Sygn. akt KIO 815/19

WYROK

z dnia 23 maja 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 maja 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego

6 maja 2019 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

przez wykonawcę: ROBEN Zakład Usług Ogólnych B.S., Świeradów Zdrój

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. Letnie utrzymanie dróg, chodników, przejść, placów i parkingów oraz utrzymanie terenów zielonych na terenie gminy Boguszów-Gorce w okresie od 01.05.2019 r. do 15.11.2019 r. (nr postępowania WIM.271.5.2019)

prowadzonym przez zamawiającego: Gmina Miasto Boguszów-Gorce

przy udziale wykonawcy: Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej „SANIKOM" sp. z o.o. z siedzibą w Lubawce - zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu Gminie Miastu Boguszów-Gorce unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty, a w ramach powtórzonych czynności - odrzucenie oferty złożonej przez Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej „SANIKOM" sp. z o.o. z siedzibą w Lubawce z uwagi na niewykazanie przez tego wykonawcę, że cena jego oferty nie jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia.

2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego Gminę Miasto Boguszów-Gorce i:

   1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez

      odwołującego ROBEN Zakład Usług Ogólnych B.S. w Świeradowie Zdroju,

   2) zasądza od zamawiającego Gminy Miasta Boguszów-Gorce na rzecz odwołującego ROBEN Zakładu Usług Ogólnych B.S. w Świeradowie Zdroju

   kwotę 11100 zł 00 gr (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy) - stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uiszczonego wpisu od odwołania oraz uzasadnionych kosztów strony w postaci wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. 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 Jeleniej Górze.

Przewodniczący: .....

Uzasadnienie

Zamawiający Gmina Miasto Boguszów-Gorce prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 ze zm.) {dalej również: „ustawa pzp", „pzp"} w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na usługi pn. Letnie utrzymanie dróg, chodników, przejść, placów i parkingów oraz utrzymanie terenów zielonych na terenie gminy Boguszów-Gorce w okresie od 01.05.2019 r. do 15.11.2019 r. (nr postępowania WIM.271.5.2019).

Ogłoszenie o tym zamówieniu 12 kwietnia 2019 r. zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 537167-N-2019.

Wartość tego zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp.

29 kwietnia 2019 r. Zamawiający przesłał Odwołującemu ROBEN Zakładowi Usług Ogólnych B.S. w Świeradowie Zdroju {dalej również: „Roben"} zawiadomienie o rozstrzygnięciu postępowania - wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej „SANIKOM" sp. z o.o. z siedzibą w Lubawce {dalej również: „Sanikom"}.

6 maja 2019 r. Odwołujący wniósł w stosownej formie elektronicznej do Prezesa

Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (zachowując wymóg przekazania jego kopii Zamawiającemu) od powyższej czynności, a także od zaniechania odrzucenia oferty Sanikomu.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp

{lista zarzutów}:

1. Art. 90 ust. 3 i art. 89 ust. 1 pkt 4 - przez zaniechanie przeprowadzenia przez Zamawiającego pogłębionej, merytorycznej analizy wyjaśnień złożonych przez Sanikom i poprzestanie na jedynie formalnej ich ocenie, co doprowadziło do zaniechania odrzucenia oferty Sanikom, mimo że wykonawca ten jedynie w sposób formalny dopełnił procedury wyjaśnienia i nie obalił domniemania, że cena oferty jest rażąco niska, a szczegółowa analiza przedstawionych wyjaśnień i dowodów potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

2. Art. 90 ust. 2 w zw. z art. 7 i art. 89 ust. 1 pkt 4 - przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Sanikom w sytuacji, gdy wykonawca ten nie wykazał, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia, a treść wyjaśnień sugeruje, że wykonawca nic wypełnił wymogów specyfikacji istotnych warunków zamówienia {dalej w uzasadnieniu: „specyfikacja", „SIWZ" lub „s.i.w.z."} co do liczby pracowników przewidzianych do realizacji zamówienia, co z kolei winno skutkować odrzuceniem jego oferty również na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2.

3. Art. 7 - przez wybór jako najkorzystniejszej ofert podlegającej odrzuceniu i zaniechanie przeprowadzenia w sposób gwarantujący zachowanie uczciwej i równej konkurencji

procedury badania ofert.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty.
2. Ponownego badania i oceny ofert, w tym odrzucenia oferty Sanikomu, a w konsekwencji

uznania oferty Odwołującego za najkorzystniejszą.

Odwołujący sprecyzował powyższą listę zarzutów przez zbiorcze podanie

następujących okoliczności prawnych i faktycznych uzasadniających wniesienie odwołania.

Odwołujący zrelacjonował następujące okoliczności dotyczące przebiegu postępowania.

