

**Sygn. akt: KIO 906/15**

**WYROK  
z dnia 15 maja 2015 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Robert Skrzyszewski**

**Protokolant: Agata Dziuban**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 maja 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 maja 2015 r. przez wykonawcę FBService S.A., ul. Stawki 40, 01 – 040 Warszawa w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Zarząd Infrastruktury Komunalnej i Transportu w Krakowie, ul. Centralna 53, 31 – 586 Kraków

przy udziale wykonawcy ZUE S.A., ul. Kazimierza Czapińskiego 3, 30-048 Kraków zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

**orzeka:**

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę FBService S.A., ul. Stawki 40, 01 – 040 Warszawa, i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę FBService S.A., ul. Stawki 40, 01 – 040 Warszawa tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.2. zasądza od wykonawcy FBService S.A., ul. Stawki 40, 01 – 040 Warszawa na rzecz Zamawiającego Zarząd Infrastruktury Komunalnej i Transportu w Krakowie, ul. Centralna 53, 31 – 586 Kraków kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu 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 Krakowie.

**Przewodniczący:.....**

## **U z a s a d n i e**

Zamawiający: Zarząd Infrastruktury Komunalnej i Transportu ul. Centralna 53; 31-586 Kraków wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Utrzymanie, konserwację i bieżące naprawy urządzeń oświetlenia ulicznego i iluminacji na terenie Gminy Miejskiej Kraków” ogłoszonego w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2015/S 032-054227, znak postępowania nadany przez Zamawiającego: 1/II/2015.

W dniu 22 kwietnia 2015 r. Zamawiający przekazał informację o wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy ZUE S.A., zwanego dalej: „ZUE” w przedmiotowym przetargu wykonawcom, w tym Odwołującemu: FBSerwis S.A., ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa.

Nie zgadzając się z powyższym rozstrzygnięciem przetargu Odwołujący w dniu 2 maja 2015r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec czynności Zamawiającego dotyczącej wyboru, jako oferty najkorzystniejszej w powyższym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oferty złożonej przez ZUE S.A. oraz wobec zaniechania odrzucenia tej oferty.

Odwołujący wskazał, iż posiada interes we wniesieniu odwołania, albowiem złożył w postępowaniu ofertę niepodlegającą odrzuceniu, a sklasyfikowaną na drugim miejscu.

Wnosząc niniejsze odwołanie zarzucił Zamawiającemu obrazę następujących przepisów prawa:

1. art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp” poprzez zaniechanie odrzucenia oferty ZUE pomimo iż oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, gdyż znacząco odbiega od cen rynkowych oraz nie uwzględnia wszystkich kosztów świadczenia usługi utrzymania, konserwacji i bieżących napraw oświetlenia ulicznego na terenie Gminy Miejskiej Kraków, a takie jej zaniżenie nie znajduje racjonalnego uzasadnienia ekonomicznego innego, aniżeli chęć uzyskania zamówienia i utrzymania dotychczasowej pozycji rynkowej kosztem poniesienia straty ekonomicznej w związku z jego realizacją, względnie kosztem nieuprawnionego obniżenia jego jakości w stosunku do warunków zadeklarowanych w ofercie, przy czym udzielenie zamówienia wykonawcy, którego oferta zawiera cenę rażąco

niską w stosunku do przedmiotu zamówienia narusza zasadę uczciwej konkurencji, gdyż uniemożliwia rzeczywiste konkurowanie z ZUE innym przedsiębiorcom, w tym Odwołującemu, na warunkach rynkowych, tj. przy założeniu osiągnięcia jakiegokolwiek zysku z realizacji przedmiotu zamówienia;

2. ustawy 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. nr 47, poz. 211 ze zm.; dalej: „ustawa ZNK”) poprzez zaniechanie odrzucenia oferty ZUE pomimo iż jej złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji polegający na sprzedaży usług poniżej kosztów ich świadczenia lub ich odsprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji z rynku innych przedsiębiorców, w szczególności Odwołującego.

