

Sygn. akt: KIO 236/19

WYROK
z dnia 25 lutego 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk

Protokolant: Dominik Haczykowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 lutego 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 11 lutego 2019 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej przez Odwołującego – **Zakład Elektromechaniczny "ELREM" M.G.** (Mazańcowice 629, 43-391 Mazańcowice)

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Miasto Bielsko-Biała** (Urząd Miejski w Bielsku-Białej, Plac Ratuszowy 1, 43-300 Bielsko-Biała)

orzeka:

1. Oddala odwołanie;
 2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Odwołującego – **Zakład Elektromechaniczny "ELREM" M.G.** (Mazańcowice 629, 43-391 Mazańcowice) i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7.500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych, zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.
- Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 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 Bielsku Białej**.

Sygn. akt: KIO 236/19

Uzasadnienie

Odwołanie zostało wniesione w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 ze zm.), [ustawa Pzp lub Pzp] przez zamawiającego: **Miasto Bielsko - Biała**(Zamawiający), którego przedmiotem jest „Utrzymanie oświetlenia ulicznego, stanowiącego własność Gminy Bielsko-Biała, w pełnej sprawności technicznej zapewniającej oświetlenie w okresie do zmroku do świtu” o wartości mniejszej od kwot określonych w art. 11 ust.8 ustawy Pzp (dalej: „Postępowanie”). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane przez Zamawiającego 9 stycznia 2019 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod pozycją 501464-N-2019. Wnosząc odwołanie wykonawca: **Zakład Elektromechaniczny "ELREM" M.G.** (Odwołujący) zakwestionował wybór oferty wykonawcy T.W., która to oferta była dotknięta wadą rażąco niskiej ceny. Odwołujący zarzucił naruszenie przepisów art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp – z uwagi na nie odrzucenie oferty T.W., wyczerpującą znamiona zawarcia w niej rażąco niskiej ceny. Cena zaproponowana przez tegoż oferenta jest nierealistyczna w stosunku do cen rynkowych na tego typu usługi, jest 60% niższa od wartości zamówienia, jaką określił zamawiający. Zaoferowanie przez drugiego, wybranego, oferenta tak nierzeczywistej, zaniżonej ceny na usługi związane z pracami elektroenergetycznymi, co z kolei wymaga posiadania najlepszego, sprawnego sprzętu w ciągłej dyspozycyjności, wykwalifikowanych, dyspozycyjnych pracowników z doświadczeniem i odpowiednimi certyfikowanymi umiejętnościami, stwarza zagrożenie dla bezpieczeństwa ludności, grozi nienależytym wykonaniem umowy, w dodatku w ściśle określonych ramach czasowych przez zamawiającego - usunięcie awarii ma nastąpić do 3 godzin od zgłoszenia, maksymalnie do 9 godzin. Odwołujący podał, że był jednym z dwóch podmiotów, które wzięły udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na realizację zadania wyżej wskazanego. Zaoferował cenę ofertową brutto 336015 zł, popartą szczegółowymi wyliczeniami odnośnie ilości punktów oświetleniowych, cen materiałów, kosztów pracy, zbliżoną do kwoty 400.000zł brutto, jaką Zamawiający przewidział na sfinansowanie zamówienia. W drugiej złożonej ofercie – Wykonawca - T.W. podał cenę brutto 161.010 złotych, która jest niższa o 48 % od średniej arytmetycznej cen wszystkich pozostałych złożonych ofert i stanowi zaledwie 40% ustalonej przez Zamawiającego wartości zamówienia. Zaoferowana cena przez T.W. wydaje się rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia i winna budzić wątpliwości także Zamawiającego, co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, w tym zakresie bezpieczeństwa energetycznego. Jak ustalił Odwołujący, przygotowując ofertę do niniejszego postępowania nie jest możliwym wykonanie zamówienia, przy przyjęciu tak dużej ilości punktów oświetleniowych, jak wskazano w specyfikacji, wyższej ilości tych punktów niż w latach poprzednich, przy wzroście kosztów materiałów, sprzętu, paliw, kosztów pracy, składek ubezpieczeniowych itd., za niższe wynagrodzenie, niż zaoferował, a już z pewnością nie za połowę wartości jego oferty. Zamawiający, zdaniem wykonawcy, naruszył także art. 90 ust. 1 ustawy Pzp z uwagi na przyjęcie wyjaśnień T.W. dotyczących wyliczenia ceny w złożonej ofercie, w

szczegółności w zakresie: 1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, 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 o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (i innych danych, z jakich wynika taka wartość podana w ofercie za uzasadnione. Zdaniem składającego odwołanie oferta T.W. wypełnia pojęcie z ustawy „rażąco niskiej ceny lub kosztu” i winna nie być brana pod uwagę przez Zamawiającego i na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp powinna zostać przez Zamawiającego odrzucona. Przepis ten bowiem wyraźnie wskazuje, że punktem odniesienia dla kwalifikacji oferty, jako złożonej z rażąco niską ceną jest ustalona przez zamawiającego cena za przedmiot zamówienia, wynosząca w tym wypadku 400 000 zł. Podkreślił, że Zamawiający z należytą starannością, z uwzględnieniem realiów cenowych na tego typu usługi określił wartość zamówienia. Zaoferowana przez odwołującego się cena ofertowa brutto 336.015 zł, poparta została szczegółowymi wyliczeniami odnośnie ilości punktów oświetleniowych, cen materiałów, kosztów pracy, zbliżoną do kwoty 400.000zł brutto, jaką Zamawiający przewidział na sfinansowanie zamówienia. W drugiej złożonej ofercie T. W., podał cenę brutto 161.010 złotych, która jest niższa o 48 % od średniej arytmetycznej cen wszystkich pozostałych złożonych ofert i stanowi zaledwie 40% ustalonej przez Zamawiającego wartości zamówienia. Zaoferowana cena przez T.W. wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i winna budzić wątpliwości także Zamawiającego, co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, w tym zakresie bezpieczeństwa energetycznego. Jak ustalił Odwołujący, przygotowując ofertę do niniejszego postępowania, nie jest możliwym wykonanie zamówienia, przy przyjęciu tak dużej ilości punktów oświetleniowych, jak wskazano !w specyfikacji, wyższej niż w latach poprzednich, przy wzroście kosztów materiałów, sprzętu, paliw, kosztów pracy, składek ubezpieczeniowych itd., za niższe wynagrodzenie, niż zaoferował, a już z pewnością nie za połowę wartości jego oferty.

Zdaniem odwołującego się oferta T.W. spełnia pojęcie z ustawy „rażąco niskiej ceny lub kosztu” i powinna nie być brana pod uwagę przez Zamawiającego i na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy prawo zamówień publicznych zostać przez zamawiającego odrzucona.

Wskazując na powyższe zarzuty wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu powtórzenie czynności zamawiającego w zakresie ponowienia przetargu. Wniósł także o zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego na jego rzecz. Ponadto wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów złożonych przeze wykonawcę do przetargu.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o oddalenie odwołania w szczególności podnosząc:

Działając na podstawie art. 90 ust. 1 w związku z art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp wezwał Wykonawcę Firma Usługowo-Handlowa „TOTEX” T.W. do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów, które miały wpływ na wysokość ceny, w celu ustalenia, czy przedłożona przez Wykonawcę oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, albowiem tej oferty jest o ok. 59 % niższa niż szacunkowa wartość zamówienia powiększona o należny podatek od towarów i usług, ustalona przez Zamawiającego przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz o ok. 35 % niższa od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert. W odpowiedzi na wezwanie Wykonawca przedłożył wyjaśnienia dotyczące zaproponowanej przez niego ceny wraz z załączeniem dowodów dotyczących jej wyliczenia. Z przedłożonych wyjaśnień wynika, iż realne jest wykonanie usługi będącej przedmiotem nin. postępowania za cenę przedstawioną w ofercie. Zostało to potwierdzone przedłożonymi dowodami - oświadczeniami producentów materiałów niezbędnych do realizacji zamówienia dotyczącymi korzystnych cen oraz warunków współpracy. Ponadto Wykonawca przedłożył faktury potwierdzające posiadanie przez niego samochodu specjalnego STAR200 (zwyżka) oraz samochodu ciężarowego. Zamawiający wskazał, że zgodnie z 90 ust.3 ustawy Pzp 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 ocenie Zamawiającego, wyjaśnienia wraz ze złożonymi dowodami potwierdzają że zaoferowana cena nie jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i realna jest realizacja usługi będącej przedmiotem niniejszego postępowania na prawidłowym poziomie oraz w pełnym zakresie wynikającym z SIWZ wraz z załącznikami. Zamawiający, po przedstawieniu przez Wykonawcę wyjaśnień wraz z załączonymi dowodami, uznał, że zasadne jest ich przyjęcie, a przedłożone dokumenty w pełni potwierdzają możliwość realizacji usługi za cenę ofertową tj. 161 010,00 zł brutto. Jednocześnie z przedłożonych przez Wykonawcę Firma Usługowo-Handlowa „TOTEX” T.W. na wezwanie Zamawiającego na podstawie art. 26 ust. 2, dokumentów (wykaz usług, wykaz osób, referencje, dokumenty potwierdzające kwalifikacje osób skierowanych do realizacji zamówienia) wynika, Wykonawca realizuje podobną usługę, w przeciągu dwóch lat: od listopada 2017 r. - do nadal (data wystawienia dokumentu 07.01.2019 r.), obejmującą 4 360 pkt. świetlnych za cenę 246 000/100 zł brutto (średnia wartość ok. 56,42 zł/pkt.). Zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia określonym przez Zamawiającego, zakres usługi w nin. postępowaniu obejmuje 3 780 pkt świetlnych. W ocenie Zamawiającego stanowi to dodatkowe potwierdzenie, iż realna jest prawidłowa, rzetelna i terminowa realizacja

usługi będącej przedmiotem nin. postępowania za cenę Wykonawcy zawartą w ofercie, w związku z posiadanym doświadczeniem w realizacji tożsamej usługi. W ocenie Zamawiającego, bezpodstawne jest stwierdzenie Odwołującego, iż wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny nie powinny zostać przyjęte, skoro Odwołujący nie znał treści i zapisów z nich wynikających.

Odnosnie zarzutu naruszenia 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, Zamawiający wskazał, że art. 89 ust. 1 pkt. 4 stanowi przesłankę do odrzucenia oferty, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Przytoczonym przez Odwołującego „punktem odniesienia” do badania rażąco niskiej ceny nie jest art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, a art. 90 ust. 1a pkt. 1 tej ustawy. Ponadto podana przez Odwołującego wartość brutto 400.000 zł, nie jest szacunkową wartością zamówienia, a kwotą jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Szacunkowa wartość zamówienia wynosi 317.065 zł netto. Zdaniem Odwołującego, zaoferowanie przez Wykonawcę Firma Usługowo-Handlowa „TOTEX” T.W. nierzeczywistej, zaniżonej ceny na usługę związaną z pracami elektroenergetycznymi, co z kolei wymaga posiadania najlepszego, sprawnego sprzętu w ciągłej dyspozycyjności, wykwalifikowanych, dyspozycyjnych pracowników z doświadczeniem i odpowiednimi certyfikowanymi umiejętnościami, stwarza zagrożenie dla bezpieczeństwa ludności, grozi nienależytym wykonaniem umowy, w dodatku w ściśle określonych ramach czasowych przez Zamawiającego - usunięcie awarii ma nastąpić do 3 godzin od zgłoszenia, maksymalnie do 9 godzin. Zamawiający stwierdził, że Wykonawca, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, złożył wszystkie niezbędne oświadczenia oraz dokumenty potwierdzające spełnienie warunków udziału w postępowaniu tj. oświadczenia i dokumenty potwierdzające niezbędne kwalifikacje osób skierowanych do realizacji zamówienia określone przez Zamawiającego w SIWZ wraz z załącznikami. Ponadto Wykonawca dysponuje wymaganym sprzętem niezbędnym do realizacji zamówienia oraz zaoferował czas realizacji naprawy pojedynczego punktu świetlnego (wymiana źródła światła) 3 godziny od zgłoszenia - zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego.

Rozpoznając odwołanie Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega oddaleniu.

Izba przede wszystkim stwierdza, że Zamawiający nie naruszył art. 90 ust.1 ustawy Pzp, albowiem wezwał wykonawcę - T.W. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą: Firma Usługowo-Handlowa „TOTEX” T.W.(dalej: Wykonawca) do złożenia wyjaśnień w przedmiocie zastosowanej w ofercie ceny brutto w kwocie 161.010 złotych. Tak jak Zamawiający podał w wezwaniu (pismo z dnia 18/01/2019 r.) skierowanym do tego wykonawcy na podstawie art. 90 ust.1 ustawy Pzp w związku z art. 90 ust.1a pkt 1 tej ustawy: (...) zwraca się z prośbą o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów, które miały wpływ na wysokość ceny, w celu ustalenia, czy przedłożona przez Wykonawcę oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Cena złożonej przez Wykonawcę oferty jest o ok. 59 % niższa niż szacunkowa wartość zamówienia powiększona o należny podatek od towarów i usług, ustalona przez Zamawiającego przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz o ok. 35 % niższa od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert.

