

Sygn. akt: KIO 666/13

POSTANOWIENIE
z dnia 2 kwietnia 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w Warszawie w dniu 2 kwietnia 2013 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 marca 2013 r. przez **wykonawcę J..... S..... prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą Urządzenie i Utrzymywanie Terenów Zieleni mgr inż. J..... S..... z siedzibą w Rudzie Śląska, ul. Nowy Świat 66** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Miasto Sosnowiec – Prezydenta Miasta Sosnowiec, Urząd Miasta Sosnowiec, Al. Zwycięstwa 20**

postanawia:

1. Umorzyć postępowanie odwoławcze
2. Nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 15 000zł. 00 gr. (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawcę J..... S..... prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą Urządzenie i Utrzymywanie Terenów Zieleni mgr inż. J..... S..... z siedzibą w Rudzie Śląska, ul. Nowy Świat 66** 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

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na pielęgnację i wycinkę drzew na terenie miasta Sosnowca zostało wszczęte przez zamawiającego Miasto Sosnowiec – Prezydenta Miasta Sosnowca, Urząd Miasta Sosnowca, Al. Zwycięstwa 20, ogłoszeniem w siedzibie i na stronie internetowej opublikowanym także w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 4 grudnia 2013r. za numerem 2012/S 233 – 383360.

W dniu 12 marca 2013r. zamawiający poinformował o wynikach postępowania, w tym o wyborze oferty najkorzystniejszej oferty D..... B..... prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą DALPINEX D..... B..... z siedzibą w Bielsku-Białej, ul. Karpacka 24. zamawiający poinformował również, że innymi ważnymi ofertami są:

oferta Nr 1 - złożona przez M..... S..... prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą: Urządzenie i Utrzymywanie Terenów Zieleni, ul. Nowy Świat 66, 41-706 Ruda Śląska - cena ofertowa - 1.290.908,88 zł - co stanowi 46,64 pkt w ramach kryterium oceny ofert - cena - 100%;

oferta Nr 2 - złożona przez J..... S..... prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą: Urządzenie i Utrzymywanie Terenów Zieleni, ul. Nowy Świat 66, 41 - 706 Ruda Śląska - cena ofertowa - 1.126.284,48 zł - co stanowi 53,46 pkt w ramach kryterium oceny ofert - cena - 100%;

oferta Nr 7 - złożona przez H..... K..... prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą: Zakład Usług Komunalnych, ul. Wolności 28a, 42 - 500 Będzin – cena ofertowa - 1.155.605,96 zł - co stanowi 52,10 pkt w ramach kryterium oceny ofert - cena - 100%.

Z postępowania o udzielenie zamówienia wykluczono następujących wykonawców:

M..... K..... prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą DACHMAR, ul. Podwarpie 59a, 42-510 Wojkowice Kościelne (*oferta Nr 3*);

- J..... Ż..... prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usług Czystościowych i Komunalnych ul. Małobądzka 84, 42-500 Będzin (*oferta Nr 5*)

Odrzucono oferty:

M..... K..... prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą DACHMAR, ul. Podwarpie 59a, 42-510 Wojkowice Kościelne (*oferta Nr 3*);

- W..... G..... prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Park Leśny Zakład Usługowy, ul. Ustroń 3, 44-122 Gliwice (*oferta Nr 4*);

- J..... Ż..... prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usług Czystościowych i Komunalnych ul. Małobądzka 84, 42-500 Będzin (oferta Nr 5).

W dniu 22 marca 2013r. odwołanie wniósł wykonawca J..... S..... prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą Urządzenie i Utrzymywanie Terenów Zieleni mgr inż. J..... S..... z siedzibą w Rudzie Śląska, ul. Nowy Świat 66 – zwany dalej odwołującą J..... S..... Odwołująca J..... S.....zarzuciła zamawiającemu:

- 1) zaniechanie odrzucenia oferty wybranej jako najkorzystniejszej,
- 2) zaniechanie czynności wyboru oferty złożonej przez odwołującego jako najkorzystniejszej,

Wskazała, że postępowanie zamawiającego narusza:

