Sygn. akt: KIO 1332/22

WYROK

z dnia 6 czerwca 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Matecka

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 1 czerwca 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 maja 2022 r. przez odwołującego: wykonawcę R. S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Firma Usługowa Romus R. S. w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Gmina Miasto Szczecin - Zarząd Dróg i Transportu Miejskiego w Szczecinie

przy udziale wykonawcy: E. F., Ł. S., M. F. prowadzący działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej pod nazwą Usługi Porządkowe E. F., Ł. S., M. F. spółka cywilna, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz odrzucenie oferty złożonej przez wykonawcę: E. F., Ł. S., M. F. prowadzący działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej pod nazwą Usługi Porządkowe E. F., Ł. S., M. F. spółka cywilna, na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych.

2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego, i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez odwołującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika;

2.2. zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129, ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący: .....

Sygn. akt: KIO 1332/22

Uzasadnienie

Zamawiający Gmina Miasto Szczecin - Zarząd Dróg i Transportu Miejskiego w Szczecinie prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia

publicznego pod nazwą „Oczyszczanie Miasta Szczecin". Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 2 marca 2022 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2022/S 043-111700.

I. W dniu 18 maja 2022 r. wykonawca R. S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Firma Usługowa Romus R. S. (odwołujący) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności zamawiającego podjętych w odniesieniu do III części zamówienia (Oczyszczanie chodników i miejsc parkingowych znajdujących się w Strefie Płatnego Parkowania w Szczecinie), tj.: czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy: E. F., Ł. S., M. F. prowadzący działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej pod nazwą Usługi Porządkowe E. F., Ł. S., M. F. spółka cywilna, zaniechania odrzucenia oferty wybranego wykonawcy oraz zaniechania wyboru oferty odwołującego.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów: art. 226 ust. 1 pkt

8 w zw. z art. 224 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129, ze zm.), dalej jako „ustawa Pzp", poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wybranego wykonawcy, a w konsekwencji: naruszenie art. 239 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

W związku z podniesionymi zarzutami odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,

odrzucenie oferty wybranego wykonawcy i dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej.

Dodatkowe stanowisko w sprawie odwołujący przedstawił w piśmie wniesionym do akt

sprawy w dniu 1 czerwca 2022 r.

II. Pismem wniesionym w dniu 30 maja 2022 r. zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie. Zamawiający uznał zarzuty odwołania za niezasadne i wniósł o jego oddalenie.

III. Przystąpienie do postępowania odwoławczego zgłosili: E. F., Ł. S., M. F. prowadzący działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej pod nazwą Usługi Porządkowe E. F., Ł. S.,

M. F. spółka cywilna (dalej jako „przystępujący"). W piśmie wniesionym do akt sprawy w dniu 31 maja 2022 r. przystępujący przedstawił stanowisko w sprawie. Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

W toku badania i oceny ofert zamawiający przeprowadził postępowanie wyjaśniające w odniesieniu do ceny oferty przystępującego. Zamawiający trzykrotnie wzywał przystępującego do udzielenia wyjaśnień ceny na podstawie art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp (pierwsze wezwanie z dnia 30 marca 2022 r.) oraz art. 224 ust. 1 ustawy Pzp (drugie wezwanie z dnia 9 kwietnia 2022 r. oraz trzecie wezwanie z dnia 15 kwietnia 2022 r.). Odpowiedzi na wezwania zamawiającego przystępujący udzielił pismami z dnia 4, 12 oraz 20 kwietnia 2022 r. Wyjaśnienia złożone przez przystępującego zostały przez zamawiającego uznane za wystarczające do wykazania, że zaoferowana przez tego wykonawcę cena nie jest rażąco niska. Oferta przystępującego została przez zamawiającego wybrana jako najkorzystniejsza w postępowaniu.

Zgodnie z przepisem art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zgodnie z przepisem art. 224 ust. 5 ustawy Pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy. W myśl przepisu art. 224 ust. 6 ustawy Pzp odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu.

Z przepisów ustawy Pzp wynika zatem, że w przypadku wystosowania do wykonawcy

wezwania do udzielenia wyjaśnień ceny, na wykonawcy spoczywa udowodnienia, że zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niska, tj. w szczególności, że dokonując wyceny wykonawca uwzględnił wszystkie koszty realizacji zamówienia. Oferta podlega odrzuceniu, jeżeli wykonawca nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu. Podstawa do odrzucenia oferty występuje zatem między innymi w sytuacji, w której wyjaśnienia udzielone przez wykonawcę nie są wystarczające konkretne, kompletne czy rzetelne. W ocenie składu orzekającego Izby taka sytuacja wystąpiła w odniesieniu do wyjaśnień ceny udzielonych przez przystępującego.

Odnosząc się do poszczególnych kategorii kosztów zakwestionowanych przez odwołującego należy wskazać, co następuje:

Koszty osobowe

W pierwszej kolejności należy wskazać, że dokonywanie zmian treści wyjaśnień ceny świadczy o tym, że pierwotna kalkulacja została sporządzona nierzetelnie. Jak wynika z treści odpowiedzi przystępującego na pierwsze wezwanie zamawiającego, wbrew postanowieniom SWZ przystępujący przyjął założenie pracy przez 21 dni w miesiącu zamiast pracy każdego dnia miesiąca. Niezależnie od powyższego należy wskazać, że również w ramach zmienionej treści wyjaśnień, która nie powinny być zaakceptowane przez zamawiającego, przystępujący przyjął ww. założenie. Nadto w pierwszych wyjaśnieniach była mowa o pracy dwóch wspólników przewidzianych w ramach puli osób zatrudnionych na podstawie umowy o pracę („pracę dwóch pracowników będzie wykonywało osobiście dwóch wspólników spółki"), natomiast w zmodyfikowanych trzecich wyjaśnieniach liczba wspólników mających wykonywać zamówienie urosła do trzech, a poza tym zostali oni uwzględnieni obok podanej ilości pracowników, co stanowi kolejną modyfikację. Natomiast w ramach wyliczeń przedstawionych w treści trzecich wyjaśnień, po raz kolejny zmodyfikowanych (15 zleceniobiorców x30/31 dni, 3 wspólników x 31 dni, 5 pracowników x 21 dni) nie uwzględniono dodatkowych kosztów pracy w niedzielę oraz dni ustawowo wolne od w pracy. Dopiero w toku postępowania odwoławczego przystępujący wskazał, że nie uwzględnił w ramach kalkulacji 20 tych samych osób, jak i że przeciętna ilość personelu na dzień to 12 osób. Składanie dodatkowych wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny na etapie postępowania odwoławczego należy uznać za spóźnione. Należy podkreślić, że warunkiem uznania wyjaśnień ceny za wystarczające jest to, aby potwierdzały one spełnienie wymagań zamawiającego co do realizacji zamówienia. Treść wyjaśnień przystępującego tego nie potwierdza. Nawet po kilkukrotnym udzieleniu wyjaśnień przez przystępującego nie jest wiadome w jaki dokładnie sposób została zaplanowana praca poszczególnych osób, tak aby zapewnić należytą realizację zamówienia. Przy czym i tak należy tu brać pod uwagę treść pierwszych wyjaśnień, bez uwzględnienia kolejnych modyfikacji. Należy podkreślić, że dokonując kalkulacji ceny wykonawca obowiązany jest uwzględnić wymagania zamawiającego przewidziane w SWZ. Przyjmowanie innych założeń jest niedopuszczalne, gdyż nie gwarantuje należytej realizacji zamówienia. Przede wszystkim jednak liczne modyfikacje treści wyjaśnień świadczą o tym, że składając ofertę przystępujący nie dokonał rzetelnej kalkulacji ceny. Wyjaśnienia ceny były modyfikowane w zależności od pytań zamawiającego, czy też treści odwołania. Raz jeszcze należy podkreślić, że to pierwotnie udzielone wyjaśnienia ceny podlegają ocenie w toku badania i oceny ofert. Uzupełnione wyjaśnienia mogą stanowić jedynie pewne doprecyzowanie, uszczegółowienie uprzednio złożonych wyjaśnień, a nie ich modyfikację.

Koszty wywozu i utylizacji śmieci

Przystępujący nie wyjaśnił w jaki sposób oszacował ilość wywożonych odpadów. Co najważniejsze, informacje w tym zakresie nie pojawiły się w treści pierwszych wyjaśnień. W treści drugich wyjaśnień przystępujący stwierdził, że nie jest w stanie dokładnie oszacować tej ilości. Natomiast średnia ilość 4 Mg miesięcznie została podana dopiero w treści trzeciej odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, jednakże bez wyjaśnienia w jaki sposób została oszacowana. Odwołujący przedstawił dowody na potwierdzenie podanych przez siebie odpadów (zestawienie kart przekazania odpadów [kod 20 02 03] wraz z kopiami kart). Przystępujący nie przedstawił w tym zakresie żadnych dowodów, natomiast spoczywał na nim ciężar dowodu zgodnie z przepisem art. 537 pkt 1 ustawy Pzp. Jednocześnie należy wskazać, że niezrozumiałe jest stanowisko przystępującego, że ze zwiększoną ilością powierzchni do sprzątania nie będzie się wiązać większa ilość odpadów. To, że Strefy będą sprzątane naprzemiennie, nie oznacza, że ilości odpadów będzie mniej, tylko że będą rzadziej odbierane niż na podstawie poprzedniej umowy.

Koszty paliw

W przypadku kosztów paliw przystępujący nie podał w jaki sposób zostały one obliczone, a jedynie ograniczył się do podania ogólnej kwoty. Aby możliwe było ustalenie, czy kwota ta została skalkulowana w sposób prawidłowy przystępujący powinien podać szacowaną ilość km, którą będą pokonywać pojazdy w ramach realizacji zamówienia. Nie stoi temu na przeszkodzie okoliczność, że przejazdy będą wykonywane w ramach realizacji kilku umów, a koszty w tym zakresie zostaną rozdzielone. Podane przez przystępującego koszty paliw nie były zatem możliwe do zweryfikowania.

Koszty wywozu i utylizacji liści

Przystępujący nie podał w jaki sposób koszty te zostały obliczone. Należy podkreślić, że odwoływanie się do własnego doświadczenia jest zbyt ogólne i nie pozawala na weryfikację, czy koszty zostały ustalone rzetelnie. Odwołujący na potwierdzenie swojego stanowiska przedstawił dowody w postaci zestawienia kart przekazania odpadów wraz z kopiami kart. Przystępujący nie przedstawił w tym zakresie żadnych dowodów, natomiast spoczywał na nim ciężar dowodu zgodnie z przepisem art. 537 pkt 1 ustawy Pzp. Przystępujący nie powinien mieć trudności z przedstawieniem dowodów na poparcie swojego stanowiska, skoro powołuje się w tym zakresie na wieloletnie doświadczenie. Jednocześnie należy wskazać, że niezrozumiałe jest stanowisko przystępującego, że ze zwiększoną ilością powierzchni do sprzątania nie będzie się wiązać większa ilość liści. To, że Strefy będą sprzątane naprzemiennie, nie oznacza, że ilości liści będzie mniej, tylko że będą rzadziej odbierane niż na podstawie poprzedniej umowy.

Koszty rozstawienia i napełnienia 80 pojemników z mieszanką piasku i soli oraz ich ewentualnego uzupełniania po opadach śniegu lub wystąpieniu gołoledzi

Kalkulacja przystępującego budzi w tym zakresie poważne wątpliwości. Zgodnie z postanowieniami SWZ zamawiający wymagał posiadania przez wykonawcę 80 szt. pojemników na mieszankę piaskowo-solną. Natomiast w toku rozprawy przystępujący stwierdził, że w celu realizacji zamówienia wystarczające będzie użycie jedynie 10 - 15 pojemników. Wprawdzie należy się zgodzić, że wymaganie SWZ dotyczy dysponowania przez wykonawcę wskazaną ilością pojemników (80 szt.), jednakże skoro takie wymaganie zamawiający postawił, to należy przyjąć, że jest to ilość potrzebna do należytej realizacji zamówienia. Jeżeli przystępujący uważa, że tak znacząco mniejsza ilość będzie wystarczająca, to okoliczność tę winien wykazać, czego nie zrobił. Ponadto w odpowiedzi na pierwsze wezwanie zamawiającego przystępujący poinformował o posiadaniu 100 szt. pojemników. Nie wskazał, że planuje wykorzystać mniejszą ilość do realizacji zamówienia zarówno w ramach pierwszych, jak i kolejnych wyjaśnień.

Koszty ewentualnych akcji odśnieżania

Postawiony w tym zakresie zarzut Izba uznała za nieprecyzyjny i niepoparty konkretnymi dowodami przez odwołującego. Odwołujący przedstawił raporty pogodowe, ale nie wykazał w sposób konkretny zwiększenia kosztów z tytułu usuwania skutków zimy.

Koszty zakupu soli

Należy zgodzić się z odwołującym, że fakt dysponowania wymaganą ilością soli winien zostać przez przystępującego udowodniony. Okoliczności posiadania wymaganej ilości soli nie potwierdzają przedstawione przez przystępującego zdjęcia. W treści wyjaśnień przystępujący stwierdził, że posiada 60 ton soli zakupionych na potrzeby realizacji innych zleceń. Na rozprawie stwierdził, że zakupy te zostały dokonane ponad 5 lat temu. Okoliczność niewykorzystania soli przez taki długi czas budzi poważne wątpliwości. Kolejne wątpliwości wywołuje stwierdzenie przystępującego, że do realizacji zamówienia będzie potrzebna mniejsza ilość soli. Jest to niezrozumiałe, skoro przystępujący jednocześnie twierdzi, że wymaganą ilość soli posiada. Ponadto, skoro takie wymaganie zamawiający przewidział w SWZ, to wykonawca obowiązany jest spełnić. Nie jest dopuszczalne przyjmowanie w ramach kalkulacji innych wymagań co do realizacji zamówienia, niż ustalone w SWZ.

Należy stwierdzić, że:

1. Pierwsze wyjaśnienia przedstawione przez przystępującego były bardzo ogólne i stanowiły podstawę do odrzucenia oferty przystępującego.

2. Treść późniejszych wyjaśnień wskazuje, że pierwotnie udzielone wyjaśnienia nie były rzetelne. Podlegały one modyfikacjom na skutek pytań zamawiającego.

3. Przedstawione przez przystępującego wyjaśnienia są niepełne, nie pokazują sposobu kalkulacji w odniesieniu do wszystkich głównych elementów składowych ceny.

4. Wyjaśnienia dotyczące wyliczenia ceny nie zostały przez przystępującego poparte konkretnymi dowodami. Za takie nie można uznać przedstawionych umów czy referencji, gdyż nie odnoszą się one wprost do sposobu kalkulacji ceny na potrzeby realizacji obecnego zamówienia.

Izba stwierdziła, że udzielone przez przystępującego wyjaśnienia nie były wystarczające do uznania, że cena oferta przystępującego została skalkulowana w sposób prawidłowy i gwarantuje należyte, a nie jakiekolwiek, wykonanie zamówienia. W związku z tym Izba uznała, że zaistniała podstawa do odrzucenia oferty przystępującego, zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp, a w konsekwencji odwołanie podlega uwzględnieniu.

Należy podkreślić, że zamawiający dysponując środkami publicznymi, obowiązani są do zapewnienia, że usługi na rzecz społeczeństwa będą realizowane w sposób należyty.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba orzekła, jak w punkcie pierwszym sentencji, na podstawie art. 553 oraz art. 554 ust. 1 pkt 1 oraz ust. 3 pkt 1 lit. a i b ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557, 574 i 575 ustawy Pzp oraz § 7 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: