinny jeździć 12-14 godzin dziennie, co dodatkowo podważa rzetelność kalkulacji.

Także błędne jest przyjęcie założenia, że każdy z samochodów spali dziennie 40 litrów paliwa. Zgodnie z wiedzą i doświadczeniem Zamawiającego średnie miesięczne zużycie paliwa wynosi 60 litrów. Właściwie wyliczony koszt paliwa to 547 430,40 zł (60 litrów x 4 samochody x 4,32 cena za litr x 22 dni x 24 miesiące) i jest wyższa od wskazanej przez Odwołującego o kwotę 259 430,40 zł. Dodatkowym czynnikiem zwiększającym ilość zużywanego paliwa jest odległość od Działdowa bazy magazynowo-transportowej o 30 km, tego Odwołujący również nie wziął pod uwagę.

W ocenie Zamawiającego Odwołujący założył zysk na poziomie 216 000,00 zł, a tymczasem cena jest niedoszacowana o co najmniej 341 541,60 zł.

Zamawiający prawidłowo postąpił wzywając wykonawcę do złożenia wyjaśnień. Pytanie Zamawiającego może być zarówno szczegółowe, jak i ogólne. Sposób prezentacji wyjaśnień dotyczących ceny należy do inwencji wykonawcy. Nie ma także obowiązku wielokrotności wyjaśnień, jeżeli złożone wyjaśnienia są jednoznaczne i umożliwiają Zamawiającemu ocenę czy oferta zawiera rażąco niską cenę.

Końcowo, Zamawiający podkreślił, że Odwołujący w wyjaśnieniach przewidział możliwość powierzenia nawet całości zadania podwykonawcom, co jest niedopuszczalne i poddaje w wątpliwość rzetelność złożonej oferty.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Z uwag natury ogólnej zauważyć należy, iż zgodnie z art. 89 ust.1 pkt 4 ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, która zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Możliwość zastosowania przywołanego przepisu poprzedzona być musi wyczerpaniem przez Zamawiającego procedury wyjaśniającej cenę, którą reguluje art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Ze stanowiska doktryny oraz orzecznictwa wynika, że procedura

wyjaśniająca nie może być pominięta (tak wyrok ETS z 22 czerwca 1989 r., sygn. C-103/88). Jeżeli wyjaśnienia nie zostaną złożone lub z ich treści wynika, że mamy do czynienia z rażąco niską ceną, ofertę należy odrzucić na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.

Automatyczne przyjmowanie, wyłącznie na podstawie kryterium arytmetycznego, że cena poniżej pewnego poziomu jest ceną rażąco niską, jest niedopuszczalne. Ocena, czy zaferowana cena jest niewiarygodna, dokonywana jest w świetle złożonych przez wykonawcę wyjaśnień, gdy w okolicznościach sprawy zachodziły podstawy do wszczęcia takiej procedury wyjaśniającej.

Samo pojęcie rażąco niskiej ceny w ustawie Pzp nie jest zdefiniowane. Przyjmuje się za orzecznictwem europejskim, orzecznictwem sądów okręgowych, KIO oraz doktryną, iż za cenę rażąco niską uważana jest cena nierealistyczna, niewiarygodna w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień i innych ofert (tak np. wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 28 kwietnia 2008 r., sygn. akt XIX Ga 128/08). W wyroku z dnia 28 marca 2013 roku KIO przyjęła, że o cenie rażąco niskiej można mówić, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę za podaną cenę byłoby nieopłacalne (sygn. akt KIO 592/13). O zjawisku rażąco niskiej ceny będziemy mówili, kiedy cena w stosunku do przedmiotu zamówienia będzie ceną odbiegającą od jego wartości, a różnica ta nie będzie uzasadniona obiektywnymi względami pozwalającymi wykonawcy bez strat i finansowania wykonania zamówienia z innych źródeł niż wynagrodzenie umowne, to zamówienie wykonać (tak KIO w wyroku z dnia 4 sierpnia 2011 r., sygn. akt KIO 1562/11).

Z kolei art. 90 ust. 1 ustawy Pzp regulujący instytucję wyjaśnień ma na celu ustalenie, czy oferta zawiera rażąco niską cenę. Zamawiający korzystając z tej regulacji, zwraca się do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Zamawiający, oceniając wyjaśnienia, bierze pod uwagę obiektywne czynniki, w szczególności oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonania zamówienia dostępne dla wykonawcy, oryginalność projektu wykonawcy, kosztów pracy oraz wpływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów. Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa na Wykonawcy. Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zamawiający powinien pozyskać jednoznaczne wyjaśnienia od wykonawcy i dopiero w wyniku oceny tych wyjaśnień podjąć dalsze decyzje, w tym o wyborze oferty (sygn. akt UZP/ZO/0-564/06 oraz wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 8.04.2009 r., sygn. Akt XII Ca 59/09).

