

WYROK

z dnia 17 lipca 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 lipca 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 lipca 2013 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **B..... K....., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą B..... K..... Zakład Usług Komunalnych oraz H..... K....., prowadzą działalność gospodarczą pod nazwą H..... K..... Zakład Usług Komunalnych, ul. Wolności 28a, 42-500 Będzin** w postępowaniu prowadzonym przez **Zakład Zieleni Miejskiej, ul. Tadeusza Kościuszki 138, 40-523 Katowice**

przy udziale wykonawcy **M..... S....., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Urządzenie i Utrzymywanie Terenów Zieleni mgr inż. M..... S....., ul. Nowy Świat 66, 41-706 Ruda Śląska** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **B..... K....., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą B..... K..... Zakład Usług Komunalnych oraz H..... K....., prowadzą działalność gospodarczą pod nazwą H..... K..... Zakład Usług Komunalnych, ul. Wolności 28a, 42-500 Będzin** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **B..... K....., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą B..... K..... Zakład Usług**

Komunalnych oraz H..... K....., prowadzą działalność gospodarczą pod nazwą H..... K..... Zakład Usług Komunalnych, ul. Wolności 28a, 42-500 Będzin tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 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 Katowicach.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

I. Zakład Zieleni Miejskiej w Katowicach (zwany dalej Zamawiającym), prowadzi postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego pn. Wycinka drzew oraz wykonanie nasadzeń zastępczych na terenie miasta Katowice.

W dniu 5 lipca 2013 r. przez B..... K....., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą B..... K..... Zakład Usług Komunalnych oraz H..... K....., prowadzą działalność gospodarczą pod nazwą H..... K..... Zakład Usług Komunalnych w Będzinie(dalej: Odwołujący) zostało wniesione odwołanie, w którym zakwestionowano prawidłowość wyboru oferty najkorzystniejszej i zarzuciła Zamawiającemu naruszenie:

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 90 ust. 3 Prawa zamówień publicznych w zw. z art. 89 ust. 1 pkt. 4 Prawa zamówień publicznych, polegające na odrzuceniu oferty Odwołującego, podczas gdy ta oferta nie zawierała ceny rażąco niskiej w stosunku do przedmiotu zamówienia,
2. art. 91 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, polegające na dokonaniu wyboru oferty wykonawcy M..... S..... jaką najkorzystniejszej, podczas gdy najkorzystniejszą ofertę złożył Odwołujący.
3. art. 7 Prawa zamówień publicznych, polegające na prowadzeniu postępowania w sposób naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców
4. art. 92 ust. 1 pkt. 3 Prawa zamówień publicznych w zw. art. 90 ust. 3 Prawa zamówień publicznych oraz art. 89 ust. 1 pkt. 4 Prawa zamówień publicznych z polegające na braku wskazania uzasadnienia faktycznego dla uznania, iż wyjaśnienia złożone przez Odwołującego w dniu 17.06.2013r. są „chybione” i nieprawidłowym wskazaniu podstawy prawnej dokonania odrzucenia oferty Odwołującego.

Odwołujący uzasadnił swoje zarzuty następująco:

W ocenie Odwołującego, Zamawiający z powodów dla niego niezrozumiałych najpierw wezwał go do złożenia kalkulacji cenowej poszczególnych elementów oferty, a następnie odrzucił z powodu rażąco niskiej ceny. Zamawiający nie powinien jednak badać poszczególnych elementów ceny, a jedynie cenę globalną. Należy jednak-wskazać, że art. 90 ust, 3 Prawa zamówień publicznych może stanowić podstawę do odrzucenia oferty

wykonawcy wyłącznie w sytuacji, gdy cena oferty, to jest całkowita cena oferty jest rażąco niska, nie zaś gdy taka cecha dotyczy cen jednostkowych za poszczególne elementy zamówienia, w oparciu o które obliczona została następnie cena całej oferty.

Z treści przytoczonego wyżej pisma Zamawiającego z dnia 1 lipca 2013 r. jednoznacznie zaś wynika, że Zamawiający błędnie odniósł cechę rażącego zaniżenia, o której mowa w art. 90 ust. 3 Prawa zamówień publicznych, do cen jednostkowych, którymi Odwołujący posłużył się w swojej ofercie dla określenia wysokości wynagrodzenia oczekiwanego za spełnienie świadczeń opisanych w rozdziale II pkt. 10 ust. 1.5, ust. 1.6, ust. 1.7 oraz ust. 1.8 SIWZ, zamiast do całkowitej ceny zawartej w ofercie Odwołującego.

W konsekwencji Odwołujący wnosil o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności odrzucenia w dniu 1 lipca 2013 r. oferty Odwołującego,
2. unieważnienia czynności dokonania w dniu 1 lipca 2013 r. wyboru oferty wykonawcy M..... S..... jako najkorzystniejszej,
3. ponownego dokonania czynności badania i oceny ofert przy uwzględnieniu oferty Odwołującego,
4. dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej oraz
5. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego zwrotu kosztów postępowania.

Zamawiający nie uwzględnił zarzutów podniesionych w odwołaniu.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił M..... S....., prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Urządzenie i Utrzymywanie Terenów Zieleni mgr inż. M..... S..... w Rudzie Śląskiej, którego oferta została uznana przez Zamawiającego za najkorzystniejszą (dalej: Przystępujący).

Odwołujący uzasadnił swoje zarzuty następująco:

W ocenie Odwołującego, Zamawiający z powodów dla niego niezrozumiałych najpierw wezwał go do złożenia kalkulacji cenowej poszczególnych elementów oferty, a następnie odrzucił z powodu rażąco niskiej ceny. Zamawiający nie powinien jednak badać poszczególnych elementów ceny, a jedynie cenę globalną. Należy jednak-wskazać, że art. 90 ust, 3 Prawa zamówień publicznych może stanowić podstawę do odrzucenia oferty wykonawcy wyłącznie w sytuacji, gdy cena oferty, to jest całkowita cena oferty jest rażąco niska, nie zaś gdy taka cecha dotyczy cen jednostkowych za poszczególne elementy zamówienia, w oparciu o które obliczona została następnie cena całej oferty.

Z treści przytoczonego wyżej pisma Zamawiającego z dnia 1 lipca 2013 r. jednoznacznie zaś wynika, że Zamawiający błędnie odniósł cechę rażącego zaniżenia,

o której mowa w art. 90 ust. 3 Prawa zamówień publicznych, do cen jednostkowych, którymi Odwołujący posłużył się w swojej ofercie dla określenia wysokości wynagrodzenia oczekiwanego za spełnienie świadczeń opisanych w rozdziale II pkt. 10 ust. 1.5, ust. 1.6, ust. 1.7 oraz ust. 1.8 SIWZ, zamiast do całkowitej ceny zawartej w ofercie Odwołującego.

II. Nie stwierdzono zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 189 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, wobec czego rozpoznano odwołanie na rozprawie.

Odwołującemu przysługuje prawo do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, bowiem ma interes w uzyskaniu danego zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku ewentualnego naruszenia przez Zamawiającego Prawa zamówień publicznych - jeżeli podniesione przez niego zarzuty by się potwierdziły, w wyniku czego zostałyby dokonana powtórna ocena ofert, a oferta Przystępującego zostałyby odrzucona bądź zostałyby on wykluczony z postępowania – wówczas Odwołujący miałby realną szansę na uzyskanie zamówienia, jako że jego cena była na drugim miejscu w rankingu ofert.

Izba ustaliła, co następuje:

1. Przedmiotem zamówienia w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego jest realizacja, na zlecenie Zamawiającego, następujących 15 usług:

I. Wycinka drzew na terenie miasta w tym w pasach drogowych (obwód pnia drzew mierzony na wysokości 130 cm) wg wykazu:

- 1) Wycinka drzew o obwodzie pnia do 200cm z frezowaniem i wywozem,
- 2) Wycinka drzew o obwodzie pnia do 200cm bez frezowaniem z wywozem
- 3) Wycinka drzew o obwodzie pnia powyżej 200cm z frezowaniem i wywozem,
- 4) Wycinka drzew o obwodzie pnia powyżej 200cm bez frezowania z wywozem,
- 5) Wycinka alpinistyczna drzew o obwodzie pnia do 200cm z frezowaniem i wywozem,
- 6) Wycinka alpinistyczna drzew o obwodzie pnia do 200cm bez frezowaniem i wywozem,
- 7) Wycinka alpinistyczna drzew o obwodzie pnia powyżej 200cm z frezowaniem i wywozem,
- 8) Wycinka alpinistyczna drzew o obwodzie pnia powyżej 200cm bez frezowaniem z wywozem,
- 9) Redukcja koron drzew zgodnie z zasadami sztuki ogrodniczej z wywozem odpadów (w zakresie przewidzianym w art.82 ust.1a ustawy o ochronie przyrody)
- 10) Wycinka krzewów w m2,
- 11) Usuwanie karp z wywozem i kosztami utylizacji,
- 12) Frezowanie pni z wywozem i kosztami utylizacji.
- 13) Przycinanie żywopłotów z zebraniem i wywozem w m2.

II. Wykonanie nasadzeń zastępczych:

- 14) Sadzenie drzew form naturalnych i piennych o obwodzie pnia powyżej 14cm mierzonej

na wysokości 100cm od nasady pnia,

15) Sadzenie krzewów w formie krzewiastej, dla gatunków silnie rosnących wysokość 60-80 cm, dla wolno rosnących 20-30 cm.

(pkt 10.1 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, dalej: SIWZ, kopia SIWZ i innych dokumentów przywołanych w uzasadnieniu w aktach sprawy).

2. W SIWZ przewidziano, że wynagrodzenie za przedmiot umowy będzie obliczone na podstawie jednostkowych cen ryczałtowych; ostateczne wynagrodzenie będzie stanowiło sumę iloczynów rzeczywistej ilości poszczególnych wykonanych usług i ceny jednostkowej tej usługi podanej w ofercie (pkt 17.1 i 17.2 SIWZ).
3. W ofercie należało podać cenę odrębnie dla każdej z 15 usług, składających się na przedmiot zamówienia. Na dzień otwarcia ofert nie można przewidzieć, ile usług, jakiego rodzaju Zamawiający będzie zlecał wykonawcy; jako nieprzekraczalna kwota wynagrodzenia do umowy z wykonawcą zostanie wpisana kwota, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia (zgodnie z oświadczeniem Zamawiającego na rozprawie).
4. Zamawiający przypisał każdej usłudze oraz sumie pozycji 1-15 wartość punktową, suma punktów decydowała o tym, która oferta jest najkorzystniejsza.
5. W postępowaniu złożono 4 oferty. Dla usług nr 5, 6, 7, 8 (tych pozycji dotyczyło późniejsze wezwanie Zamawiającego do wyjaśnień) zaoferowano następujące ceny:
 - usługa nr 5: 177, 00 zł, 400, 00 zł, 1 zł (cena Odwołującego), 291,60 zł
 - usługa nr 6: 499,00 zł, 400,00 zł, 1,00 zł (cena Odwołującego), 237,60 zł
 - usługa nr 7: 499,00 zł, 500,00 zł, 1,00 zł (cena Odwołującego), 529,20 zł
 - usługa nr 8: 999,00 zł, 500,00 zł, 1,00 zł (cena Odwołującego), 421,20 zł
6. Zamawiający powziął wątpliwości co do poziomu powyższych cen jednostkowych podanych przez Odwołującego i w dniu 12 czerwca 2013 r. wezwał Odwołującego w trybie art. 90 ust. 1 Prawa zamówień publicznych do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty Odwołującego mających wpływ na wysokość ceny, tj. przedstawienie kalkulacji cenowej dla usług 5-8 (były to usługi: 5) Wycinka alpinistyczna drzew o obwodzie pnia do 200cm z frezowaniem i wywozem, 6) Wycinka alpinistyczna drzew o obwodzie pnia do 200cm bez frezowaniem i wywozem, 7) Wycinka alpinistyczna drzew o obwodzie pnia powyżej 200cm z frezowaniem i wywozem, 8) Wycinka alpinistyczna drzew o obwodzie pnia powyżej 200cm bez frezowaniem z wywozem).
7. Odwołujący w wyznaczonym terminie złożył odpowiedź, zatytułowaną „odwołanie” (Zamawiający zinterpretował pismo, po sprostowaniu przez wykonawcę, zgodnie z jego treścią – tj. Jako odpowiedź na wcześniejsze wezwanie). W piśmie Odwołujący przede wszystkim polemizował z zasadnością wezwania go do wyjaśnień. Ponadto wskazał, że do obiektywnych czynników mających wpływ na wysokość ceny zawartej w jego ofercie