- art. 89 ust. 1 pkt 2 w ustawy przez bezpodstawne przyjęcie, że treść oferty wybranego wykonawcy jest zgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia.
- art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy przez bezpodstawne przyjęcie, że oferta wybranego wykonawcy nie zawiera rażąco niskie ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia,
- art. 7 ust. 1 ustawy, polegające na niezachowaniu obowiązku równego traktowania wykonawców i prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji oraz dokonanie oceny oferty najkorzystniejszej w sposób tendencyjny nieprzewidziany w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Wniosła o:

1. nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty złożonej przez D..... B..... prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą: DALPINEX, 34-370 Rajcza, Rycerka Dolna 281C
2. nakazanie powtórzenia czynności oceny ofert.
3. nakazanie wyboru oferty odwołującej J..... S..... jako najkorzystniejszej.
4. zwrot kosztów postępowania odwoławczego.

Wskazała, iż wskutek naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, w tym przypadku poprzez dokonanie bezprawnego wyboru oferty złożonej przez D..... B..... prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą: DALPINEX, co w okolicznościach danej sprawy spowodowało uszczerbek w jej interesie objawiający się pozbawianiem szans na uzyskanie zamówienia. Ponadto zamawiający poprzez to, iż zaniechał dokonania określonej czynności wbrew przepisom ustawy, spowodował, że możliwe jest poniesienie przez jej firmę szkody. Nie tylko bowiem przewidywała zatrudnienie dla swoich pracowników i sprzętu, ale kalkulowała również zysk w wyniku realizacji przyszłego ewentualnego zamówienia.

W uzasadnieniu odwołująca J..... S..... podniosła, że dokonując wyboru oferty DALPINEX zamawiający uznał tę ofertę za niepodlegającą odrzuceniu oraz na skutek złożonych wyjaśnień także za ofertę, której cena nie jest ceną rażąco niską.

Stwierdzenia zamawiającego, zdaniem odwołującej J..... S....., są niezgodne z istniejącym stanem faktycznym a wybór najkorzystniejszej oferty niezgodny ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia oraz ustawą .

Odwołująca powołała się na treść Działu I, rozdział 12, pkt 1 siwz, zgodnie z którą „wykonawca wpisze wyliczone metodą kalkulacji własnej ceny jednostkowe dla wszystkich pozycji wyszczególnionych w/Załączniku Nr 8/ Ceny jednostkowe za wykonanie określonej czynności. wykonawca winien załączyć do oferty szczegółowe wyliczenia dla pozycji 2; 4; 7; 8 Załącznika Nr 8 do oferty - Ceny jednostkowe za wykonanie określonej czynności”, oraz w treści Działu II, rozdział 1, pkt 3 specyfikacji istotnych warunków zamówienia tj. „wykonawca winien załączyć do oferty szczegółowe wyliczenia dla pozycji 2; 4; 7; 8 Załącznika Nr 8 do oferty - Ceny jednostkowe za wykonanie określonej czynności”. Zgodnie z tymi postanowieniami, każdy z wykonawców winien był załączyć do oferty szczegółowe wyliczenia dla pozycji 2; 4; 7; 8 Załącznika Nr 8 do oferty - Ceny jednostkowe za wykonanie określonej czynności. Wymóg ten nie powinien budzić wątpliwości, skoro inni wykonawcy dołączyli do ofert wymagane szczegółowe kalkulacje. W pozycjach tych zawierają się czynności takie jak wycinka drzew, praca piły i podnośnika, załadunek wywóz dłużycy, gałęzi i oczyszczenie terenu plus koszty utylizacji, pomniejszone o wartość odzyskanego drewna które powinny zostać skalkulowane i szczegółowo wyliczone. W ocenie odwołującej J..... S..... do oferty DALPINEX nie załączono wymaganych zapisami siwz kalkulacji szczegółowych dla pozycji 2; 4; 7; 8 Załącznika Nr 8 do oferty - Ceny jednostkowe za wykonanie określonej czynności.

Oferta zawiera jedynie kalkulację szczegółową „wartości odzyskanego drewna” pozostawiając pozostałe ceny jednostkowe bez szczegółowych wyliczeń.