Złożone zostały dwie oferty: Sanikomu z ceną 438750,00 zł oraz Odwołującego z ceną 487500,00 zł, przy czym Zamawiający na realizację zamówienia przeznaczył kwotę 530200,00 zł, stąd cena oferty Sanikomu odbiega od tej kwoty o ok. 17%

Pismem z 24 kwietnia 2019 r. Zamawiający zdecydował się wezwać Sanikom do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 pzp, podkreślając, wykonawca ma przedstawić konkretne informacje o okolicznościach stanowiących podstawę dokonanej wyceny, przy czym informacje miały być na tyle konkretne, by możliwa była ich weryfikacja oraz ocena wiarygodności: Złożone dokumenty powinny pozwolić, wręcz udowodnić Zamawiającemu,

ze podana przez Wykonawcę cena jest ceną rynkową, a Wykonawca przy realizacji zamówienia nie poniesie żadnej straty. (...) Przedłożenie przez Wykonawcę jedynie ogólnych, lakonicznych wyjaśnień i niewiarygodnych dowodów, bądź brak jakichkolwiek dowodów, może prowadzać do odrzucenia oferty bez prowadzenia dodatkowych wyjaśnień.

Sanikom nie zakwestionował powyższego wezwania i pismem z 29 kwietnia 2019 r. przedstawił Zamawiającemu wyjaśnienia, które obejmują trzy strony ogólnych informacji o wykonawcy i przyjętych przez niego założeniach do kalkulacji ceny oraz uproszczoną kalkulację (ogólny opis pozycji, kwota przypisana do pozycji, zliczenie podanych wartości w tabeli liczącej 14 pozycji). Do wyjaśnień nie zostały dołączone żadne dokumenty, które można by uznać za dowody.

Sanikom wskazał w wyjaśnieniach na następujące okoliczności.

Po pierwsze, na swoje doświadczenie w zakresie świadczenia usług letniego utrzymania, co pozwala na efektywne zaplanowanie czynności i działań, co skutkuje możliwością kalkulowania kosztów w sposób precyzyjny, a także powołał się na dodatni wynik finansowy spółki.

Po drugie, na posiadanie na terenie Boguszów-Gorce własnej bazy transportowej, co ma zmniejszyć koszty realizacji zamówienia ze względu na bliską jej odległość od miejsca wykonywania zamówienia oraz fakt, że baza jest wykorzystywana do realizacji innych kontraktów.

Po trzecie, na posiadanie na własność wszystkich pojazdów i sprzętów niezbędnych do wykonania przedmiotu zamówienia, przy czym pojazdy zostały w znacznej mierze zamortyzowane. Ponadto flota spółki tankowana jest na własnej stacji paliw, co generuje znaczne oszczędności w zakupie paliwa. Upusty uzyskane przez Wykonawcę wynoszą obecnie 0,22 zł/litr oleju napędowego.

Po czwarte, na ustalenie kosztów pracy z uwzględnieniem wynagrodzenia minimalnego, przy czym: Koszty związane z wynagrodzeniem pracowników zostały zoptymalizowane m. in. poprzez podzielenie kosztów wynagrodzenia. Część pracowników

zatrudnionych na pełnym etacie w przedsiębiorstwie obsługuje dwa różne zadania - zajmować się będzie letnim utrzymanie dróg oraz innymi pracami zleconymi. Podział czasu pracy pracowników nie wpłynie na jakość świadczonych usług....

Po piąte, że z uwagi na prowadzenie przez niego zakładu unieszkodliwia odpadów i składowisk ograniczył koszty związane z zagospodarowaniem i unieszkodliwieniem odpadów zgromadzonych w wyniku realizacji zamówienia.

Sanikom wskazał także na uzyskiwany przez siebie upustu na zakup paliwa,

Według relacji Odwołującego w kalkulacji są m.in. następujące pozycje:

- energia elektryczna (50 zł/miesiąc),

- podatek od nieruchomości i gruntów (1400 zł/miesiąc),

- amortyzacja (3100 zł/miesiąc)

- ubezpieczenia majątkowe (150 zł/miesiąc)

- paliwo do środków transportu (2900 zł/miesiąc),

- koszty wynagrodzeń (38500 zł/miesiąc),

- koszty składek na ubezpieczenia społeczne (9940,60 zł/miesiąc),

- koszty zapewnienia „świadczeń związanych z BHP dla pracowników (1543,75 zł/miesiąc).

W odwołaniu przywołano również w następującym zakresie postanowienia specyfikacji

3.1. Przedmiotem zamówienia jest realizacja usług, w szczególności, w zakresie:

1) Letnie utrzymanie dróg, chodników, przejść, placów i parkingów;

a) zamiatanie mechaniczne lub ręczne ulic,

b) zamiatanie mechaniczne lub ręczne utwardzonych chodników, przejść, placów i parkingów,

c) 4-krotne koszenie trawy na poboczach dróg,

2) utrzymanie terenów zielonych, w szczególności:

a) koszenie, sprzątanie i pielęgnacja w okresie letnim terenów zielonych,

b) codzienne bieżące utrzymywanie czystości wokół wydzielonych terenów do gromadzenia odpadów komunalnych,

c) konserwacja i naprawa koszy ulicznych oraz pojemników na psie odchody,

d) bieżące opróżnianie koszy ulicznych oraz pojemników na psie odchody i wywóz odpadów zgromadzonych w wyniku realizacji zamówienia, celem utylizacji,

e) systematyczne codzienne podlewanie kwiatów j rabat kwiatowych zlokalizowanych na terenie Gminy Boguszów-Gorce w miejscach wskazanych w załączniku nr 3 do umowy,

j) sprzątanie miasta w czasie i po imprezach masowych organizowanych przez Gminę, po wcześniejszym uzgodnieniu terminu z Zamawiającym,
g) wygrabianie i wywóz zebranych liści celem utylizacji.

3.2. Dodatkowe warunki realizacji przedmiotu zamówienia:

1) Utrzymanie pełnej gotowości do świadczenia usług, tj.: 7 dni w tygodniu, 24 godziny na dobę.

W razie potrzeby reakcja na telefon osoby upoważnionej ze strony Zamawiającego.

Pkt 7.3 SIWZ:

Zamawiający uzna warunek za spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże, że dysponuje lub ma możliwość dysponowania osobami skierowanymi do realizacji zamówienia publicznego, w szczególności odpowiedzialnych za. świadczenie usług, wraz z załączeniem informacji na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień, doświadczenia / wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia publicznego, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami:

- pracownik fizyczny - 5 osób w zakresie pielęgnacji terenów zielonych - doświadczenie w pracy minimum 2 lata,

- pracownik fizyczny - minimum 15 osób,

- koordynator działań - 1 osoba - doświadczenie minimum 2 lata w zakresie prowadzenia koordynacji usług objętych przedmiotem zamówienia,

Dla osób, o których mowa w tiret od 1 do 3 Zamawiający nie dopuszcza możliwości łączenia funkcji.

W § 6 ust. 1 wzoru umowy Zamawiający nałożył na wykonawcę szeroko określony obowiązek zatrudnienia osób wykonujących zamówienie na podstawie umowy o pracę.

Odwołujący zarzucił, że Sanikom nie jest w stanie, biorąc pod uwagę złożone wyjaśnienia i aktualne uwarunkowania rynkowe, wykonać bez straty przedmiot zamówienia w sposób zgodny z oczekiwaniami Zamawiającego wyrażonymi w SIWZ.

Jednocześnie Odwołujący zarzucił, że złożone wyjaśnienia jedynie pozornie wskazują

na poprawność sporządzonej przez niego kalkulacji ceny, bo choć zawierają pewne informacje co do założeń przyjętych na etapie kalkulacji ceny, w rzeczywistości są niewiarygodne i bardzo ogólne. W istocie sprowadzają się bowiem do haseł, których - wobec braku załączonych dowodów - nie mógł zweryfikować Zamawiający.

Ponadto według Odwołującego nie wiadomo, w jaki sposób okoliczności wskazywane jako umożliwiające obniżenie ceny w istocie przekładają się na cenę oferty.

Po pierwsze, doświadczenie jest istotne dla oszacowania kosztów wykonania zamówienia, ale sam fakt posiadania doświadczenia w realizacji określonych usług nie świadczy o poprawnym skalkulowaniu ceny w tym konkretnym postępowaniu, zwłaszcza w sytuacji, gdy każdy z wykonawców, którzy chcieli wziąć udział w niniejszym postępowaniu musieli wykazać się posiadaniem odpowiedniego doświadczenia. Z kolej okoliczność, że spółka generuje zysk nie jest równoznaczna z tym, że zysk ma na każdym kontrakcie, w tym także, że będzie uzyskany w tym zamówieniu.

Po drugie, nie sposób tej okoliczności wywieść z przedstawionej kalkulacji, gdzie pozycja „baza" nie pojawia się, a pozostałe pozycje są opisane w takim stopniu ogólności, że nic sposób przypisać kosztów w nich podanych do kosztów utrzymania bazy, na które składają się koszty jej utrzymania i remontu (przy założeniu, że nieruchomość jest już zamortyzowana), dostawy mediów (co najmniej woda, prąd, ścieki, koszty ogrzewania, odbiór odpadów) oraz podatki, ubezpieczenia, ochrona, obsługa przez pracowników. W kalkulacji pojawiają się co prawda powyżej wymienione pozycje, jednak nie wiadomo (w przypadku amortyzacji i ubezpieczeń majątkowych), czy wartości te odnosić należy do bazy czy pojazdów. A nawet gdyby przyjąć, że koszty te należy odnieść do bazy, nie są one kompletne. Dodatkowo nie są poparte żadnymi dowodami, a zatem nie wiadomo, czy są to wartości podane prawidłowo (odnoszą się do realnych kosztów ponoszonych przez wykonawcę).

Po trzecie, przy pojazdach zamortyzowanych (a więc co najmniej kilkuletnich), które nadto mają być używane w zasadzie codziennie w całym okresie realizacji zamówienia, należy uwzględnić koszty ich bieżących napraw i remontów, koszty wymiany materiałów zużywalnych (płyny, oleje, filtry), przeglądy, OC, podatki. I znów wobec przedstawienia bardzo ogólnej kalkulacji nie wiadomo, czy koszty te są ujęte w cenie ofertowej w ogóle, a jeśli tak, to w jakiej wysokości i czy są to koszty rzeczywiście ponoszone przez wykonawcę (ustalone na poziomie rynkowym dostępnym wykonawcy), skoro wykonawca nie wskazuje, jaką ilość pojazdów i jakich rodzajów zamierza przeznaczyć do realizacji zamówienia, ile godzin pracy miesięcznie tych pojazdów wykonawca założył kalkulując cenę i skąd biorą się wartości podane w kalkulacji (brak jakichkolwiek dowodów).

W szczególności istotną pozycją jest paliwo do środków transportu (2 900 zł/miesiąc), przy czym nie wiadomo, w jaki sposób pozycja ta została przez wykonawcę wyliczona, tj., jakie środki transportu uwzględnił wykonawca, ile założył kilometrów do przejechania, jakie przyjął średnie spalanie pojazdów i wreszcie, jaki koszt zakupu paliwa. W zakresie tego ostatniego Sanikom poprzestał na wskazaniu uzyskiwanego przez siebie upustu na zakup paliwa, ale fakt uzyskania takiego upustu nic został przez niego wykazany (brak dowodu), a także nie wiadomo, od jakiej ceny ów upust jest uzyskiwany, zwłaszcza w sytuacji, gdy wykonawca usługę dostawy oleju napędowego zamawia na rynku zamówień publicznych. Należałoby także zadać pytanie, czy Sanikom uzyskał gwarancję stałości ceny na zakup oleju napędowego do końca realizacji niniejszego zamówienia, co jest niezwykle istotne wobec faktu, iż ceny paliw w ostatnim czasie rosną.

Po czwarte, odnośnie kosztów osobowych, Odwołujący wywiódł z przywołanych powyżej postanowień SIWZ, że zakres czynności objętych przedmiotem zamówienia jest bardzo szeroki, w tym obejmuje także pełną gotowość do wykonywania usługi (24 godziny na dobę 7 dni w tygodniu), a Zamawiający założył, że wykonawca do realizacji zamówienia powinien skierować co najmniej 21 osób i dysponowanie taką liczbą osób uznał za warunek udziału w postępowaniu.

Odwołujący wyliczył, że koszt zatrudnienia przy realizacji zamówienia 21 pracowników, przy uwzględnieniu wysokości najniższego wynagrodzenia minimalnego określonego na podstawie obowiązujących przepisów prawa i kosztów pracodawcy z tym związanych (koszt ubezpieczeń społecznych ponoszonych przez pracodawcę zgodnie z przepisami prawa), wynosi 21 x 2727,68 zł (koszt pracodawcy zatrudniającego pracownika, któremu wypłacane jest najniższe wynagrodzenie pracownika, tj. 2250 zł) plus ok. 21% (koszt ubezpieczeń społecznych pokrywanych przez pracodawcę), co daje; 57281,28 zł miesięcznie. Tymczasem Sanikom na koszty wynagrodzeń łącznie kwotę 49440,60 zł miesięcznie, a więc wartość o ok. 7840 zł na miesiąc mniej niż wynikałoby to z wymogów SIWZ i obowiązującego prawa. Koszt wynagrodzeń wyliczony przez Odwołującego nie obejmuje rezerwy na urlopy, zwolnienia lekarskie pracowników, czy konieczność wypłaty dodatków za pracę w nocną, w niedziele i święta oraz koszt zapewnienia im odzieży,

szkoleń, badań lekarskich i in. Przy czym rezerwa urlopy i zwolnienia lekarskie i inne podane koszty nie została przez Sanikom wskazana w wyjaśnieniach, a więc można założyć, że nie jest objęta ceną ofertową.

Odwołujący dodał, że Sanikom nie wskazał w wyjaśnieniach, jaki jest u niego poziom kosztów zatrudnienia jednego pracownika zatrudnianego na potrzeby realizacji zamówienia i, jeśli jest to koszt nie wyższy niż tzw. najniższa krajowa, że za takie kwoty wykonawca ten jest w stanie obecnie znaleźć pracowników chętnych do pracy. Przy przyjęciu, że koszty zatrudnienia pracownika przez Sanikom są wyższe niż tzw. najniższa krajowa, wskazane niedoszacowanie będzie jeszcze wyższe. Trudno jest bowiem uznać, że wynagrodzenie koordynatora, jak też pracowników fizycznych przeznaczonych do utrzymania zieleni, będzie kształtować się na takim samym poziomie jak wynagrodzenie pracowników fizycznych.

Odwołujący zaznaczył, że Sanikom nie mógł poprzestać na wskazaniu, że „optymalizuje koszty zatrudnienia" dzięki dzieleniu ich na różne kontrakty, gdyż w świetle orzecznictwa Izby nie może pokrywać kosztów zatrudnienia pracowników przewidzianych do realizacji tego zamówienia, wpływami z innych kontraktów. Po drugie, liczba pracowników wymagana przez Zamawiającego do realizacji zamówienia jest liczbą minimalną i przy założonym zakresie obowiązków wykonawcy nie ma obiektywnie możliwości, aby osoby przewidziane do realizacji tego zamówienia mogły jednocześnie pracować na rzecz innych zamówień. Założenie, że wykonawca do realizacji zamówienia skieruje mniejszą niż 21 liczbę pracowników świadczyłoby natomiast o niezgodności treści jego oferty z SIWZ. Po trzecie, nawet gdyby przyjąć, że działanie polegające na wykonywaniu przez pracowników Sanikom różnych zamówień równocześnie z niniejszym zamówieniem jest dopuszczalne, Zamawiający - nie wiedząc, ilu pracowników Sanikom zamierza skierować do realizacji zamówienia, jaki będzie ich czas pracy na rzecz tego zamówienia i wreszcie, jaki jest poziom kosztów ich zatrudnienia - nie ma żadnych narzędzi ku temu, by zweryfikować zgodność założeń Sanikom z wymogami SIWZ i poprawność wyliczenia tego kosztu. Wyjaśnienia Sanikomu, bez poparcia ich konkretnymi wyliczeniami i dowodami, które mogłyby podlegać weryfikacji, można dopasować w zasadzie do każdej kwoty, jaką podałby wykonawca. Trudno takie wyjaśnienia uznać za wiarygodne.

Po piąte, w kalkulacji przedstawionej przez Sanikom brak pozycji dotyczącej unieszkodliwiania odpadów lub innej podobnej, co uwzględniając opisy pozostałych pozycji, sugeruje, że Sanikom kosztów, o których mowa w cenie ofertowej nie ujął. Według Odwołującego nawet w sytuacji, gdy wykonawca prowadzi własne instalacje do przetwarzania odpadów, które są odbierane (wytwarzane) w ramach realizacji zamówienia, pewne koszty związane z ich zagospodarowaniem ponosi. Mowa tu chociażby o kosztach zeskładowania tej części odpadów, która nie może zostać poddana odzyskowi, które równe są co najmniej wysokości uiszczanej przez wykonawcę tzw. opłaty marszałkowskiej (opłaty za korzystanie ze środowiska, tu: składowanie odpadów). Koszt ten w 2019 r. kształtuje się na poziomie 170 zł/Mg odpadów. Odpady przed składowaniem należy poddać przy tym wstępnemu przetwarzaniu, co generuje koszty zapewnienia odpowiedniej do tego instalacji. Założenie, że takich kosztów wykonawca nie będzie ponosił jest niedopuszczalne i świadczy o zaniżeniu ceny ofertowej.

Zamawiający poinformował Izbę, że 7 maja 2019 r. przekazał kopię odwołania drogą elektroniczną pozostałym wykonawcom.

9 maja 2019 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło w stosownej formie elektronicznej zgłoszenie przez Sanikom przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Wobec dokonania powyższego zgłoszenia w odpowiedniej formie, z zachowaniem 3-dniowego terminu oraz wymogu przekazania kopii zgłoszenia Stronom postępowania (zgodnie z art. 185 ust. 2 pzp) - Izba nie miała podstaw do stwierdzenia nieskuteczności przystąpienia, co do którego nie zgłoszono również opozycji.

Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania jako w całości bezzasadnego.

Zamawiający nie uwzględnił zarzutów odwołania, a w jego imieniu nikt się nie stawił na posiedzenie przed Izbą.

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych, a wpis od niego został uiszczony - podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

W toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających Izba nie stwierdziła,

aby odwołanie podlegało odrzuceniu na podstawie przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 pzp. Nie zgłaszano w tym zakresie odmiennych wniosków.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania odwoławczego sprawa została skierowana do rozpoznania na rozprawie, podczas której podtrzymano dotychczasowe stanowiska.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Odwołującego i Przystępującego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska zawarte w odwołaniu, zgłoszeniu przystąpienia i dalszym piśmie Przystępującego, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Z art. 179 ust. 1 pzp wynika, że odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, gdy ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

W ocenie Izby Odwołujący wykazał, że ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, w którym złożył ofertę sklasyfikowaną na drugim miejscu. Odwołujący tym samym może ponieść szkodę w związku z zarzucanymi Zamawiającemu naruszeniami przepisów ustawy pzp dotyczącymi zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego, co uniemożliwia Odwołującemu uzyskanie przedmiotowego zamówienia, na co mógłby w przeciwnym razie liczyć.

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne dla sprawy:

W odwołaniu adekwatnie przywołano okoliczności faktyczne dotyczące przebiegu badania przez Zamawiającego, czy oferta Sanikomu nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia, czyli treść wezwania i wyjaśnień udzielonych w odpowiedzi na nie.

Odpowiada również prawdzie, że Sanikom nie kwestionował wezwania.

Datowane na 16 maja 2019 r. pismo procesowe Przystępującego zawiera w istocie zupełnie nową wersję wyjaśnień, która mogła być wzięta pod uwagę tylko jako dowód, że nie było przeszkód, aby złożyć na wezwanie Zamawiającego wyjaśnienia, z których wynikałoby skąd się biorą poszczególne kwoty zawarte w tabeli kalkulacji (w oparciu o jakie założenia i w jaki sposób zostały wyliczone poszczególne pozycje kosztowe), a także załączyć do nich stosowne dowody (które zostały złożone dopiero na rozprawie).

W szczególności odnośnie kosztów wynagrodzenia pracowników dopiero w piśmie procesowym Przystępujący ujawnił, że do realizacji tego zamówienia oddelegowanych będzie: 1) 10 pracowników w pełnym wymiarze czasu z wynagrodzeniem w wysokości 2250,00 zł, 2) 10 pracowników w wymiarze połowy obowiązującego czasu pracy (po 4 godziny dziennie) z wynagrodzeniem 1125,00 zł oraz 3) 1 koordynator zatrudniony w pełnym wymiarze czasu pracy z wynagrodzeniem 4750,00 zł.

Dodatkowo próba dopasowania się do zbiorczych kwot podanych w oderwaniu od sposobu ich wyliczenia spowodowała błąd, na który zwrócił uwagę Odwołujący, gdyż z jednej strony w piśmie wskazano, że zakłada się koszenie w przeciągu dwóch tygodni, cztery razy w czasie trwania umowy (str. 6), a jednocześnie miesięczny koszt koszenia trawników przy użyciu 6 kos mechanicznych obliczono tylko dla 4 dni koszenia łącznie w okresie realizacji umowy.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że Odwołujący zasadnie domaga się odrzucenia oferty Sanikomu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 pzp w zw. z art. 90 ust. 3 pzp, gdyż w udzielonych Zamawiającemu wyjaśnieniach złożonych w trybie 90 ust. 1 i 2 pzp wykonawca ten nie

wykazał, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia, pomimo że to na nim spoczywał w tym zakresie ciężar dowodu.

Zgodnie z art. 90 ust. 1 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 ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U, Nr 200, poz. 1679, z późn. zm.); 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; 4) wynikającym z przepisów ochrony środowiska; 5) powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.

Według normy zawartej w art. 90 ust. 2 pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.

Art. 90 ust. 3 pzp stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Z kolei zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 4 pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Ponadto na mocy art. 190 ust. 1 a pkt 1 pzp ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego.

W pierwszej kolejności należy rozważyć co oznacza „rażąco niska cena". Jak trafnie wskazano w wyroku Sądu Okręgowego w Katowicach z 28 kwietnia 2008 r. (sygn. akt XIX Ga 128/08) przepisy ustawy pzp nie określają definicji pojęcia rażąco niskiej ceny. Punktem odniesienia do jej określenia jest przedmiot zamówienia i przyjąć można, że cena rażąco niska to taka, która jest nierealistyczna, niewiarygodna w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień i ewentualnie innych ofert złożonych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Przy braku takiej legalnej definicji „rażąco niskiej ceny" orzecznictwo sądów okręgowych oraz Krajowej Izby Odwoławczej, a wcześniej orzecznictwo arbitrażowe, wypracowało pewne cząstkowe lub opisowe rozumienie tego pojęcia. I tak w wyroku Izby z 28 marca 2013 r. (sygn. akt KIO 592/13) zauważono, że o cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. Ponadto w wyroku z 4 sierpnia 2011 r. (sygn. akt KIO 1562/11) wskazano, że cena rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia będzie ceną odbiegającą od jego wartości, a rzeczona różnica nie będzie uzasadniona obiektywnymi względami pozwalającymi danemu wykonawcy, bez strat i finansowania wykonania zamówienia z innych źródeł niż wynagrodzenie umowne, zamówienie to wykonać. W podsumowaniu stwierdzono, że cena rażąco niska jest ceną nierealistyczną, nieadekwatną do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, zakładającą wykonanie zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów i w takim sensie nie jest ceną rynkową, tzn. generalnie niewystępującą na rynku, na którym ceny wyznaczane są m.in. poprzez ogólną sytuację gospodarczą panującą w danej branży i jej otoczeniu biznesowym, postęp technologiczno-organizacyjny oraz obecność i funkcjonowanie uczciwej konkurencji podmiotów racjonalnie na nim działających. Podobnie według powszechnie przywoływanej w doktrynie i orzecznictwie definicji zawartej w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Katowicach z 30 stycznia 2007 r. (sygn. akt XIX Ga 3/07) o cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. Rażąco niska cena jest to cena niewiarygodna, oderwana całkowicie od realiów rynkowych. Przykładem może być oferowanie towarów poniżej kosztów zakupu lub wytworzenia albo oferowanie usług za symboliczną kwotę. Natomiast Sąd Okręgowy w Krakowie w uzasadnieniu wyroku z 23 kwietnia 2009 r. (sygn. akt XII Ga 88/09) wskazał następujące kryteria określające cenę rażąco niską: odbieganie całkowitej ceny oferty od cen obowiązujących na danym rynku w taki sposób, że nie ma możliwości realizacji zamówienia przy założeniu osiągnięcia zysku; zaoferowanie ceny, której realizacja nie pozwala na utrzymanie rentowności wykonawcy na tym zadaniu; niewiarygodność ceny z powodu oderwania jej od realiów rynkowych.

Ponadto w opinii prawnej Urzędu Zamówień Publicznych dotyczącej ceny rażąco niskiej (opublikowanej w serwisie internetowym UZP) zbieżnie z powyższym wskazano, m.in., że ustawa pzp wprowadzając możliwość odrzucenia oferty przez zamawiającego z powodu rażąco niskiej ceny, nie precyzuje jednak tego pojęcia. Nie definiują go również przepisy dyrektyw Unii Europejskiej będące u podstaw przedmiotowej regulacji. Znaczenia tego wyrażenia nie wyjaśnia również orzecznictwo Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości. Mając na względzie cel przedmiotowej regulacji wydaje się, iż za ofertę z rażąco niską ceną można uznać ofertę z ceną niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień. Oznacza to cenę znacząco odbiegającą od cen przyjętych, wskazującą na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi, dostawy, roboty budowlanej.

Pomimo generalnej adekwatności powyższych definicji, występowanie w nich, po pierwsze - nieostrych terminów definiujących (takich jak „nierealistyczność", „niewiarygodność", „nieadekwatność", „znaczne odbieganie" etc.), po drugie - terminów niewyraźnych (takich jak „nieopłacalność", „koszt wytworzenia", „rentowność na zadaniu"), powoduje, że mają one ograniczoną przydatność przy rozstrzyganiu konkretnych przypadków wystąpienia rażąco niskiej ceny. W szczególności powyższe definicje nie wyjaśniają, jakiego rodzaju koszty przedsiębiorstwa ma pokrywać cena ofertowa ani nie wskazują do jakich wskaźników lub progów rentowności postulat opłacalności ceny się odnosi (np. w jakim stopniu zaoferowana cena ma wpływać na wynik finansowy całej jednostki lub jej inne wskaźniki ekonomiczne, chociażby wskaźniki płynności finansowej). Wydaje się, że co do zasady rażąco niską będzie cena niepokrywająca średniego jednostkowego kosztu zmiennego wykonania, czyli pogarszająca wynik finansowy przedsiębiorstwa. Zawsze jednak konieczne jest, aby cena oferty była rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia, a dokładniej - jak wynika z przywołanych powyżej wypowiedzi orzecznictwa i opinii UZP - jego wartości rynkowej. W konsekwencji wartość rynkowa przedmiotu zamówienia, obejmująca jego pełny zakres i wszystkie konieczne do jego wykonania nakłady kosztowe, ustalana przez porównanie cen występujących w danej branży dla określonego asortymentu, stanowić będzie punkt odniesienia dla ceny rażąco niskiej.

W tej sprawie poza wszelkim sporem jest okoliczność, że cena oferty Sanikomu na tyle odbiegała od wartości zamówienia i ceny drugiej złożonej oferty, że Zamawiający uznał za konieczne wezwanie do wyjaśnienia w trybie powyżej przywołanych przepisów, a na

Sanikom nałożyło obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

W drugiej kolejności Izba uznała za celowe rozważenie ciężaru dowodu w przypadku zarzutu dotyczącego rażąco niskiej.

Według art. 190 ust. 1 pzp strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne, przy czym dowody na poparcie swoich twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej można przedstawiać do zamknięcia rozprawy. Jednakże zgodnie z art. 190 ust. 1a pzp ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego (pkt 1), a jeżeli nie jest - na zamawiającym (pkt 2). Należy wziąć jednak pod uwagę, że z powyżej przywołanego art. 90 ust. 2 pzp wynika, że obowiązek ten spoczywa na wykonawcy już na etapie składania wyjaśnień zamawiającemu. Oznacza to, że w toku postępowania odwoławczego Izba bada prawidłowość dokonanej przez zamawiającego oceny złożonych mu wyjaśnień i dowodów, a dodatkowe okoliczności, które nie były przedstawione w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, i dowody zgłoszone na ich potwierdzenie przez przystępującego nie mogą być brane pod uwagę.

Ponadto skoro według z art. 180 ust. 1 pzp odwołanie przysługuje wyłącznie od czynności lub zaniechań zamawiającego, dokonując oceny czynności zamawiającego polegającej na wyborze oferty przystępującego po udzieleniu przez niego wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na jej cenę, Izba zobligowana jest wyłącznie do zbadania, czy wyjaśnienia złożone zamawiającemu pozwalały na akceptację ceny oferty.

Wreszcie zauważyć należy, że zgodnie z art. 192 ust. 7 pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Przy czym stawianego przez wykonawcę zarzutu nie należy rozpoznawać wyłącznie pod kątem wskazanego przepisu prawa, ale przede wszystkim jako wskazane okoliczności faktyczne, które podważają prawidłowość czynności zamawiającego i mają wpływ na sytuację wykonawcy wnoszącego odwołanie {zob. wyrok Sądu Okręgowego w Gdańsku z 25 maja 2012 r. sygn. akt XII Ga 92/12}. Oczywiste jest zatem, że odwołanie od zaniechania odrzucenia oferty jako zawierającej rażąco niską cenę, która była przedmiotem badania pod tym względem, może odnosić się wyłącznie do okoliczności, które wynikają z treści badanej oferty i wyjaśnień wraz z dowodami, które zostały złożone na wezwanie zamawiającego.

Reasumując, z przywołanych powyżej przepisów wynika, że w toku postępowania odwoławczego nie można już uzupełnić uprzednio złożonych wyjaśnień, w tym zgłosić dowodów, gdyż kognicja Izby ogranicza się do zbadania w kontekście zarzutów odwołania, czy wyjaśnienia złożone zamawiającemu zostały przez niego prawidłowo ocenione.

Należy podkreślić, że nawet przed obarczeniem wykonawcy wezwanego w trybie art. 90 ust. 1 pzp obowiązkiem uregulowanym aktualnie wprost w art. 90 ust. 2 pzp, konsekwentnie wskazywano w orzecznictwie, że dla zakwalifikowania oferty do dalszego postępowania nie jest wystarczające złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, lecz wyjaśnień odpowiednio umotywowanych, przekonujących, że zaproponowana oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny {por. uzasadnienia wyroków Sądu Okręgowego w Warszawie wydane: 5 stycznia 2007 r. sygn. akt V Ca 2214/06, 13 lutego 2014 r. sygn. akt V Ca 3765/13 (dotyczył wyroku Izby z 22 października 2013 r. sygn. akt KIO 2354/13) oraz 17 lutego 2014 r. sygn. akt V Ca 3547/13 (dotyczył wyroku Izby z 7 października 2013 r. sygn. akt: KIO 2216/13, KIO 2221/13}. Sąd Okręgowy w Warszawie w uzasadnieniu wyroku z 8 czerwca 2006 r. sygn. akt V Ca 459/06 wskazał ponadto, że postępowanie wyjaśniające ma utwierdzić zamawiającego, że dokonana przez niego wstępna ocena oferty jest prawidłowa lub nie. Jeśli lektura wyjaśnień pozostawia istotne wątpliwości co do tego, że wykonanie przedmiotu zamówienia za cenę wskazaną w ofercie jest możliwe, zamawiający jest zobowiązany do odrzucenia oferty.

Jak podkreśla się w orzecznictwie Izby, skierowanie powtórnego wezwania do złożenia wyjaśnień możliwe jest tylko w szczególnie uzasadnionych przypadkach i może dotyczyć wykonawcy, który rzetelnie złożył pierwsze wyjaśnienia, np. gdy w świetle złożonych wcześniej wyjaśnień pojawiły się u zamawiającego nowe wątpliwości. Izba w pełni podziela pogląd wyrażony uprzednio m.in. w wyroku z 13 października 2014 r. sygn. akt KIO 2025/14 oraz w wyroku z 28 lipca 2017 r. sygn. akt 1431/17, że ponowienie wezwania nie może stanowić ratowania oferty, wówczas gdy wykonawca składa wyjaśnienia zbyt ogólne, niekonkretne, nierzeczowe, niepoparte faktami, wykonawca ma bowiem obowiązek dołożyć wszelkich starań, aby na pierwsze wezwanie zamawiającego rzetelnie wyjaśnić okoliczności, które uzasadniają wysokość ceny jego oferty. Zamawiający nie może wzywać jednak wykonawcy kilkakrotnie do uszczegółowienia i skonkretyzowania ogólnikowych twierdzeń podanych wcześniej, prowadziłoby to bowiem do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, poprzez sugerowanie wykonawcy, jakie wyjaśnienia powinien ostatecznie złożyć.

Izba zważyła, że Odwołujący adekwatnie zidentyfikował nierzetelne lub nieprzekonujące elementy wyjaśnień. Przede wszystkim trafnie zakwestionował ogólnikowy charakter wyjaśnień zawartych zarówno w części opisowej, jak i tabelarycznej kalkulacji oraz brak ich wzajemnego powiązania, co w sytuacji niezałączenia jakichkolwiek dowodów spowodowało, że nie mogły one zostać pozytywnie zweryfikowane przez Zamawiającego.

W szczególności odnośnie ponoszonych kosztów osobowych, które bezspornie mają największe udział w kosztach realizacji tego zamówienia, Zamawiający nie mógł w żaden sposób stwierdzić, czy rzeczywiście koszty wynagrodzenia pozwalają na należytą realizację usług objętych przedmiotem zamówienia. W kalkulacji podano wyłącznie łączną kwotę wynagrodzeń oraz łączna kwotę składek na ubezpieczenie społeczne, co w powiązaniu z ogólnikowym powołaniem się, że część pracowników będzie wykonywała inne prace, nie wskazuje na liczbę osób przeznaczonych do realizacji tego zamówienia. W konsekwencji obiektywnie Zamawiający nie mógł sprawdzić, czy ma pokrycie deklaracja, że wynagrodzenie każdego z tych pracowników będzie odpowiadało co najmniej tzw. wynagrodzeniu minimalnemu.

W tej sprawie nie było przeszkód, aby Przystępujący złożył wyjaśnienia odpowiadające na wezwanie Zamawiającego do złożenia ich na odpowiednim poziomie szczegółowości i popartych stosownymi dowodami. Natomiast udzielenie niewystarczających wyjaśnień wynikało z niedołożenia przez Sanikom należytej staranności przy ich formułowaniu w odpowiedzi na prawidłowo sformułowane wezwanie Zamawiającego. Z tego względu nie było powodów, aby wzywać Sanikom ponownie do złożenia wyjaśnień, gdyż godziłoby to w naczelne zasady równego traktowania wykonawców i zapewnienia uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami.

Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdziła, że naruszenie przez Zamawiającego art. 90 ust. 3 w zw. z 89 ust. 1 pkt 4 ustawy pzp miało wpływ na wynik prowadzonego przez niego postępowania o udzielenie zamówienia, wobec czego - działając na podstawie art. 192 ust. 1, 2 i ust. 3 pkt 1 ustawy pzp - orzekła, jak w pkt 1 sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp. W pierwszej kolejności zaliczono do tych

kosztów uiszczony przez Odwołującego wpis - zgodnie z § 3 pkt 1 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 (t.j. z 2018 r. Dz. U. poz. 972). Ponadto kosztami postępowania odwoławczego obciążono Zamawiającego, od którego - zgodnie z § 5 ust. 2 pkt 2 w zw. z § 3 pkt 2 lit. b rozporządzenia - zasądzono na rzecz Odwołującego poniesione przez niego koszty z tytułu uiszczonego wpisu od odwołania oraz uzasadnionych kosztów w postaci wynagrodzenia pełnomocnika, na podstawie rachunku złożonego do zamknięcia rozprawy.

Przewodniczący: .....