

Sygn. akt: KIO 766/18

WYROK

z dnia 15 maja 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Brzeska

Protokolant: Zuzanna Idźkowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 maja 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 23 kwietnia 2018 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Megatherm Sp. z o.o. oraz A. Ś. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe „ANN-POL” A. Ś. z siedzibą dla lidera konsorcjum w Opolu** w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego: Zakład Gospodarowania Nieruchomościami z Dzielnicy Bielany m. st. Warszawy z siedzibą w Warszawie**

przy udziale **wykonawcy A. Z. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą P.H.U.GAMMA A. Z. z siedzibą w Warszawie** zgłaszającego przystąpienie po stronie Zamawiającego

orzeka:

- 1. Oddala odwołanie**
- 2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Megatherm Sp. z o.o. oraz A. Ś. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe „ANN-POL” A. Ś. z siedzibą dla lidera konsorcjum w Opolu i:**
 - 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr. (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Megatherm Sp. z o.o. oraz A. Ś. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe „ANN-POL” A. Ś. z siedzibą dla lidera konsorcjum w Opolu tytułem wpisu od odwołania,**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. z 2017 r., poz. 1579) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Zakład Gospodarowania Nieruchomościami z Dzielnicy Bielany m. st. Warszawy z siedzibą w Warszawie prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. z 2017 r., poz. 1579) (zwanej dalej również „*ustawą Pzp*”), postępowanie o udzielenie zamówienia pn: „*Usługa sprzątania terenów zewnętrznych i budynków*”.

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Megatherm Sp. z o.o. oraz A. Ś. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe „ANN-POL” A. Ś. z siedzibą dla lidera konsorcjum w Opolu (zwani dalej: „*Odwołującym*”) w dniu 23 kwietnia 2018 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) odwołanie na zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy A. Z. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą P.H.U.GAMMA A. Z. z siedzibą w Warszawie, zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 90 ust. 3 i art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, art. 91 ustawy Pzp. Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności Zamawiającego polegającej na wyborze oferty złożonej przez A. Z. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą P.H.U. Gamma A. Z. w zakresie zadania 2 i 3 przedmiotowego przetargu i ponowną ocenę ofert w tym zakresie, odrzucenie oferty A. Z. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą P.H.U. Gamma A. Z. w zakresie zadania nr 2 i 3 przedmiotowego przetargu, wykluczenie A. Z. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą P.H.U. Gamma A. Z. w zakresie zadania nr 2 i 3 przedmiotowego przetargu, zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania według norm przepisanych.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowienia SIWZ, ofertę wykonawcy A. Z. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą P.H.U.GAMMA A. Z. z siedzibą w Warszawie, jak również oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Odwołanie, wobec nie stwierdzenia na posiedzeniu niejawnym braków formalnych oraz w związku z uiszczeniem przez Odwołującego wpisu, podlega rozpoznaniu. Ze względu

na brak przesłanek uzasadniających odrzucenie odwołania Izba przeprowadziła rozprawę merytorycznie je rozpoznając.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o których stanowi przepis art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba potwierdziła skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawcy A. Z. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą P.H.U.GAMMA A. Z. z siedzibą w Warszawie (zwanego dalej również: „Przystępującym”).

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest: *„Usługa sprzątnia terenów zewnętrznych i budynków”*.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania przedstawione podczas rozprawy, Izba uznała, iż odwołanie podlega oddaleniu.

Zgodzić należało się z Zamawiającym, że w niniejszym postępowaniu przedmiot zamówienia oszacowano w części 2 na kwotę 325 308,07 zł, zaś oferta złożona przez A. Z., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą P.H.U. Gamma A. Z. wynosiła 325 000,00 zł. Ponadto, oferta Odwołującego, który stawia zarzut rażąco niskiej ceny była niższa i wyniosła 322 000,00 zł. Odpowiednio, w części 3 zamówienia, Zamawiający oszacował przedmiot zamówienia na kwotę 314 945,35 zł, oferta złożona przez A. Z., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą P.H.U. Gamma A. Z., wyniosła 314 000,00 zł. Ponadto, oferta Odwołującego, który stawia zarzut rażąco niskiej ceny była niższa i wyniosła 311 273,00 zł.

Zamawiający, pismem z dnia 28 marca 2018 r., zwrócił się do Wykonawcy A. Z., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą P.H.U. Gamma A. Z. o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny usługi w zakresie części II III przedmiotowego postępowania przetargowego. Następnie, po przeanalizowaniu przesłanych przez Wykonawcę wyjaśnień, dotyczących rażąco niskiej ceny, pismem z dnia 10 kwietnia 2018 r., Zamawiający zwrócił się o przesłanie uszczegółowienia wyjaśnień, dotyczących: Jakiego wyjątkowo sprzyjające warunki wykonania zamówienia dostępne są dla firmy i w jaki sposób wpłynęły one na kalkulację oferty, wraz z ewentualnymi dowodami na potwierdzenie powyższej, jakie rozwiązania techniczne, a zwłaszcza organizacyjne zostały wypracowane przez firmę, które pozwalają obniżyć koszty wykonania świadczonej usługi i w

jaki sposób wpłynęły one na kalkulację oferty- wraz z ewentualnymi dowodami na potwierdzenie powyższej kalkulacji, jakie oszczędności, metody wykonania zamówienia są stosowane przez firmę i w jaki sposób wpłynęły one na kalkulację oferty z ewentualnymi dowodami na potwierdzenie powyższej kalkulacji. Zgodzić należało się z Zamawiającym i Przystępującym, że udzielone odpowiedzi na przedmiotowe wezwania, były logiczne odnośnie poszczególnych składników, mających wpływ na zaoferowaną cenę, Zamawiający, po zapoznaniu się z pierwszymi wyjaśnieniami, datowanymi na 29 marca 2018 r., skierował kolejne zapytanie, z prośbą o wyjaśnienie wątpliwości, które ewentualnie mogłyby wpływać na ocenę oferty, pod kątem zarzutu rażąco niskiej ceny. Kolejne wyjaśnienia, udzielone w dniu 11 kwietnia 2018 r., w sposób niebudzący wątpliwości, przesądziły o decyzji Zamawiającego odnośnie wyboru tej oferty, jako najkorzystniejszej. Dodatkowo, w celu zapewnienia należytej staranności przy badaniu i ocenie ofert, Zamawiający zwrócił się do ZGN w Dzielnicy Śródmieście m.st. Warszawy, ZGN w Dzielnicy Żoliborz m.st. Warszawy oraz ZGN w Dzielnicy Praga Północ m.st. Warszawy, z zapytaniem o ceny usługi sprzątania za 1 m² powierzchni zewnętrznej utwardzonej i zielonej oraz w budynkach stanowiących własność m.st. Warszawy wraz z ilością m² każdej ze sprzątaných powierzchni oraz okres wykonywanej usługi, w oparciu o umowy zawarte z A. Z. prowadzącym działalność gospodarczą pod firmą P.H.U. Gamma A. Z. . Z odpowiedzi uzyskanych od innych Zamawiających, którzy korzystają z usług tego wykonawcy, w sposób jednoznaczny wynika, że stawki zaoferowane w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego o udzielenie zamówienia publicznego na „Usługę sprzątania terenów zewnętrznych i budynków”, Część II i Część III, w żaden sposób nie odbiegają od stawek obowiązujących na rynku, a wręcz są do nich zbliżone. Zatem zarzut naruszenia art. 90 ust 3 i art. 89 ust 1 pkt 4 ustawy Pzp jest bezzasadny oraz pozbawiony jakichkolwiek podstaw prawnych.

Zgodnie z art. 90 Pzp, jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia, zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, 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 albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2017 r. poz. 847); 2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów. 3) wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu

społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie Zgodnie z art. 90 ust. 2 Pzp, obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy. Stosownie do art. 90 ust. 3 Pzp, Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. W konsekwencji nie potwierdził się również zarzutu naruszenia art. 89 ust 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 15 ust 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Nie potwierdził się również zarzut naruszenia art. 24 ust 1 pkt 17 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia A. Z. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą P.H.U. Gamma A. Z., w zakresie zadania nr 2 i 3, albowiem podmiot ten przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, w tym w szczególności podał błędne informacje dotyczące sprzętu i ilości osób niepełnosprawnych, co miało wpływ na podjęcie decyzji przez Zamawiającego o wyborze oferty A. Z. . Jak wskazał Zamawiający każdy z Wykonawców, składający ofertę w przedmiotowym postępowaniu w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, był zobowiązany do wypełnienia Załącznika nr 3 do SIWZ „Oświadczenie o dysponowaniu sprzętem” w którym to, należało potwierdzić wykonywanie usługi przy pomocy określonego sprzętu oraz wskazać jego ilość. Przy czym oświadczenie to w brzmieniu "Wykonawca będzie dysponował/dysponuje", co oznacza, że nie zawierało ono żadnych wymagań Zamawiającego dotyczących posiadania już zakupionego sprzętu do realizacji tej usługi, ani tym bardziej jego zamortyzowania. W wyjaśnieniach z 29 marca 2018 r., A. Z. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą P.H.U. Gamma A. Z. wskazał, że posiada cały sprzęt do wykonania usługi (t.j. warunek który w opinii Zamawiającego zapewni należyte wykonanie usługi). Następnie wyjaśnił że sprzęt został zakupiony i zamortyzowany, „co oznacza że koszt jego zapewnienia nie stanowi obecnej kalkulacji, co spowodowało obniżenie ceny z uwagi na znaczne obniżenie kosztów wykonania usługi. Do tego został załączony odpowiedni wykaz sprzętu (już zamortyzowanego). Zamawiający zwrócił się w dniu 10

kwietnia 2018 r. z wezwaniem do dostarczenia wykazu sprzętu zamortyzowanego, wskazanego w piśmie Wykonawcy z 29 marca 2018 r, natomiast nie zwrócił się do Wykonawcy o przedstawienie każdego sprzętu, którym zgodnie z oświadczeniem, stanowiącym załącznik nr 3 do SIWZ „Wykonawca będzie dysponował /dysponuje”. Zgodzić należy się zatem, że zarzut podania błędnych informacji dotyczących sprzętu, jaki będzie wykorzystywany przy realizacji przedmiotowej usługi, jest zatem całkowicie bezzasadny. Ponadto w oświadczeniu, stanowiącym Załącznik nr 5 do SIWZ "Oświadczenie o

zatrudnieniu/ zatrudnieniu" każdy z wykonawców potwierdzał, że „zatrudni pracowników na umowę o pracę na okres realizacji zamówienia do obsługi przedmiotu zamówienia”, przy czym oświadczenie w samej swojej nazwie wskazuje, że nie zawierało żadnych wymagań Zamawiającego dotyczących zatrudniania odpowiedniej — zadeklarowanej ilości pracowników już w momencie składania oferty. Tym bardziej, żaden z wykonawców nie gwarantował zatrudnianie jakiegokolwiek osoby niepełnosprawnej. Wykonawca oświadczał jedynie, że „zatrudni pracowników na umowę o pracę na okres realizacji zamówienia do obsługi przedmiotu zamówienia”. Zgodzić należało się z Zamawiającym, że do dnia sporządzania niniejszego pisma, okres realizacji zamówienia nie rozpoczął się, zatem trudno wymagać od jakiegokolwiek wykonawcy, by przed zawarciem umowy w sprawie tego zamówienia posiadał już podpisane umowy o pracę lub ich przedwstępną postać. Okres, jaki upływa pomiędzy wyborem najkorzystniejszej oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, następnie zawarciem umowy, a dniem rozpoczęcia jej realizacji, umożliwia każdemu z wykonawców ewentualne dostosowanie się do wymagań stawianych przez Zamawiającego, w tym do zawarcia odpowiednich umów o pracę, m.in. z osobami niepełnosprawnymi, jeżeli wykonawca przy sporządzaniu kalkulacji swojej oferty uwzględnił taki czynnik. Zatem zarzut ten należy również uznać za chybiony.

Wobec tak zaistniałego stanu faktycznego Krajowa Izba Odwoławcza nie znalazła podstaw do uwzględnienia niniejszego odwołania. W konsekwencji mając na względzie okoliczności niniejszej sprawy, orzeczono jak w sentencji, na podstawie przepisu art. 192 ust. 1 ustawy Pzp. Zatem, odwołanie podlega oddaleniu. W konsekwencji na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy Pzp Izba w punkcie 1 sentencji orzekła w formie wyroku, oddalając odwołanie. W punkcie 2 sentencji Izba orzekła o kosztach na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp stosownie do jego wyniku.

Przewodniczący:

.....