Przenosząc powyższe rozważania na grunt rozpoznawanej sprawy, jednoznacznie podkreślić należy, że w ocenie składu orzekającego Izby przedmiotowej sprawie, wystąpienie do wykonawcy w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp o wyjaśnienie elementów mających wpływ na wysokość ceny stanowi domniemanie, że zaproponowana w ofercie cena nosi znamiona ceny rażąco niskiej.

Wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień ma obowiązek podać Zamawiającemu okoliczności uzasadniające obniżenie ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia lub też innych czynników, do których odnosi się wezwanie Zamawiającego. Niewątpliwie przy ocenie wyjaśnień uwzględnić należy treść samego wezwania wystosowanego przez Zamawiającego. Zauważyć jednak należy, iż wezwanie to nie musi być szczegółowo rozpisane. Zamawiający oceniając czy może mieć do czynienia z rażąco niską ceną, niejednokrotnie, formułując wezwanie, nie jest przecież w stanie przewidzieć, jakie okoliczności lub czynniki mogą wpływać na wysokość ceny oferty. Fakt wystosowania wezwania o charakterze ogólnego, jako otwartego pytania, nie zwalnia wykonawcy z obowiązku szczegółowego przedstawienia składowych ceny i opisanie czynników, które o wysokości tej ceny zadecydowały.

Zamawiający, gdy otrzyma odpowiedź na swoje wezwanie kierowane do wykonawcy w trybie art. 90 ust. 1 Pzp, powinien poddać ją bardzo wnikliwej analizie. Przede wszystkim w pierwszej kolejności powinien ustalić czy taką odpowiedź można w ogóle uznać za wyjaśnienia składane przez wykonawcę w trybie art. 90 ust. 1 Pzp. Nie każde bowiem pismo składane w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego może być uznane za takie wyjaśnienia. Prawidłowo złożone wyjaśnienia muszą spełniać wymagania określone w art. 90 ust. 1 Pzp i pozwalać Zamawiającemu na dokonanie oceny w takim zakresie jak wynika to z art. 90 ust. 2 Pzp. Nie jest zatem wystarczające nazwanie pisma „wyjaśnieniami” czy powołanie się w jego treści na art. 90 ust. 1 Pzp. Dla uzasadnienia takiego twierdzenia można przywołać orzeczenie KIO z dnia 12 października 2009 r. (sygn. akt: KIO/UZP 1415/09) oraz orzeczenie KIO z dnia 17 marca 2009 r. (sygn. akt: KIO/UZP 262/09).

W konsekwencji wyjaśnienia wykonawcy składane w trybie art. 90 ust. 1 Pzp Zamawiający powinien badać nie tylko poprzez zsumowanie podanych w nim kwot (o ile takowe w ogóle są podane), ale i poprzez realność poczynionych założeń co do czasochłonności pracy, co do rzeczywistości i zgodności z prawem stawek wynagrodzenia oraz do realnego kosztu czynności do zrealizowania celem osiągnięcia przedmiotu zamówienia.

W przedmiotowym postępowaniu stwierdzić należy, że Odwołujący w wyjaśnieniach przedstawił dość szczegółowe stwierdzenia i wyliczenia, ale były to jedynie własne deklaracje (oświadczenia wykonawcy), nie poparte żadnymi dowodami. Zastrzec od razu należy, że do wyjaśnień nie muszą być złożone „materialne” dowody, czy też jakiegokolwiek

wyliczenia ale w przypadku, jeśli wyjaśnienia wykonawcy nie wskazują na indywidualne, dostępne wyłącznie tylko temu wykonawcy uwarunkowania, uzasadniające wysokość zaofertowanej ceny, należy uznać, że wyjaśnienia spełniające wymagania przepisów ustawy Pzp, w ogóle nie zostały złożone. Wykonawca bowiem 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. W ocenie składu orzekającego Izby okoliczności takich w swoich wyjaśnieniach wykonawca Odwołujący nie przedstawił.