Wskazując na powyższe naruszenia, wnosił o

1. uwzględnienie Odwołania w całości,
2. nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty ZUE jako oferty najkorzystniejszej w Postępowaniu,
3. nakazanie Zamawiającemu odrzucenie oferty ZUE,
4. nakazanie Zamawiającemu dokonanie ponownej oceny i badania ofert oraz dokonanie wyboru oferty Odwołującego, jako oferty najkorzystniejszej w Postępowaniu,
5. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa przed Krajową Izbą Odwoławczą według spisu, który zostanie przedstawiony na rozprawie przez pełnomocnika Odwołującego.

Podstawowym zarzutem rozpoznawanego odwołania jest teza Odwołującego o złożeniu oferty przez ZUE z rażąco niską ceną.

Odwołujący wskazał, że konkurent miał obowiązek udowodnienia, że jego oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej, czego nie uczynił.

Zauważył, że w stanie faktycznym sprawy wykonawca ZUE został przez Zamawiającego wezwany do udzielenia wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny i złożył takie wyjaśnienia.

Zaznaczył jednak, że zgodnie z informacją uzyskaną od Zamawiającego, treść wspomnianych wyjaśnień została w całości zastrzeżona, jako zawierająca tajemnicę przedsiębiorstwa, co uniemożliwia ustosunkowanie się przez Odwołującego do treści wspomnianych wyjaśnień.

W ocenie Odwołującego wyjaśnienie i uzasadnienie wysokości ceny zaoferowanej przez ZUE nie mogło zostać skutecznie dokonane, bowiem cena zaoferowana przez ZUE rażąco odbiega od poziomu cen rynkowych w takim stopniu, że jakkolwiek próba udowodnienia jej rynkowego charakteru poprzez odwołanie się do indywidualnych i szczególnych okoliczności czy właściwości ZUE musiałaby być nieudana.

Według Odwołującego nie istnieją obiektywne okoliczności, które umożliwiłyby ZUE tak drastyczne obniżenie kosztów realizacji przedmiotowego zamówienia, aby zaoferowana przez niego cena przynosiła jakkolwiek zysk (aby realizacja zamówienia nie przynosiła strat).

W konsekwencji Odwołujący podniósł, iż wykonawca ZUE ciężącemu na nim obowiązku udowodnienia, że jego oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej, nie sprostał.

Stwierdził, że cena ta (ustalona w ofercie ZUE na poziomie kwoty 5 712 741,36 zł brutto) z całą pewnością rynkowego i ekonomicznie uzasadnionego charakteru nie posiada, bowiem nie uwzględnia podstawowych kosztów świadczenia usługi polegającej na utrzymaniu, konserwacji i bieżących naprawach urządzeń oświetlenia ulicznego zlokalizowanych na terenie Miasta Krakowa.

Zwrócił przy tym uwagę, że w Części VIII pkt Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zwanej dalej SIWZ Zamawiający wymagał od wykonawców uwzględnienia w cenie ofertowej wszystkich wymagań określonych w SIWZ, np. kosztów transportu i innych i wskazał przy tym wprost na obowiązek zawarcia w cenie wszystkich kosztów bezpośrednich, pośrednich oraz zysku, a także podatków, opłat celnych, ubezpieczenia i opłat transportowych.

Ponadto wskazał, że zgodnie z pkt 4.1. Załącznika nr 1 a do SIWZ (Zakres Rzeczowy; dalej: „ZR”) wykonawcy w swojej ofercie byli zobligowani podać m.in. cenę za eksploatację 1 punktu świetlnego, w której mieli obowiązek ująć oprócz kosztów eksploatacji, koszt materiałów i wszystkich czynników mających wpływ na cenę, w tym koszty prac i czynności dotyczących podłączeń lub wyłączeń urządzeń oświetleniowych związanych z organizowanymi przez Gminę Miejską Kraków imprezami okolicznościowymi.

Zauważył również, że w ramach ww. ceny (ceny eksploatacji jednego punktu świetlnego), zgodnie z pkt 4.4 ZR, wykonawcy musieli uwzględnić niezbędne do wykonania dla prawidłowego zamówienia koszty i koszty wykonania prac awaryjnych bezpiecznego funkcjonowania instalacji oświetlenia i iluminacji, których zakres przekracza przyjęty do realizacji zakres prac konserwacyjnych i utrzymaniowych oraz zakres usuwania awarii, a

które będą rozliczane w oparciu o rzeczywiście wykonane prace.

Wskazał, że prace awaryjne w ramach niniejszego postępowania będą przez Zamawiającego zlecane odrębnie i będą rozliczane osobno - według rzeczywistego zakresu ich wykonania.

Zaznaczył, że wynagrodzenie należne za ww. prace awaryjne każdy wykonawca wycenił osobno - wskazując jego wartość w ujęciu rocznym w pozycji nr 7 formularza cenowego (formularz stanowi załącznik nr 6 do SIWZ).

Wyjaśnił, że w praktyce ww. prace awaryjne mogą, lecz nie muszą zostać zlecone wykonawcy po zawarciu umowy, co oznacza, że wysokość rzeczywiście wypłaconego wykonawcy wynagrodzenia z tytułu eksploatacji wszystkich punktów świetlnych może nie obejmować prac awaryjnych.

Powyższe oznacza – zdaniem Odwołującego, że dla potrzeb badania, czy zaoferowana przez ZUE cena nie jest rażąco niska, winna być brana pod uwagę cena nie uwzględniająca prac awaryjnych.

Przyjął także, że zgodnie z ofertą złożoną przez ZUE, kwota należnego temu wykonawcy wynagrodzenia za prace awaryjne wynosi 952 123,56 zł brutto rocznie, a w skali całego okresu realizacji zamówienia (2 lata) 1 904 247,12 zł brutto, co oznacza, że badanie, czy oferta wykonawcy ZUE nie zawiera ceny rażąco niskiej winno być dokonane w odniesieniu do ceny za realizację zamówienia w zakresie podstawowym (bez prac awaryjnych), czyli w odniesieniu do kwoty 3 808 494,24 zł brutto ( $5\,712\,741,36\text{ zł} - 952\,123,56 = 3\,808\,494,24\text{ zł}$ ).

Dalej argumentował, że po odjęciu od ww. ceny kwoty podatku od towarów i usług (należny podatek siłą rzeczy kosztów realizacji usługi pokrywać nie może) cena ta kształtuje się na poziomie: 1 932 540.56 zł (netto).

Zaznaczył przy tym, że do podstawowych kosztów realizacji usługi stanowiącej przedmiot zamówienia należą przede wszystkim (choć nie tylko):

- wynagrodzenie pracowników zaangażowanych w świadczenie usługi
- koszty materiałów eksploatacyjnych i części zamiennych oraz koszty paliwa dla pojazdów, a zaproponowana przez Wykonawcę cena ww. kosztów nie pokrywa.

Nadto zauważył, że ZUE w swojej ofercie zobowiązał się, że do realizacji przedmiotu

zamówienia skieruje 6 pogotowi energetycznych w postaci pojazdów specjalistycznych pojazdów z obsadą (co najmniej dwuosobową), pracujących 24 godziny na dobę.

Dodatkowo zwrócił uwagę, że ZUE zgodnie z warunkami SIWZ musi posiadać bazę dyspozytorską działającą w systemie całodobowym i pozostającą w stałej łączności z pogotowiami energetycznymi, która musi, być obsadzona stale, co najmniej 1 osobą, co oznacza, że realizacja przedmiotu zamówienia zgodnie ze zobowiązaniem ZUE wynikającym z jego oferty wymaga zatrudnienia, co najmniej 49 pracowników.

Przy powyższych założeniach, w ocenie Odwołującego - koszty zatrudnienia osób realizujących przedmiot zamówienia, przy uwzględnieniu wymogów prawnych dotyczących wypłaty minimalnego wynagrodzenia (aktualnie wynosi ono 1 750 000,00 zł brutto, zgodnie z rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 11 września 2014 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę w 2015 r., Dz. U. poz. 1220) miesięcznie przekraczają 100 000,00 zł, co oznacza to, że w skali realizacji całego zamówienia (24 miesiące) z tytułu wypłaty wynagrodzenia pracownikom wykonawca ZUE będzie musiał ponieść koszty przekraczające 2 400 000,00 zł.

Przy czym podkreślił, że dla powyższej kalkulacji kosztów bez znaczenia pozostaje, jaką formę zatrudnienia osób realizujących przedmiot zamówienia przewiduje ZUE (umowa o pracę, umowa zlecenie itp.), ponieważ w aktualnym stanie prawnym każdy wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia ma obowiązek uwzględnić w swej ofercie koszty zatrudnienia z uwzględnieniem wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę, co wprost wynika z uregulowania art. 90 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Poza tym zauważył, że w ramach świadczenia usługi stanowiącej przedmiot zamówienia wybrany wykonawca będzie musiał ponosić koszty materiałów niezbędnych do utrzymania i konserwacji oświetlenia (źródła światła, słupy, oprawy, farby do malowania, paliwo dla pojazdów itp.).

Koszty te, według szacunków Odwołującego (który aktualnie świadczy tożsamą usługę konserwacji i bieżącego oświetlenia w Krakowie) wynoszą miesięcznie około 90 000,00 zł.

W skali całego przedmiotu zamówienia (24 miesiące) koszty te wyniosą zatem co najmniej 2 160 000,00 zł, co oznacza, że uwzględniając ww. koszty w wysokości ceny ofertowej.

W tych okolicznościach – w ocenie Odwołującego - suma kosztów pracy (2 400 000,00 zł) oraz materiałów (2 160 000 zł) niezbędnych do wykonania przedmiotowego zamówienia publicznego wynosi co najmniej 4 560 000 zł.

Przypomniał przy tym, że zaproponowana przez ZUE cena ofertowa netto za realizację zamówienia w zakresie podstawowym (bez prac awaryjnych) wynosi 3 808 494,24 zł brutto, zaś po odjęciu należnego podatku od towarów i usług (który kosztów realizacji zamówienia pokrywać nie może) 2 932 540.56 zł.

Zestawienie powyższej kwoty z zaproponowaną przez ZUE ceną ofertową netto za realizację zamówienia w zakresie podstawowym doprowadziła Odwołującego do wniosku, że cena ta nie zabezpiecza ww. kosztów - do ich pokrycia jest niezbędne jeszcze co najmniej dodatkowo - 1 627 459,44 zł (co stanowi około 55,5% tej ceny). Przedstawił poniższe wyliczenie tej wartości:

$$2\,932\,540,56 - 4\,560\,000 \text{ zł} = -1\,627\,459,44 \text{ zł}$$

(cena netto) - (koszty pracy i materiałów) = (minimalna strata finansowa).

Tym samym, według Odwołującego, cena ofertowa zaproponowana przez ZUE pokrywa mniej niż połowę kosztów bezpośrednich, które ZUE będzie musiało ponieść w związku z realizacją zamówienia.

Zdaniem Odwołującego brakującej kwoty celem realizacji zamówienia zgodnie z założeniami przedstawionymi wykonawca ZUE będzie zmuszony poszukiwać poza wynagrodzeniem należnym za jego realizację, bądź to poprzez uzyskanie zewnętrznego finansowania, bądź też poprzez istotne zaniżenie jakości świadczenia (np. poprzez obniżenie liczby pogotowi energetycznych w stosunku do ich liczby zadeklarowanej w ofercie).

Podkreślił przy tym, że również zaproponowana przez ZUE cena ofertowa powiększona o wynagrodzenie za prace awaryjne (zlecane przez Zamawiającego i rozliczane odrębnie) nie pokrywa kosztów pracy oraz materiałów niezbędnych do wykonania zamówienia, bowiem cena ta po odjęciu podatku od towarów i usług wynosi 4 398 810,85 zł i jest niższa od kwoty omawianych kosztów (4 560 000 zł) o kwotę 161 189,15 zł.