Faktem jest, że zamawiający w uzasadnieniu zawiadomień o odrzuceniu innych wykonawców biorących udział w niniejszym postępowaniu stwierdził, iż „Szczegółowe wyliczenia dla wskazanych pozycji miały na celu wykazanie przez wykonawcę jaką wartość w ogólnej cenie jednostkowej zadeklarowanej w kosztorysie ofertowym stanowi odzysk drewna”. Odwołujący jednak nie wie dlaczego zamawiający tak twierdzi. zamawiający wyraźnie w zapisach specyfikacji istotnych warunków zamówienia rozróżniał kalkulacje szczegółową dla pozycji 2; 4; 7; 8 Załącznika Nr 8 do oferty - Ceny jednostkowe za wykonanie określonej czynności, kalkulację ogólną dla pozostałych pozycji tego załącznika. Zmiana wymagań odnośnie kalkulacji wprowadzona po terminie składania ofert doprowadziła do sytuacji, która zawężyła jego wiedzę w zakresie koniecznym do dokonania weryfikacji sporządzonych kalkulacji. Informacje żądane przez zamawiającego miały charakter szczegółowych informacji do arkusza kalkulacyjnego,

istotnych z punktu widzenia stwierdzenia czy wykonawca skalkulował wszystkie czynności wyszczególnione w opisie pozycji jak i w samej pozycji kalkulacji. Informacje te, zdaniem odwołującego J..... S....., miały zasadnicze znaczenie dla obliczenia ceny zgodnie z specyfikacją istotnych warunków zamówienia. W tej sytuacji treść oferty DALPINEX jest niezgodna z treścią siwz i zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy powinna zostać przez zamawiającego odrzucona.

Przepis art. 90 ustawy stanowi, iż - ust. 1 zamawiający w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zwraca się do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

Zamawiający pismem z dnia 12 lutego 2013 r., wezwał DALPINEX do złożenia wyjaśnień. Zamawiający żądał, aby wykonawca uzasadnił poszczególne ceny jednostkowe, udokumentował;

- koszty robocizny (zatrudnienie i wynagrodzenie pracowników przy realizacji zamówienia na poziomie płacy co najmniej minimalnej, biorąc pod uwagę jej ewentualny wzrost w okresie najbliższych dwóch lat),
- miejsce i koszty składowania nieczystości (biorąc pod uwagę ich wzrost cenowy w okresie najbliższych dwóch lat),
- koszty utrzymania sprzętu (np. paliwo, amortyzacja - biorąc pod uwagę ich wzrost cenowy w okresie najbliższych dwóch lat),

a także udokumentował i skalkulował przewidywany zysk i odniósł się do określonych cen pozycji kosztorysowych w Załączniku Nr 9 do oferty. Przy składaniu wyjaśnień wykonawca miał uwzględnić opis przedmiotu zamówienia, stanowiący Dział II siwz. Zamawiający zaznaczył, iż dla zakwalifikowania oferty do dalszego postępowania nie jest wystarczające złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, lecz wyjaśnień odpowiednio umotywowanych i udokumentowanych, przekonujących, że zaproponowana oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

W Dziale II rozdział 1 pkt 8 siwz zamawiający postanowił, że

„Wyceny jednostkowe będące kalkulacją własną wykonawcy powinny obejmować wszelkie żądane koszty, w tym:

- pracy ludzi i sprzętu;
- zabezpieczenia terenu poprzez właściwe oznakowanie miejsc prowadzenia robót;
- zakupu i transportu materiałów niezbędnych do wykonania prac;
- obsługę administracyjną i logistyczną;
- podatki i opłaty urzędowe;
- inne opłaty w tym koszty utylizacji, które będą niezbędne w celu kompletnego i terminowego wykonania prac.

Natomiast w Dziale II rozdział 1 pkt 7 siwz zamawiający wskazał:

„Drewno pozyskane z wycinki drzew wykonawca zagospodaruje, a wartość odzyskanego drewna odliczy od ceny jednostkowej za jego wycięcie. Wartość odzyskanego drewna wykonawca ustali w oparciu o swoje doświadczenie zawodowe z dotychczas prowadzonych usług w tym zakresie w szczególności uwzględniając ceny rynkowe tego typu drewna. Biorąc pod uwagę, że odzysk może stanowić drewno twarde lub miękkie różnych gatunków drzew, dla poszczególnych średnic wartość odzyskanego drewna należy uśrednić”.

W odpowiedzi na wezwanie DALPINEX złożył wyjaśnienia, których w ocenie odwołującej J..... S..... nie poparł stosownymi dowodami, które mogłyby potwierdzać nie zaferowanie ceny rażąco niskiej. W zakresie dowodowym dopuszczalne są dowody z dokumentów, obiektywnie i wiarygodnie wykazujących, że wykonawca mógł podać w ofercie daną cenę, powołanie faktów notoryjnych /jak np. obniżanie cen samochodów z poprzedniego rocznika na początku nowego roku/, oświadczenie o zatrudnieniu niepełnosprawnych wraz z zestawieniem wpływu pomocy publicznej na kalkulację oferty, sprzyjające stosunki handlowe łączące wykonawcę z innymi podmiotami i wynikające stąd konsekwencje i podobne. DALPINEX w swoich wyjaśnieniach wskazał jedynie, w jaki sposób kalkulował cenę i ujawnił wysokość niektórych elementów cenotwórczych. Natomiast nie wyjaśnił, w jaki sposób elementy cenotwórcze zostały skalkulowane. Zdaniem odwołującej J..... S..... brak jest w tej kalkulacji kosztów zabezpieczenia terenu poprzez właściwe oznakowanie miejsc prowadzenia robót, obsługi administracyjnej i logistycznej, opłat urzędowych oraz kosztów składowania pozostałości po pracach w przypadku frezowania pni wraz z nabiegami przy powierzchni. Koszty te powinny być pomijając wszelkie inne wyszczególnione a zostały pominięte w wyjaśnieniach. Ponadto zamawiający w wezwaniu wymagał aby wykonawca wskazał miejsce składowania pozostałości po pracach, do czego wykonawca się nie ustosunkował. Zastanawiające i niestety nie poparte żadnymi merytorycznymi wyjaśnieniami jest naliczenie przez wykonawcę zakładanego wzrostu cen i płac na lata 2013 i 2014 tylko do robocizny bez uwzględnienia waloryzacji do kosztów składowania nieczystości (biorąc pod uwagę ich wzrost cenowy w okresie najbliższych dwóch lat) i kosztów utrzymania sprzętu (np. paliwo, amortyzacja - biorąc pod uwagę ich wzrost cenowy w okresie najbliższych dwóch lat). Odwołująca nadmieniła, iż wykonawca w swoich wyjaśnieniach w sposób niedozwolony i niespójny z ofertą manipuluje „wartością odzyskanego drewna”. Zgodnie z Działem II rozdział 1 pkt 7 specyfikacji istotnych warunków zamówienia wykonawca miał „wartość odzyskanego drewna” odliczyć od ceny jednostkowej za jego wycięcie”. Wartość odzyskanego drewna miała być wpisana do Załącznika Nr 8 do oferty. DALPINEX w swoich wyjaśnieniach do wartości odzyskanego drewna dolicza zysk ze sprzedaży drewna, co jest niezgodne z ofertą, w której tego zysku nie doliczył. Doliczenie tego zysku już po otwarciu ofert (wykonawca nie przedstawił w

kalkulacji szczegółowej załączonej do oferty zysku za sprzedaż drewna), jest naruszeniem zasady równości w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Odjęcie zysku za sprzedaż drewna od wartości handlowej drewna i wartości prac prowadzi do konkluzji, iż suma kosztów dla poszczególnych średnic drzew jest wyższa niż bilans wartości odzyskanego drewna i ceny jednostkowej (przykładowo suma ceny jednostkowej i wartości odzyskanego drewna bez zysku dla Wycinki drzew o średnicy 41-65cm to 101zł, a suma kosztów to 129,60zł.) Sytuacja taka zagraża sytuacji ekonomicznej i finansowej wykonawcy. Zamawiający, oceniając wyjaśnienia, powinien brać pod uwagę obiektywne czynniki, w szczególności oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy, oryginalność projektu wykonawcy oraz wpływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów (ust. 2).

W ocenie odwołującej J..... S....., wyjaśnienia wykonawcy są mało wiarygodne, ogólnikowe, a przede wszystkim nie wskazują w jaki sposób okoliczności przywołane przez DALPINEX w jego wyjaśnieniach wpłynęły na zaoferowanie oferty na takim właśnie poziomie cenowym czyli bez sprecyzowania źródła tak przyjętych kosztów i stawek. Takie wyjaśnienia oprócz wielu braków wynikających z braku zastosowania się do wymagań zamawiającego sprowadzają się wyłącznie do stwierdzenia faktu, ile według wykonawcy wynoszą niektóre koszty, wobec czego nie zawiera danych umożliwiających ocenę realności takiej oferty. Co prawda z ustawy nie wynika prawo zamawiającego do żądania dowodów potwierdzających wyjaśnienia wykonawcy, natomiast wykonawca, udzielając wyjaśnień, może takie dowody złożyć, a wówczas zamawiający będzie zobowiązany, oceniając wyjaśnienia, wziąć pod uwagę ich poświadczenie stosownym dowodem. Na poparcie swoje stanowiska odwołująca powołała wyrok Izby z dnia 15 grudnia 2010 r. sygn. akt KIO/UZP 2619/10 i KIO/UZP 2624/10. Wskazała także, iż wykonawca nie może w takiej sytuacji poprzestawać na ogólnikowym przywoływaniu okoliczności faktycznych dotyczących go bez pokazania realnego wpływu tych okoliczności na wysokość zaoferowanej ceny. Wezwanie do udzielenie wyjaśnień oraz ocena udzielonych wyjaśnień są jednym z kluczowych elementów czynności badania oceny ofert. Stąd też ustawodawca w żadne sposób nie ogranicza Wykonawców w możliwościach i środkach przy pomocy, których udzielą oni wyjaśnień i pokażą wpływ okoliczności, na które się powołują na zaoferowaną cenę. Przeciwnie, ustawodawca wychodzi z założenia, że to właśnie na wezwanym wykonawcy spoczywa ciężar dowodu w zakresie wykazania zamawiającemu, iż zaoferowana cena jest ceną realną. I powołała wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 29 listopada 2010 r. sygn. akt KIO/UZP 2499/10. Zdaniem odwołującej J..... S..... DALPINEX pomimo wezwania zamawiającego, nie powołał żadnych obiektywnych okoliczności co uniemożliwiło pokazanie ich wpływu na kwoty zaoferowane w ofercie, i

zaniechanie jego odrzucenia stanowi istotne naruszenie przepisów ustawy i podstawę do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust 1 pkt 4 ustawy.

Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 22 marca 2013 r. Odwołanie zostało podpisane podpisem elektronicznym właściciela firmy odwołującej się weryfikowanym w okresie ważności certyfikatu.

W dniu 25 marca 2013r. zamawiający wezwał do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym przekazując kopię odwołania.

Do postępowania odwoławczego nikt nie przystąpił.

W dniu 29 marca 2013r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wskazując, że uwzględni odwołania w zakresie zaniechania odrzucenia oferty DALPINEX tj. oferty nr 6 i w zakresie zaniechania wyboru oferty odwołującej J..... S..... jako najkorzystniejszej. Odpowiedź została podpisana przez I Zastępcę Prezydenta.

Izba zważyła, co następuje :

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki odrzucenia odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy.

W związku z faktem, iż przed otwarciem posiedzenia Krajowej Izby Odwoławczej, zamawiający uwzględnił oba zarzuty odwołania tj. zaniechanie odrzucenia oferty wybranej jako najkorzystniejszej i zaniechanie czynności wyboru oferty złożonej przez odwołującego jako najkorzystniejszej - czyli uwzględnił odwołanie w całości i nie nastąpiło skuteczne zgłoszenie przystąpienia po stronie zamawiającego, zaszyły podstawy do umorzenia postępowania.

Zgodnie z art. 186 ust. 2 ustawy Pzp, w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, Izba może umorzyć postępowanie na posiedzeniu niejawnym, pod warunkiem, że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca. W takim wypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Jak ustalono wyżej, w prowadzonym postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że zachodzą przesłanki do wydania postanowienia o umorzeniu postępowania odwoławczego.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła okoliczność, iż uwzględnienie odwołania miało miejsce przed otwarciem posiedzenia, zatem koszty te znoszą się wzajemnie z mocy przepisu art. 186 ust. 6 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, orzekając w tym zakresie o konieczności zwrotu kwoty wpisu uiszczanego przez odwołującego na rachunek Urzędu Zamówień Publicznych, stosownie do § 5 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku 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