należą: posiadanie 112 całkowicie zamortyzowanych jednostek sprzętowych, bazy oraz kompostowni, będących zarazem przedmiotem prawa własności Odwołującego, jak również dysponowanie przez Odwołującego pracownikami interwencyjnymi, a to na podstawie umów zawartych pomiędzy Odwołującym a Powiatowymi Urzędami Pracy w Będzinie oraz Sosnowcu. Nadto Odwołujący wskazał, że jest właścicielem następującego sprzętu: dwie drabiny strażackie o wysokości podnoszenia odpowiednio do 30 m. i 36 m., podnośnik Avia (14 m.), podnośnik Bocker (26 m.), frezarkę Veermer 410, frezarkę Müfler o głębokości frezowania 1 m., 4 rębaki mobilne oraz recykler Beat 3680 do rozdrabniania karpiny oraz całych drzew o średnicy 95 cm. Oczekiwanych przez Zamawiającego w wezwaniu kalkulacji Odwołujący nie złożył. Nie wyjaśnił również, jaki wpływ podane przez niego czynniki (posiadany sprzęt itd.) mają na ustalenie ceny usług 5-8 na poziomie 1 złotówki.

8. Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 90 ust. 3 Prawo zamówień publicznych, wskazując, że „Wykonawca nie udowodnił iż ceny ofertowe za poszczególne składniki składające się na przedmiot zamówienia pokrywają koszty realizacji usług oraz zapewniają Wykonawcy poziom zysku”, dalej, iż rzekomo „Wykonawca nie wykazał wpływu wymienionych obiektywnych okoliczności na ceny jednostkowe zaoferowane w ofercie”, jak również, że to „ceny jednostkowe są cenami ofertowymi”.
9. Na rozprawie Odwołujący podtrzymał zarzuty odwołania w całości. Podkreślał, że pod kątem rażąco niskiej ceny badana jest cena całościowa, a cena oferty w tym wypadku była ceną zbiorczą – sumą poszczególnych pozycji i tylko ta suma ma znaczenie; skoro Zamawiający w pkt 4.1 specyfikacji nie dopuścił możliwości składania ofert częściowych, zatem ceny jednostkowe nie były cenami ofert. Zauważał, że gdyby wykonawcy zaoferowali takie same ceny jednostkowe to by zamawiający nie wzywał do wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Podkreślał, że kalkulacja cen jednostkowych to uprawnienie wykonawcy. Zwracał uwagę na projekt umowy, który przewiduje rozliczenie kosztorysami powykonawczymi na podstawie rzeczywiście zleconych prac. Wskazuje również, że zamawiający nie określił na czym polega wycinka alpinistyczna (na czym polega różnica pomiędzy nią, a wycinką z pkt 1.4), a odwołujący proponuje wycinkę metodą z podnośnikiem, która jest bezpieczniejsza niż za pomocą osoby wspinającej się na drzewo. Przywoływał opis przedmiotu zamówienia pkt 1.1 i 2.1e, z których wynika, że Zamawiający nie wykluczał możliwości użycia podnośnika mechanicznego, obsługiwanego przez cztery osoby - wybór metody wycinki pozostawiając wykonawcy. W konsekwencji Odwołujący wybrał tę metodę jako szybszą, bezpieczniejszą i bardziej ekonomiczną. Złożył Europejski Certyfikat dla pana B..... K..... jako kwalifikowanego pracownika w zakresie pielęgnacji drzew.

Oceniając tak ustalony stan faktyczny, Izba stwierdziła, że nie doszło do nieprawidłowego odrzucenia oferty Odwołującego, i odwołania nie można uwzględnić.