Ponadto zaznaczył, że przedstawione wyliczenia odnoszą się do kosztów ustalonych na poziomie absolutnie minimalnym i nie uwzględniała szeregu innych kosztów (w szczególności kosztów urlopów pracowniczych, kosztów zakupu lub amortyzacji i



utrzymania specjalistycznych pojazdów, kosztów utrzymania bazy dyspozytorskiej i transportowej, w tym kosztów abonamentu za zapewnienie łączności, kosztów odzieży roboczej pracowników, kosztów narzędzi, mierników, kosztów obsługi administracyjno-biurowej zamówienia, kosztów ubezpieczenia, kosztów zabezpieczenia należytego wykonania umowy, kosztów zakupu, amortyzacji lub utrzymania sprzętu dedykowanego do realizacji zamówienia, kosztów obsługi administracyjnej w celu dochodzenia roszczeń na rzecz Zamawiającego i innych).

W przekonaniu Odwołującego koszty te również muszą zostać poniesione w związku z wykonywaniem zamówienia, a zatem ich wartość również powinna zostać w cenie ofertowej ZUE uwzględniona,

Zarzucił również, że cena zaoferowana przez ZUE nie uwzględnia kosztów bezpośrednich, a tym bardziej również kosztów stałych oraz zysku.

Powyższe wskazuje – według Odwołującego - na rażąco zaniżenie przez ZUE ceny ofertowej, co winno w sposób bezwzględny skutkować konieczności odrzucenia złożonej przez tego wykonawcę oferty.

Jednocześnie podkreślił, że dla celów badania, czy oferta wykonawcy ZUE nie zawiera ceny rażąco niskiej, nie ma żadnego znaczenia okoliczność, iż wynagrodzenie wypłacane przez Zamawiającego ma w zasadnicze części charakter ryczałtowy.

Zauważył również, że cena oferty złożonej przez ZUE w niniejszym postępowaniu znacząco odbiega od cen oferowanych przez tego samego przedsiębiorcę w innych postępowaniach na realizację tożsamej usługi.

Podkreślił przy tym, że równoległe z niniejszym postępowaniem Zamawiający prowadził postępowanie o udzielenie zamówienia na tożsamą usługę utrzymania, konserwacji i bieżących naprawy urządzeń oświetlenia ulicznego i iluminacji na terenie Gminy Miejskiej Kraków (postępowanie o numerze i 13/III/2015).

Zaznaczył, że w postępowaniu tym wykonawca ZUE zaproponował Zamawiającemu cenę w ujęciu miesięcznym na poziomie znacznie wyższym, niż cena proponowana w tym przetargu, a zatem cenę ofertową zaniżył.

Dalej wywodził, że w stanie faktycznym sprawy niniejszej zakresy przedmiotowe obu ww. postępowań (tj. postępowania nr 13/N1/2015 oraz tego przetargu) są identyczne.

Wskazał, że usługi stanowiące przedmiot tych postępowań dotyczyły tożsamej infrastruktury oświetleniowej i obejmowały tożsame świadczenia i obowiązki po stronie wykonawcy. Na tożsamym poziomie zostały ustalone również warunki udziału w postępowaniu.

Wyjaśnił, że jedyna różnica dotyczyła okresu świadczenia usługi utrzymaniowej - zamówienie nr 13/111/2015 dotyczyło okresu bezpośrednio poprzedzającego rozpoczęcie realizacji zamówienia udzielanego w niniejszym postępowaniu - obejmowało ono okres od 1 kwietnia do 31 maja 2015 r., podczas gdy rozpoczęcie świadczenia usługi objętej rozpoznawanym przetargiem zostało przewidziane na dzień 1 czerwca 2015 r.

Podkreślił także, że postępowania te były prowadzone w tożsamym czasie (przedmiotowe postępowanie zostało wszczęte nieco wcześniej, a zakończyło się później z uwagi na wyznaczenie dłuższego terminu składania ofert), co oznacza podobne warunki rynkowe świadczenia obu ww. usług (brak upływu czasu rzutującego na warunki cenowe w obu postępowaniach).

Powyższe oznacza – w ocenie Odwołującego, że porównywanie cen ofertowych proponowanych przez ZUE w obu ww. postępowaniach celem dokonania oceny, czy jedna z nich jest rażąco niska, jest w pełni uzasadnione.

W przekonaniu Odwołującego okoliczność dotycząca rażącej dysproporcji pomiędzy cenami ofert złożonych przez ZUE w ww. postępowaniach potwierdza podniesioną tezę, iż proponowana przez ZUE w tym postępowaniu cena ofertowa została zaniżona w stopniu rażącym.

Powyższe oznacza, że oferta złożone przez ZUE winna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

Kolejny zarzut dotyczył popełnienia przez ZUE czynu nieuczciwej konkurencji przewidzianego w art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy ZNK poprzez złożenie przez tego Wykonawcę oferty z zaniżoną ceną polegającego na utrudnianiu innym przedsiębiorcom dostępu do rynku przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odsprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców.

Wskazał, że zaoferowana przez ZUE cena nie pokrywa bezpośrednich kosztów świadczenia usługi utrzymania, konserwacji i bieżących napraw oświetlenia ulicznego w

Krakowie, a zatem złożenie oferty z tak ukształtowaną ceną niewątpliwie stanowi próbę sprzedaży usługi poniżej kosztów jej wytworzenia.

Według Odwołującego złożenie przez ZUE oferty z ceną rażąco niską było działaniem utrudniającym dostęp do tynku jego konkurentom, w szczególności Odwołującemu.

Podniósł, że złożenie przez ZUE oferty z ceną rażąco niską niewątpliwie interesowi Odwołującego zagrażało, bowiem zmierzało ono do w sposób nieuprawniony do utrudnienia mu sprzedaży usługi konserwacji i utrzymania infrastruktury oświetleniowej.

Zdaniem Odwołującego działanie takie mogło doprowadzić do zakłócenia konkurencji na rynku - w szczególności biorąc pod uwagę fakt, iż Zamawiający ofertę ZUE uznał za ofertę najkorzystniejszą w postępowaniu.

Jednocześnie nie może budzić wątpliwości, iż złożenie przez ZUE oferty z ceną rażąco niską miało na celu eliminację Odwołującego z lokalnego rynku usług związanych z utrzymaniem oświetlenia.

Dodatkowo zauważył, że wykonawca ZUE jest podmiotem, który do roku 2015 przez wiele lat świadczył na rzecz Zamawiającego usługę utrzymania infrastruktury oświetleniowej, będąc podmiotem zajmującym najsilniejszą pozycję na lokalnym rynku.

Wyjaśnił, że dopiero w roku bieżącym, w wyniku rozstrzygnięcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na konserwację, utrzymanie i bieżące naprawy oświetlenia ulicznego nr 13/111/2015, usługa ta w okresie kwiecień - maj została powierzona Odwołującemu (Odwołujący złożył w tym postępowaniu ofertę najkorzystniejszą).

Zarzucił, że w reakcji na udzielenie Odwołującemu ww. zamówienia wykonawca ZUE w niniejszym postępowaniu (obejmującym świadczenie tej samej usługi przez kolejne 2 lata, począwszy od czerwca) rażąco zaniżył cenę swej oferty, aby usunąć Odwołującego (wyeliminować go) z lokalnego rynku usług utrzymaniowych.

Powyższe oznacza – w przekonaniu Odwołującego, że złożenie przez ZUE oferty z ceną rażąco niską stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji i oferta ta winna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust 1 pkt 3 ustawy Pzp.

Pismem z dnia 7 maja 2015r. wykonawca ZUE S.A. zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

### **Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.**

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść dokumentacji postępowania przetargowego, w tym Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zwanej dalej SIWZ, oferty Przystępującego: ZUE S.A., wezwania Zamawiającego do udzielenia wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny przez Przystępującego z dnia 14 kwietnia 2015r. i odpowiedzi tego Przystępującego na to wezwanie z dnia 17 kwietnia 2015r. wraz z załącznikami, pism Przystępującego z dnia 7 i 14 maja 2015r., odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie z dnia 14 maja 2015r., pisma procesowego Odwoływającego z dnia 15 maja 2015r., jak również na podstawie złożonych na posiedzeniu i rozprawie przez strony wyjaśnień Izba postanowiła odwołanie oddalić.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych, wpis został przez Odwoływającego uiszczony, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu. Izba nie stwierdziła przesłanek do jego odrzucenia.

Po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego Izba nie doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisów art.7 ust.1 ustawy Pzp, art.89 ust.1 pkt 4 w związku z art.90 ust.3 ustawy Pzp i art.89 ust.1 pkt.3 ustawy Pzp w związku z art.3 ust.1 w związku z art. 15 ust. 1 pkt. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Podstawowym, istotnym zagadnieniem wymagającym rozstrzygnięcia w przedmiotowej sprawie była kwestia oceny czy Zamawiający miał dostateczne podstawy prawne do odrzucenia oferty Przystępującego z powodu rażąco niskiej ceny.

Rozpoznając zarzut istnienia rażąco niskiej ceny w ofercie Przystępującego Izba nie podzieliła argumentacji Odwoływającego wynikającej z treści odwołania.

Izba uznała działanie Zamawiającego odnoszące się do badania rażąco niskiej ceny za mieszczące się w dyspozycji przepisu art.90 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 90 ust.1 cyt. wyżej ustawy Pzp, jeżeli cena oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości zamawiającego, co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez

zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, w szczególności jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w szczególności w zakresie:

1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. Nr 200, poz. 1679, z 2004 r. Nr 240, poz. 2407 oraz z 2005 r. Nr 157, poz. 1314);

2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.

Izba przy tym ustaliła, że następujące ceny ofert czterech wykonawców były brane przez Zamawiającego przy ocenie ofert:

- 1) SAG Elbud Gdańsk S.A. – 14 590 294, 36 zł,
- 2) EQOS Energie Polska sp. z o.o. – 8 339 726,74 zł,
- 3) ZUE S.A. – 5 712 741, 36 zł,
- 4) FB Serwis S.A. – 8 482 327, 56 zł.

Izba stwierdziła również, że wartość szacunkowa przedmiotu zamówienia została ustalona na kwotę 8 682 851, 60 zł netto(10 679 907, 46 zł brutto).

Powyższe oznacza, biorąc pod uwagę powyższy ranking cenowy wykonawców i wartość szacunkową przedmiotu zamówienia, że Zamawiający podejmując procedurę w trybie art.90 ust.1 ustawy Pzp miał prawo do zbadania ceny ofertowej Przystępującego.

W takim przypadku stosownie do przepisu art.90 ust.2 ustawy Pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy.

Według Izby Przystępujący wykonał należycie powyższy obowiązek wykazując brak istnienia rażąco niskiej ceny, co znajduje odzwierciedlenie w treści wyjaśnień z dnia 17 kwietnia 2015r.wraz z załącznikami.

Dodatkowo Przystępujący potwierdził powyższe wyjaśnienia szczegółową kalkulacją cenową załączoną przy piśmie z dnia 14 maja 2015r., która jest objęta tajemnicą przedsiębiorstwa.

Izba uznała za przekonywujące przedstawione koszty pracy wynikające z tabeli nr 1 wyjaśnień, które odnoszą się do 34, 8 etatu i przewidziane są na poziomie uwzględniającym minimalne wynagrodzenie (vide: poz.1, str.9 wyjaśnień z dnia 17 kwietnia 2015r. - koszt wynagrodzenia pracowników fizycznych oraz tabela nr 1 i 2).

Powyższe koszty – według zapatrywania Izby - obejmują również koszty ubezpieczenia społecznego oraz inne dodatkowe składniki wynagrodzenia.

Nadmienić należy, że Odwołujący takiego szczegółowego zestawienia kosztów pracy w swoich wyjaśnieniach w ogóle nie dokonał, lecz jedynie przykładowo do swoich wyjaśnień załączył wydruk płacowy nie wiadomo, kogo dotyczący.

Nadto wymaga wskazania, że na rozprawie Odwołujący zmienił swoje stanowisko oświadczając, że nie kwestionuje ilości zaoferowanych przez Przystępującego etatów do wykonania przedmiotu zamówienia, stwierdzając, że kwestionuje jedynie kalkulację kosztów pracy dla poszczególnego etatu.

Izba uznała argumentację Odwołującego o kosztach pracy Przystępującego na poziomie 1750 zł za pozbawioną uzasadnienia, skoro koszty te w wyjaśnieniach obejmowały wyższą wartość niż ta przytaczana przez Odwołującego zawierając w sobie wszelkie obciążenia.

Izba przyjęła również, że koszty osobowe pracowników Przystępującego mogły kształtować się na poziomie minimalnym, zważywszy na okoliczność, że osoby te mają wykształcenie podstawowe lub zawodowe.

Poza tym Izba uznała istnienie wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnego dla Przystępującego z racji jego wiedzy, know – how oraz doświadczenia, biorąc pod uwagę wykonywanie świadczenia ciągłego w zakresie przedmiotu zamówienia od 2002r. na terenie miasta Krakowa.

Również kalkulacja pozostałych kosztów przedstawiona w wyjaśnieniach nie budziła zastrzeżeń Izby (vide: tabela nr 3).

Ostatecznie, kalkulacja uproszczona przedstawiona w tabeli nr 4 dowodzi założenia przez Przystępującego możliwości uzyskania zysku minimalnego, w przeciwieństwie do Odwołującego, który zysk ten zmaksymalizował.

W związku z powyższym, Izba wzięła pod uwagę okoliczność przyznaną przez wszystkich uczestników, że zakres przedmiotowy obecnego zamówienia publicznego i tego 13/III/2015 są identyczne.

Izba stwierdziła jednak, że Odwołujący w przetargu 13/III/2015 zaproponował dużo niższą cenę niż w obecnym przetargu, co mogło wtedy stworzyć po stronie Odwołującego domniemanie istnienia rażąco niskiej ceny.

Odwołujący na rozprawie sam przyznał, że w przedmiotowym postępowaniu oczekuje dużo większego zysku niż w postępowaniu poprzednim, w którym zaoferowana cena była niższa niż ta obecnie zaoferowana w przedmiotowym przetargu.

Dodatkowo na rozprawie Zamawiający przyznał, że dokonany przez niego szacunek był znacznie zawyżony, co również – w ocenie Izby - wpływa na całokształt oceny przedmiotowej sprawy.

Reasumując, Izba doszła do przekonania, że zaoferowana cena przez Przystępującego nie stanowiła rażąco niskiej ceny.

Powyższego zapatrywania Izby nie zmieniły dowody przedstawione przez pełnomocnika Odwołującego, które mogą, co najwyżej potwierdzać kalkulacje oferty Odwołującego, natomiast nie mają one związku z kalkulacjami i danymi przedstawionymi przez Przystępującego.

Innymi słowy propozycja ofertowa przedstawiona przez Odwołującego nie przesądza o możliwościach ofertowych Przystępującego S.A.

Poza tym Izba stwierdziła, że wyjaśnienia dotyczące rażąco niskiej ceny obu wykonawców były zbliżone co do argumentacji i przedłożonych dowodów, przy czym wyjaśnienia Odwołującego nie zawierały algorytmu szczegółowej kalkulacji ceny, co przyznał sam Odwołujący na rozprawie.

W konsekwencji, w braku uznania wystąpienia rażąco niskiej ceny nie potwierdził się również zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt. 3 ustawy Pzp w związku z art.3 ust.1 i art.15 ust.1 pkt. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp postanowiła oddalić odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. 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:.....**