Wykonawca zaproponował ceny jednostkowe za utrzymanie roczne poszczególnych elementów zamówienia na poziomie znacznie odbiegającym od wyliczeń przeprowadzonych przez Zamawiającego przed wszczęciem postępowania, które opierały się na kalkulacji cenowej, wiedzy i doświadczeniu Zamawiającego oraz znajomości rynku w zakresie świadczenia tego typu usług. Z przedstawionej przez Wykonawcę wyceny usługi wynika, iż cena jednostkowa za utrzymanie roczne:

- punktów świetlnych (ulice, place, parki, ciągi piesze) jest niższa o ok. 60 % w stosunku do kalkulacji przeprowadzonej przez Zamawiającego;
- punktów świetlnych (przejść podziemnych) jest niższa o ok. 38 % w stosunku do kalkulacji przeprowadzonej przez Zamawiającego;
- punktów świetlnych (iluminacji obiektów) jest niższa o ok. 61 % w stosunku do kalkulacji przeprowadzonej przez Zamawiającego;
- urządzeń energetycznych jest niższa o ok. 65 % w stosunku do kalkulacji przeprowadzonej przez Zamawiającego.

Zaproponowana przez Wykonawcę cena za realizację usługi oraz wszystkie jej składowe elementy budzą wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego w SIWZ wraz z załącznikami”. Dalej w tym wezwaniu wskazując ponownie na art. 90 ust. 1 ustawy Pzp i przesłanki wymienione w tym przepisie i wymagając udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny, między innymi w punkcie 3 wymagał podania: czy Wykonawca uwzględnił położenie wszystkich miejsc świadczenia usługi na rozległym terenie Gminy Bielsko-Biała.

Wykonawca w odpowiedzi (pismo z dnia 25/01/2019 r.) przedłożył wyjaśnienia dotyczące zaproponowanej przez niego ceny oraz załączył dowody. Z przedłożonych wyjaśnień wynika, że realne jest wykonanie usługi będącej przedmiotem tego Postępowania za cenę 161.010 zł przedstawioną w ofercie. Powyższe zostało potwierdzone

przedłożonymi dowodami: kalkulacją (wyczenie stawek dla 13 pozycji), oświadczeniami dostawców - producentów materiałów niezbędnych do realizacji zamówienia dotyczących korzystnych cen oraz warunków współpracy (pisma: Grodno S.A. z Nieporętu, BIELMAT Sp. z o.o. z Bielska Białej). Przedłożył również faktury potwierdzające posiadanie przez niego samochodu specjalnego STAR200 (zwyżka) oraz samochodu ciężarowego. Ponadto przedłożył dokument referencyjny Tauron Dystrybucja S.A. Oddział w Bielsku Białej dotyczący realizowanej na tym terenie w roku 2017 podobnej usługi dotyczącej „Bieżącego utrzymania oświetlenia ulicznego na terenie miasta Bielsko-Biała w ciągu ulic głównych”.

Tak jak słusznie stwierdził Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie oferta - zgodnie z art. 90 ust.3 ustawy Pzp - podlega odrzuceniu tylko tego 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. Zdaniem Izby brak jest podstaw do kwestionowania powyższych wyjaśnień, albowiem te wyjaśnienia wraz ze złożonymi dowodami potwierdzają, że realna jest realizacja usługi będącej przedmiotem tego Postępowania na prawidłowym poziomie oraz w zakresie wynikającym z SIWZ. Dodatkowo, tak jak wskazał Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, potwierdzeniem powyższego jest doświadczenie tego Wykonawcy przy realizacji podobnej usługi w okresie ostatnich dwóch lat (data wystawienia dokumentu 07.01.2019 r.), obejmującej 4 360 pkt. świetlnych za cenę 246. 000,100 zł brutto (średnia wartość ok. 56,42 zł/pkt.), wynikające z dokumentów przedłożonych na podstawie art. 26 ust.2 ustawy Pzp m.in. Wykazu usług i załączonych referencji oraz Wykazu osób skierowanych do realizacji zamówienia i dokumentów potwierdzających ich kwalifikacje osób przedłożone Zgodnie z opisem tego przedmiotu zamówienia zakres usługi w nin. postępowaniu obejmuje 3 780 pkt. świetlnych. Niewątpliwie stanowi to dodatkowe potwierdzenie, że oferowana cena została skalkulowana, w związku z posiadanym doświadczeniem w realizacji tożsamej usługi.

Wobec powyższych ustaleń także zarzut wskazany w odwołaniu naruszenia art. 89 ust.1 pkt 4 należało uznać za niezasadny, albowiem nie podlega uwzględnieniu wskazywany w odwołaniu zarzut rażąco niskiej ceny w ofercie Wykonawcy, która to oferta jako najkorzystniejsza została wybrana w tym Postępowaniu do realizacji zamówienia.

Mając powyższe na względzie orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp stosownie do jego wyniku uwzględniając przepisy 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. z 2018 r. poz. 972).

.....