Dla oceny zarzutów nie może mieć znaczenia ani złożony przez Odwołującego na rozprawie certyfikat (certyfikat nie pozostawał w żadnym związku z podniesionymi zarzutami, zresztą Zamawiający nie kwestionował spełnienia przez Odwołującego warunków udziału w postępowaniu), ani polemika Odwołującego z oczekiwanym przez Zamawiającego w SIWZ sposobem wykonania zamówienia (Odwołujący twierdził, że nie będzie konieczna wycinka alpinistyczna, ale użycie podnośnika, obsługiwanego przez cztery osoby – kwestionowanie postanowień SIWZ jest obecnie spóźnione). Najistotniejsze znaczenia dla rozstrzygnięcia zarzutów odwołania ma fakt, że Odwołujący nie wyjaśnił, dlaczego wycenił usługi nr 5-8 na cenę 1,00 zł. Rzeczywiście, orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej wypracowało pogląd, że pojęcie rażąco niskiej ceny odnosi się do ceny globalnej – ale w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia rzeczywistymi cenami były ceny jednostkowe, to one będą podstawą rozliczenia wykonanej umowy (sam Odwołujący zwracał na to uwagę na rozprawie). Na dzień zawarcia umowy (i wcześniej – złożenia oferty) nie jest znana liczba drzew do wycinki, nie podano nawet szacunkowej ilości usług, jakie zostaną zlecone, zatem w niniejszym postępowaniu w ogóle nie da się wyliczyć, na podstawie złożonych ofert, żadnej ceny globalnej (całkowitej) za realizację umowy. Powyższa okoliczność decyduje o konieczności badania cen jednostkowych w niniejszym postępowaniu pod kątem rażąco niskiej ceny.

Z pewnością ceną całkowitą nie jest suma pozycji 1-15, Zamawiający bowiem nie zleci jednorazowo wykonania 15 usług składających się na przedmiot zamówienia, ale będzie je zlecał w miarę potrzeb, określając rodzaj i ilość (§ 4 ust. 1 projektu umowy, załączonego do SIWZ), zatem suma pozycji 1-15 nie ma żadnego przełożenia na rzeczywistą, przyszłą cenę za realizację przedmiotu zamówienia. Zamawiający jednoznacznie zaakcentował znaczenie cen jednostkowych ustalając kryteria oceny ofert, sumie pozycji 1-15 również przyznawano punkty, jednak ta pozycja w żadne sposób nie była wyróżniona (szczególnie traktowana). Zatem w niniejszym postępowaniu Zamawiający miał pełne prawo badać wysokość cen jednostkowych pod kątem rażąco niskiej ceny. Należy również zauważyć, że gdyby zaakceptować poglądy Odwołującego, że ceną globalną była suma pozycji 1-15, Zamawiający na podstawie art. 90 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, miał prawo badać elementy oferty mające wpływ na wysokość ceny, a więc mógł wezwać do złożenia kalkulacji pozycji 5-8, których to kalkulacji Odwołujący nie złożył. Zatem nie można uwzględnić zarzutu Odwołującego, że został on niesłusznie odrzucony z powodu rażąco niskiej ceny.

Wobec powyższych okoliczności Izba stwierdziła, że nie doszło do naruszenia art. 90 ust. 3 Prawa zamówień publicznych w zw. z art. 89 ust. 1 pkt. 4 Prawa zamówień publicznych, art. 91 ust. 1 Prawa zamówień publicznych i art. 7 Prawa zamówień publicznych.

Nie stwierdzono także naruszenia art. 92 ust. 1 pkt. 3 Prawa zamówień publicznych (wydaje się, że Odwołującemu raczej chodziło o wskazanie art. 92 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych, ponieważ jego oferta została odrzucona, a nie został on wykluczony z postępowania) w zw. art. 90 ust. 3 Prawa zamówień publicznych – uzasadnienie faktyczne odrzucenia oferty Odwołującego jest szerokie, jednoznaczne i nie może budzić żadnych wątpliwości co do przyczyn odrzucenia. Rzeczywiście podstawą prawną odrzucenia oferty powinien być raczej art. 89 ust. 1 pkt. 4 w zw. z art. 90 ust. 3 Prawa zamówień publicznych, jednak wskazanie przez Zamawiającego tylko jednej z tychże podstaw prawnych (art. 90 ust. 3 Prawa zamówień publicznych) nie stanowi takiego uchybienia, które miałyby wpływ na wynik postępowania. W konsekwencji, biorąc pod uwagę również art. 192 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 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:

.....