Choć złożone wyjaśnienia dotyczą kosztów tego konkretnego postępowania, dość szczegółowo odnoszą się do wielu czynników kosztotwórczych, które powinny być uwzględnione w prawidłowo sporządzonej kalkulacji, to Odwołujący w wyjaśnieniach nie przedstawił żadnej argumentacji dlaczego przyjęte przez niego założenia uznać należałoby za prawidłowe. Argumentacji tej brakuje zarówno w zakresie liczby pracowników przyjętej do realizacji zamówienia, liczby pojazdów decydowanych do zadania, czy też wysokości zużywanego paliwa do obsługi pojazdów. Odwołujący, w złożonych wyjaśnieniach nie oszacował w żaden sposób pracochłonności, która pozwoliłaby stwierdzić, że przyjęte przez niego założenia co do liczby pojazdów i pracowników są uzasadnione. Choć Odwołujący podał konkretne stawki wynagrodzenia, a także uwzględnił niezbędne ryzyko przy realizacji przedmiotu zamówienia, uwzględnił także inne elementy cenotwórcze, to słusznie zdaniem składu orzekającego Izby, jak zauważyli Zamawiający i Przystępujący, stawki te mogą wydawać się zaniżone, za czym przemawiają dowody złożone na rozprawie przez Przystępującego. Choć niewątpliwie w jednym regionie wysokość wynagrodzenia między poszczególnymi miastami może się między sobą różnić (np. choćby ze względu na poziom bezrobocia), to przyjęta najniższa stawka wynagrodzenia dla kierowcy śmieciarki w wysokości 1 750 zł miesięcznie wydaje się mało wiarygodna. Z przedstawionych przez Przystępującego dokumentów wynika, że stawka taka wynosić powinna co najmniej 2000 zł brutto. Ponadto, co podniósł Zamawiający, Odwołujący w swoich wyliczeniach nie uwzględnił kosztów ponoszonych przez pracodawcę, choćby z uwagi na obowiązek zapłaty obowiązkowych składowych wynagrodzenia w postaci składek. Założona przez Odwołującego miesięczna rezerwa w wysokości 2000 zł miesięcznie nie jest w ocenie składu wystarczająca na pokrycie tych nieprzewidzianych wydatków.

Za możliwością uznania ceny za rażąco niską przemawiała w ocenie Izby argumentacja dotycząca wyjaśnień odnośnie ilości pojazdów i kosztów paliwa. Z wyjaśnień złożonych przez Odwołującego wynika, że do wyceny przyjął on, iż do obsługi zamówienia wystarczą 4 pojazdy. Tymczasem Zamawiający w SIWZ wymagał posiadania minimum 7 pojazdów. Jeżeli Odwołujący w wyjaśnieniach nie przedstawił argumentacji, przemawiającej za okolicznością, dlaczego 4 pojazdy będą wystarczające, to obawy

Zamawiającego, czy wszystkie założenia co do realizacji przedmiotu zamówienia zostaną spełnione, a tym samym czy wszystkie koszty zostały uwzględnione w wycenie, mogły być co najmniej uzasadnione. Odwołujący nie wskazał również, na czym oparł swoje założenie i nie przedstawił w tym zakresie żadnych wyliczeń, dlaczego ilość zużycia 40 litrów paliwa dziennie będzie wystarczająca. Zarówno z obliczeń Zamawiającego, jak też Przystępującego (który świadczył już usługi na rzecz Zamawiającego) wynikało, że zużycie paliwa może wahać się od 45 do 60 litrów dziennie. A więc wycenę 40 litrów dziennie uznać można było za zaniżoną, o ile z wyjaśnień nie wynikały szczególne okoliczności za taką wysokością przemawiające. Także w tym przypadku założona przez Odwołującego rezerwa na nieprzewidziane wydatki w wysokości 2000 zł miesięcznie wydaje się niewystarczająca.

W ocenie Izby złożone wyjaśnienia nie miały charakteru kompleksowego i rzeczowego. Odwołujący nie udowodnił Zamawiającemu, że zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia. Jednocześnie zauważyć należy, że Przystępujący, zgodnie z obowiązującymi przepisami, sprostął ciężarowi dowodowemu także w postępowaniu odwoławczym, czego nie można powiedzieć o zachowaniu Odwołującego. Ani na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ani w postępowaniu odwoławczym, ustna i pisemna argumentacja Odwołującego nie była poparta konkretnymi faktami. Zdaniem składu orzekającego Izby złożone Zamawiającemu wyjaśnienia nie były na tyle szczegółowe i wyczerpujące, że nie zachodziła konieczność dodatkowego dowodzenia przed Izbą w postępowaniu odwoławczym i składania dodatkowych dokumentów.

Zdaniem składu orzekającego Odwołujący nie pokazał w jakim stopniu wymienione przez niego w wyjaśnieniach czynniki pozwoliły mu na obniżenie ceny. Z tych powodów właśnie, w ocenie Izby, Zamawiający w sposób prawidłowy ocenił złożone wyjaśnienia jako niewystarczające. Izba stwierdza, że Zamawiający należycie dokonał oceny wyjaśnień przyjmując, że wezwany Wykonawca nie wykazał, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

Mając na uwadze powyższe, Izba nie dopatrzyła się naruszenia przepisów wymienionych przez Odwołującego w petitum odwołania i orzekła jak w sentencji. Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie, a czynności lub zaniechania Zamawiającego nie miały i nie mogły mieć wpływu na wynik postępowania.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 pkt 1) oraz ust. 4 w zw. z § 3 pkt 2) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: