

WYROK
z dnia 8 kwietnia 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Dagmara Gałczewska - Romek

Protokolant: Paulina Nowicka

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 kwietnia 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 marca 2014 r. przez wykonawcę **"SIMEKO" Sp. z o.o., Al. Jana Pawła II 33, 58-506 Jelenia Góra** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Karpacz, ul. Konstytucji 3 Maja 54, 58-540 Karpacz**.

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego oraz nakazuje dokonanie ponownego badania i oceny ofert.

2. kosztami postępowania obciąża Gminę Karpacz, ul. Konstytucji 3 Maja 54, 58-540 Karpacz i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez **"SIMEKO" Sp. z o.o., Al. Jana Pawła II 33, 58-506 Jelenia Góra** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **Gminy Karpacz, ul. Konstytucji 3 Maja 54, 58-540 Karpacz** na rzecz **"SIMEKO" Sp. z o.o., Al. Jana Pawła II 33, 58-506 Jelenia Góra** kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający - Gmina Karpacz prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest odbiór i transport odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości z terenu Gminy Karpacz. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 6 marca 2014 roku pod nr 47605-2014.

W dniu 24 marca 2014 roku odwołujący - Simeko Sp. z o.o. wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego, wskazując na naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 i 3 Pzp przez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, w wyniku czego dochodzi do nieuzasadnionego dyskryminowania podmiotu obecnie realizującego zadania będące przedmiotem zamówienia.
2. art. 89 ust. 1 pkt. 4 Pzp przez odrzucenie oferty Odwołującego jako rzekomo niespełniającej zdaniem Zamawiającego warunków określonych w SIWZ i prawie zamówień publicznych z powodu rzekomego określenia w ofercie Odwołującego rażąco niskiej ceny.

Nie zgadzając się z decyzją zamawiającego o odrzuceniu swojej oferty, odwołujący podniósł, że przedstawiona w wyniku wezwania do uzupełnienia w dniu 17 marca 2014 roku, kalkulacja cenowa uwzględnia koszty osobowe na poziomie znacznie powyżej minimalnej krajowej. Odwołujący zaznaczył w kalkulacji, iż stawka kosztów osobowych dla załogi śmieciarki (trzy osoby, w mniejszym pojeździe mogą być dwie) wynosi 50 zł za godzinę pracy. Koszty jednej osoby wynoszą 16,66 zł, odliczając narzuty za wynagrodzenie pracodawcy (ok. 20% kwoty brutto wynagrodzenia), otrzymujemy godzinną stawkę brutto dla pracownika 13,88 zł za godzinę pracy brutto. Gdyby pomnożyć to przez 168 godzin pracy w miesiącu to otrzymujemy miesięczne wynagrodzenie w wysokości 2 331 brutto, a więc jest to kwota przewyższająca minimalną krajową. W odniesieniu do zarzutu, że cena złożona w ostatniej ofercie była znacznie niższa niż w okresie wcześniejszym odwołujący poinformował, że w poprzednim okresie i obecnie (umowa do 31.03.2014) usługę realizuje podwykonawca Odwołującego - spółka Karkonoskie Przedsiębiorstwo Komunalne Sp. z o.o. (oznaczone dalej jako KPK). Spółka KPK, zgodnie z ustaleniami wspólników i na prośbę władz gminy, zatrudniła wszystkich chętnych do przejścia pracowników z ówczesnego jeszcze zakładu budżetowego MZGK w Karpaczu. Ponadto władze gminy Karpacz zastrzegły sobie, aby warunki zatrudnienia tych pracowników w spółce KPK były nie gorsze, niż w zakładzie

budżetowym. Tam dla ładowacza koszty wynagrodzenia brutto są na poziomie 3.000 PLN. Wynagrodzenia kierowców odpowiednio większe. To jest jeden z czynników powodujących, że usługa była droższa. Drugim czynnikiem, jeżeli chodzi o pracowników, to wydajność pracy. Pracownicy przejęci od gminy czuli jej wsparcie i ochronę, mając niejako „zagwarantowaną” pracę. Stąd w pewnym stopniu niższa wydajność pracy, choć argumentu tego nie traktujemy jako kluczowego. Kolejnym argumentem jest to, iż spółka KPK nie posiadała własnych samochodów i były one wynajmowane. Stąd różnica w cenie, jaką Odwołujący zaproponował w poprzednim przetargu oraz obecną ofertą, gdzie Odwołujący zakłada już samodzielną realizację umowy.

Odwołujący podkreślił, że nie zakładał w żadnym wypadku, że jego pracownicy na terenie Karpacza byliby zatrudnieni na $\frac{3}{4}$ etatu, natomiast przy kalkulacji uwzględnił zwyczajną wydajność pracy pracowników zatrudnionych bezpośrednio przez odwołującego. Wskazał, iż zamawiający kalkulował środki w oparciu o koszty i wydajność własnej spółki MZGK Sp. z o.o., spółka złożyła identyczną ofertę ze środkami jakie przewidział zamawiający, czyli 550 000 zł brutto. Zamawiający nie brał pod uwagę, iż są na rynku firmy, które pracę mogą wykonać taniej, wydajniej i przy tym zarobić. Ponadto wskazał, że na rynku lokalnym Związku Gmin Karkonoskich ceny brutto za usługę transportową odbioru odpadów, przeliczoną na jednego mieszkańca układają się następująco: Kowary - 4,23 zł/osobę; Mysłakowice - 3,59 zł/os; Piechowice - 4,47 zł/os; Podgórzyn - 3,14 zł/os; Szklarska Poręba - 5,52 zł/os. W Karpaczu, gdzie nie wchodził w zakres przetargu transport odpadów z trzech największych hoteli w Karpaczu, zaproponowana przez Simeko stawka to 7,20 zł/osobę. Zamawiający stwierdził jednakże, że jest ona rażąco niska i należy wybrać na świadczenie takich samych usług, jak w sąsiednich gminach, własną spółkę, ale z ceną 11,56 zł/osobę.

Dodatkowo odwołujący podniósł, że Zamawiający powiadomił Odwołującego o rozstrzygnięciu przetargu i odrzuceniu oferty Odwołującego z powodu rażąco niskiej ceny za pośrednictwem przesłanego pocztą elektroniczną pisma (błędnie datowanego na 18 lutego 2014 roku), numer RI.271.32.2014, nie opatrzonego stemplami i podpisem przedstawiciela Zamawiającego (w dniu 21 marca 2014 roku Odwołujący otrzymał to samo pismo opatrzone pieczętkami i podpisem Burmistrza, nadal błędnie datowane na 18 lutego 2014 roku). W piśmie nie podano przysługującego Odwołującemu trybu odwoławczego w postępowaniu.

Odwołujący wniósł o

1. nakazanie Zamawiającemu równego traktowania wszystkich podmiotów ubiegających się o udzielenie zamówienia w sposób umożliwiający zachowanie zasad uczciwej konkurencji.

2. ponowne rozpatrzenie złożonych ofert i wybór oferty najkorzystniejszej, sporządzonej zgodnie z obowiązującymi przepisami prawnymi i Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia.

Na podstawie dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, przekazanej przez zamawiającego oraz mając na uwadze stanowiska stron zgłoszone do protokołu rozprawy, Izba ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia publicznego jest usługa odbioru i transportu odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości z terenu Gminy Karpacz w okresie 10 miesięcy od podpisania umowy. Wartość szacunkowa zamówienia publicznego została ustalona dnia 25 lutego 2014 i opiewa na kwotę 509 259,26 zł. (zgodnie z treścią protokołu, znajdującego się w aktach sprawy).

W postępowaniu złożono dwie oferty z następującymi cenami:

1. Miejski Zakład Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. (dalej MZGK Sp. z o.o.) z ceną 55 000 zł/ m-c.
2. Simeko Sp. z o.o. z ceną 34 257, 10 zł/ m-c.

Pismem z dnia 14 marca 2014 roku zamawiający wezwał odwołującego, na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia pisemnych wyjaśnień dotyczących elementów, mających wpływ na wysokość ceny. W odpowiedzi, w dniu 17 marca 2014 roku odwołujący przedstawił kalkulację ceny oferty, wskazując, że przy marży 2% wykonawca jest w stanie świadczyć usługę za kwotę 342 571,02 zł brutto w całym okresie 10 miesięcy. Pismem datowanym na 18 lutego 2014 roku zamawiający poinformował odwołującego o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez MZGK Sp. z o.o. i odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp oferty odwołującego, jako zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. W uzasadnieniu decyzji zamawiający wskazał m.in., że „przyjęte kwoty osobowe są zaniżone w stosunku do minimalnych kosztów zgodnych z obowiązującymi normami. Kalkulacja nie uwzględnia najniższej stawki minimalnej – 1 680 zł i wykazuje, że usługa wykonywana byłaby przez pracowników w wymiarze $\frac{3}{4}$ etatu. Wykazane w kalkulacji ilości transportów w tygodniu nie odpowiadają rzeczywistym potrzebom i wskazanemu w zamówieniu harmonogramowi odbioru odpadów. Zamówienie nie obejmuje zagospodarowania odpadów”

Mając na uwadze powyższe, Izba zważyła:

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania a odwołujący legitymuje się interesem, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Ponadto na skutek działań i zaniechań zamawiającego może ponieść szkodę w postaci braku możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia publicznego.

Na wstępie wskazać należy, że w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej ukształtował się pogląd, iż za ofertę z rażąco niską ceną należy uznać ofertę z ceną niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień tj. cenę wskazującą na fakt wykonania zamówienia poniżej kosztów wytworzenia przedmiotu zamówienia. Aby Zamawiający mógł uznać, że oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, musi wykazać - a przynajmniej uprawdopodobnić - że jest ona nierealna, nieadekwatna do przedmiotu zamówienia. Sam fakt, iż cena oferty Odwołującego odbiega od wartości szacunkowej zamówienia oraz ceny oferty złożonej przez MZGK Sp. z o.o. a także jest niższa od wynagrodzenia, za które wykonawca dotychczas świadczył te usługi, nie dowodzi, że cena zaproponowana w tym postępowaniu jest ceną rażąco niską. Okoliczność ta jedynie uzasadnia wszczęcie procedury przewidzianej przez art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, która w rozpatrywanym postępowaniu została przez zamawiającego wdrożona.

Złożone w toku postępowania przez odwołującego wyjaśnienia, w których wykonawca wskazał podstawowe wielkości stanowiące podstawę kalkulowania ceny oferty, tj. koszty osobowe, eksploatacji samochodów i amortyzacji oraz przewidywany poziom zysku, stanowią w ocenie Izby wyjaśnienie w rozumieniu przepisu art. 90 ust. 1 i 2 ustawy Pzp o potwierdzają, że cena oferty została skalkulowana z uwzględnieniem wszystkich uwarunkowań, wynikających z realizacji przedmiotu zamówienia. Podkreślić należy, że zamawiający nie podważył skutecznie rzetelności sporządzonej przez odwołującego kalkulacji cenowej, przyjętych w niej danych i wyliczeń. Tymczasem, w treści złożonego odwołania, odwołujący w sposób spójny i logiczny przedstawił wyliczenia dotyczące kosztów osobowych, wykazując tym samym, że twierdzenia zamawiającego, zawarte w decyzji z dnia 18 lutego 2014 roku, co do tego, że koszty osobowe nie pokrywają minimalnego wynagrodzenia za pracę i zakładają zatrudnienie pracowników w niepełnym wymiarze czasu pracy, są całkowicie gołosłowne. W toku rozprawy oraz w złożonej do akt sprawy odpowiedzi na odwołanie, zamawiający nie odnosił się do kwestii kosztów osobowych, co może

świadczą o tym, że wyjaśnienia złożone przez odwołującego w treści odwołania były dla zamawiającego przekonujące.

Dowodem na zaoferowanie ceny rażąco niskiej przez odwołującego nie może być porównanie tej ceny z cenami zaproponowanymi przez tego wykonawcę w innych postępowaniach na odbiór odpadów komunalnych na terenie Kotliny Jeleniogórskiej. Niewątpliwie na kalkulację cen w danej gminie ma wpływ nie tylko zakres przedmiotu zamówienia, przyjęty sposób segregacji czy ilość odbieranych odpadów ale przede wszystkim istnienie realnej konkurencji na danym rynku lokalnym. Stąd za bezprzedmiotową dla rozpoznania sporu należy uznać argumentację zamawiającego, że cena zaproponowana w tym postępowaniu jest rażąco niska, skoro odwołujący świadczy usługi odbioru odpadów komunalnych na terenie Gminy Janowice Wielkie za cenę 8,60 zł w przeliczeniu na jednego mieszkańca, czy w Gminie Jeżów Sudecki za cenę 13,56 zł w przeliczeniu na jednego mieszkańca. O tym, że konkurencja na rynkach lokalnych ma istotny wpływ na kształtowanie cen świadczy choćby to, że w innych gminach np. Szklarska Poręba, Piechowice, Podgórzyn, Kowary, Mysłakowice cena za usługę transportu odpadów komunalnych jest niższa od zaoferowanej w tym postępowaniu, co wynika, że złożonej przez odwołującego mapki z cenami usług wywozu odpadów komunalnych na terenie gmin. Z kolei ze złożonej przez zamawiającego do akt sprawy analizy cen za 1 Mg odpadów, oferowanych w poszczególnych gminach wynika, że cena zaoferowana przez odwołującego w tym postępowaniu wynosząca 123,82 zł nie odbiega w sposób znaczący od średniej cen transportu odpadów w pozostałych gminach (np. Piechowice – 156,52 zł, Kowary – 177,93 zł czy Szklarska Poręba – 175,20 zł) i jest nawet wyższa od ceny za transport 1Mg odpadów w gminie Mysłakowice. Wskazane różnice w cenach nie świadczą o tym, że cena zaoferowana w tym postępowaniu jest nierealna, nierzeczywista i nie gwarantuje należytego wykonania zamówienia.

O zaoferowaniu ceny rażąco niskiej nie może świadczyć także okoliczność, że odwołujący świadczył dotychczas usługę odbioru odpadów na tym terenie za cenę znacznie wyższą niż aktualnie zaoferowana. Na cenę tę miała niewątpliwie wpływ umowa z dnia 1.07.2013 roku zawarta z Miejskim Zakładem Gospodarki Komunalnej i Mieszkaniowej w Karpaczu, przedłożona przez odwołującego jako dowód w sprawie, na podstawie której odwołujący zobowiązał się do przejęcia pracowników MZGKIM ze wskazanym w umowie wynagrodzeniem. Obniżenie ceny realizacji usługi jest efektem istnienia konkurencji na rynku lokalnym gminy Karpacz, które należy ocenić pozytywnie. Niezasadnym jest także porównywanie ceny zaoferowanej z ceną oferty złożoną w trybie zamówienia z wolnej ręki, który jest trybem niekonkurencyjnym. (dowód: oferta odwołującego z dnia 22.01.2014 r.)

Zamawiający nie wykazał także w toku rozprawy, że nie jest możliwym należyte wykonanie pełnego zakresu usługi przy uwzględnieniu 10 transportów, przyjętych w kalkulacji odwołującego. Podkreślić należy, że ilość transportów nie była podana w specyfikacji istotnych warunków zamówienia i jest ona zależna od sposobu organizacji pracy przyjętej przez danego wykonawcę. Dla zamawiającego istotny jest bowiem efekt w postaci transportu odpadów, zgodnie z harmonogramem ich wywozu z poszczególnych ulic oraz wymaganą częstotliwością podaną w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Stąd twierdzenia zamawiającego, że przyjęta przez odwołującego w kalkulacji ilość transportów jest niewystarczająca dla należytego wykonania zamówienia pozostały gołosłowne.

Biorąc pod uwagę całokształt okoliczności w niniejszej sprawie Izba uznała, iż Zamawiający nie wykazał, że cena oferty odwołującego jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia. W świetle powyższego, Izba stwierdziła naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp i orzekła jak w sentencji.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

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

Przewodniczący: