

WYROK

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Aneta Młacka

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 04 czerwca 2024 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 maja 2024 roku przez Odwołującego Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: D.K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Inter Trans D.K. (Janiszów 31, 58-400 Kamienna Góra), G.E. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą PHU Dendrex G.E. (Przedwojów 138, 58-400 Kamienna Góra) w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Gmina Miejska Kowary (ul. 1 Maja 1a, 58-530 Kowary)

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego,

2. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego Gminę Miejską Kowary (ul. 1 Maja 1a, 58-530 Kowary) i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego:

- kwotę 7500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,

- kwotę 3600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego,

- kwotę 818,80 zł 00 gr (osiemset osiemnaście złotych osiemdziesiąt groszy) z tytułu dojazdu Odwołującego na rozprawę,

2.2. zasądza od Zamawiającego Gmina Miejska Kowary (ul. 1 Maja 1a, 58-530 Kowary) na rzecz Odwołującego kwotę 11 918 zł 80 gr (słownie: jedenaście tysięcy dziewięćset osiemnaście złotych osiemdziesiąt groszy) tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego w postaci wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego, dojazdu Odwołującego na rozprawę.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca:

Sygn. akt: KIO 1666/24

UZASADNIENIE

Zamawiający Burmistrz Miasta Kowary prowadzi postępowanie, którego przedmiotem jest „Bieżące utrzymanie obiektów zieleni miejskiej: parków, skwerów, rabat, placów oraz letnie utrzymanie dróg, placów, chodników, parkingów na terenie miasta Kowary”

Odwołujący – Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: D.K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Inter Trans D.K. i G.E. prowadzący działalność pod firmą PHU Dendrex G.E. wnieśli odwołanie od czynności Zamawiającego polegającej na unieważnieniu postępowania i odrzuceniu oferty Odwołującego.

Odwołujący zarzucili Zamawiającemu naruszenie:

- art. 255 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez jego naruszenie i uznanie, że w niniejszym postępowaniu zachodzą przesłanki do unieważnienia przetargu, albowiem odrzuceniu podlegają wszystkie oferty złożone w postępowaniu,

- art. 226 ust. 1 pkt. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez jego naruszenie i uznanie, że Zamawiający słusznie odrzucił ofertę zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia, podczas gdy cena wskazana przez Wykonawcę jest ceną rynkową, a różnica w cenie oferty pomiędzy szacowaną wartością zamówienia nie przekracza 12 %.

Odwołujący wnieśli o uwzględnienie odwołania w całości; nakazanie Zamawiającemu unieważnienia decyzji o unieważnieniu postępowania w trybie podstawowym; nakazanie Zamawiającemu dokonania decyzji o wyborze najkorzystniejszej oferty.

25 kwietnia 2024r. Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny.

W treści wezwania Zamawiający wskazał, że (cytat): „Cena Państwa oferty na zadanie koszenie wynosi 111.000,00 zł brutto. Tym czasem szacunkowa wartość zamówienia powiększona o należny podatek VAT na to zadanie wynosi 199.650,00 zł brutto, a więc cena Państwa oferty jest niższa o 44,4% szacunkowej wartości zamówienia powiększonej o

należny podatek VAT.

1)Cena Państwa oferty na zadanie utrzymanie obiektów zieleni miejskiej: parków skwerów, rabat, placów wynosi 80.500,00 zł brutto. Tym czasem szacunkowa wartość zamówienia powiększona o należny podatek VAT na to zadanie wynosi 155.400,00 zł brutto, a więc cena Państwa oferty jest niższa o 48,20 % szacunkowej wartości zamówienia powiększonej o należny podatek VAT.

Zwracamy się o udzielenie szczegółowych wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w szczególności w zakresie:

- 1)zarządzania procesem produkcji, świadczonych usług lub metody budowy;
- 2)wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków dostaw, usług albo związanych z realizacją robót budowlanych;
- 3)oryginalności dostaw, usług lub robót budowlanych oferowanych przez wykonawcę;
- 4)zgodności z przepisami dotyczącymi 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 lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie;
- 5)zgodności z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej;
- 6)zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;
- 7)zgodności z przepisami dotyczącymi z zakresu ochrony środowiska;
- 8)wypełniania obowiązków związanych z powierzeniem wykonania części zamówienia podwykonawcy.

Wykonawca jest zobowiązany wskazać szczególnie sprzyjające okoliczności, które mają wpływ na cenę i pozwalają mu zaoferować cenę znacznie niższą od pozostałych wykonawców.

Działając w oparciu o art. 224 ust. 4 Zamawiający informuje, że Wykonawca jest obowiązany złożyć wyjaśnienia w zakresie pkt 4 i 6 wskazanych powyżej. Celem wyjaśnienia rażąco niskiej ceny wykonawca powinien przedłożyć dowody na potwierdzenie okoliczności które powodują, że może zaoferować niższą cenę”.

30 kwietnia 2024 roku Odwołujący złożył wyjaśnienia.

08 maja 2024 roku Zamawiający zawiadomił Odwołującego o unieważnieniu postępowania.

W treści pisma wskazał: „Zamawiający tj. Gmina Miejska Kowary unieważnia postępowanie w trybie podstawowym bez negocjacji na zadanie: „Bieżące utrzymanie obiektów zieleni miejskiej: parków, skwerów, rabat, placów oraz letnie utrzymanie dróg, placów, chodników, parkingów na terenie miasta Kowary”. Podstawa prawna unieważnienia art. 255 pkt 2. Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli wszystkie złożone wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferty podlegały odrzuceniu.”

Jednocześnie Zamawiający przesłał pismo, z którego wynika, że oferta Odwołującego została odrzucona. Jako podstawę prawną odrzucenia oferty wskazano art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Prawo zamówień publicznych. Z treści pisma wynika, że oferta została odrzucona, ponieważ istotne części składowe, są rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zamawiający wezwał wykonawcę do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny w dniu 25.04.2024r. W wymaganym terminie tj. do 30.04.2024r. wykonawca przedłożył wyjaśnienia. Jednak w ocenie Zamawiającego były one niewystarczające.

Odwołujący nie zgodził się z decyzją Zamawiającego i wniósł odwołanie od czynności Zamawiającego (jak powyżej).

Izba ustaliła i zważyła co następuje:

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 224 ust. 1 Ustawy Prawo zamówień publicznych, jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych.

W przypadku gdy cena całkowita oferty złożonej w terminie jest niższa o co najmniej 30% od:

- 1)wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia;
- 2)wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania, w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych, zamawiający

może zwrócić się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1.

Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny.

W treści wezwania Zamawiający przedstawił punkty, co do których oczekiwał odpowiedzi Odwołującego. Odwołujący złożył wyjaśnienia ustosunkowując się do każdego z punktów. Nie można zatem zarzucić Odwołującemu, że nie odpowiedział na wezwanie Zamawiającego, lub też że w wyjaśnieniach pominął jakiś element.

Zamawiający w treści wezwania nie wskazał, że oczekuje złożenia kalkulacji, stąd nie jest uprawniony obecny zarzut Zamawiającego, że Odwołujący nie złożył kalkulacji. W treści informacji o unieważnieniu postępowania Zamawiający wskazał: „Brakuje wyliczeń łącznych kosztów pracy, jakie poniesie Wykonawca w związku z zatrudnieniem osób do realizacji powyższego zadania”. Zamawiający stwierdził także: „W wyjaśnieniach brak jakichkolwiek wyliczeń kosztów, brak wskazanego zysku.”

Jeśli Zamawiający stwierdził brak kalkulacji, o złożenie której nie wzywał wcześniej Wykonawcy, miał możliwość dodatkowo wezwać Wykonawcę do złożenia takiego dokumentu. Trafnie zauważył Odwołujący, że treść samego wezwania była ogólna. Jeśli zatem Zamawiający oczekiwał bardziej szczegółowych wyjaśnień, niektóre elementy były niejasne lub wymagały doszczegółowienia, miał możliwość wezwania Odwołującego do ich złożenia. Tymczasem treść wezwania była ogólna, Zamawiający nie wnosił o doszczegółowienie wyjaśnień czy złożenie jakichkolwiek kalkulacji. Odwołujący złożył odpowiedź, która była zgodna z wymaganiami Zamawiającego – udzielił odpowiedzi do każdego z punktów określonych przez Zamawiającego. Należy zauważyć, że Zamawiający nie tylko nie sformułował szczegółowych pytań, ale wezwanie przez niego skonstruowane zawiera przytoczenie treści ustawy. Co znamienne, Zamawiający nie zadał sobie nawet trudu, aby treść przepisu ustawy odpowiednio zmodyfikować, tak by jego zapytanie odnosiło się do usługi, która stanowi przedmiot zamówienia. W tym zakresie należy wskazać na treść wezwania Zamawiającego: „Zwracamy się o udzielenie szczegółowych wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w szczególności w zakresie: 1) zarządzania procesem produkcji, świadczonych usług lub metody budowy; 2) wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków dostaw, usług albo związanych z realizacją robót budowlanych (...)”. Zamawiający wyraźnie wspomina o robotach budowlanych, podczas gdy przedmiotem zamówienia jest konkretna usługa. Zamawiający zatem nie tylko sformułował ogólne pytanie, ale jego treść nie została przez Zamawiającego skonkretyzowana, dostosowana do przedmiotu zamówienia i określenia rzeczywistych elementów wymagających wyjaśnienia. Powyższe wskazuje przede wszystkim na fakt, że z treści wezwania nie wynikało, aby Zamawiający oczekiwał złożenia konkretnych wyjaśnień, w określonym zakresie, czy złożenia kalkulacji co do całego przedmiotu zamówienia, czy poszczególnych elementów zamówienia. Skoro w treści wezwania Zamawiający wskazuje, że oczekuje od Wykonawcy informacji dotyczącej np. (cytat z wezwania Zamawiającego): „zgodności z przepisami dotyczącymi z zakresu ochrony środowiska”, nie jest uprawniony aby twierdzić, że informacja przedstawiona przez Wykonawcę w tym zakresie nie jest przydatna do oceny realności zaoferowanej ceny – czy jak to wskazywał Zamawiający – nie uzasadnia obniżenia ceny.

W treści uzasadnienia informacji o unieważnieniu postępowania Zamawiający wskazał także, że: „Można zatem domniemywać, że wykonawca planuje skierować do pracy jedynie dwóch pracowników a to oznacza, że nie da się wykonać należycie przedmiotowego zamówienia za pomocą dwóch osób o czym Zamawiający wie chociażby na podstawie tego jak było realizowane to zadanie w poprzednich latach.”

Jak wskazano powyżej, aby odrzucić ofertę z uwagi na rażąco niską cenę, okoliczność tę należy wykazać bezspornie. Tymczasem Zamawiający przedstawił swoje domniemanie co do ilości pracowników, jakich Odwołujący planuje skierować do realizacji zamówienia i arbitralnie stwierdził, że nie da się wykonać należycie przedmiotowego zamówienia przy pomocy dwóch osób. Jak zauważył Odwołujący, w treści złożonych wyjaśnień wskazał na 16 pracowników. Załączył dwie umowy jako dowód na okoliczność wysokości wynagrodzenia. Nie oznaczało to automatycznie, że skierowanych zostało dwóch pracowników. Zamawiający nie wyjaśnił jednoznacznie kwestii ilości pracowników, którzy zostaną skierowani do realizacji zamówienia. Jednocześnie nie wykazał, ilu pracowników jest niezbędnych do realizacji zamówienia i nie wykazał również, aby nie było możliwe zrealizowanie zamówienia przy pomocy dwóch pracowników. Tym samym Zamawiający nie wykazał zasadności swojego stanowiska.

W treści uzasadnienia informacji o unieważnieniu postępowania Zamawiający wskazał także, że: „W zależności od przedmiotu zamówienia, wykonawca winien wykazać przykładowo: ceny poszczególnych materiałów, ceny ofertowe dostawców, przyjętą technologię i organizację prac, koszty wynagrodzeń, koszty podwykonawców, koszty stałe, koszty zarządzania, koszty należytego wykonania umowy, koszty ubezpieczenia, rezerwę, zysk.”

Zacytowana treść uzasadnienia wskazuje, że Zamawiający nie odnosi się do sytuacji w niniejszym postępowaniu, w tym do wyjaśnień złożonych przez Odwołującego. Odwołujący w treści wyjaśnień jednoznacznie wskazał, że nie będzie korzystał z podwykonawców, a Zamawiający w powyżej zacytowanym fragmencie wspomina, że Odwołujący winien wykazać koszty podwykonawców. Nie jest też jasne, na ceny których materiałów, czy na jakiego rodzaju technologię wskazywał Zamawiający w powyżej zacytowanym fragmencie, skoro przedmiotem zamówienia jest usługa utrzymania

obiektów zieleni miejskiej, parków, skwerów itp. Powyższe oznacza, że Zamawiający nie zapoznał się z treścią wyjaśnień Odwołującego, nie dokonał rzeczywistego zbadania realności ceny Wykonawcy.

Wbrew twierdzeniu Zamawiającego, Odwołujący złożył wraz z wyjaśnieniami dowody, zgodnie z wymaganiami Zamawiającego – przedstawił dowód w postaci umów o pracę, jak również dowód w postaci informacji o sposobie zagospodarowania odpadów przekazanych w II półroczu 2023 r. Nie jest zatem uprawnione twierdzenie Zamawiającego o braku dowodów. Jeśli zdaniem Zamawiającego konieczne było wykazanie dodatkowych okoliczności, czy złożenie innych dowodów, powinien o takie wyjaśnienia czy dowody zwrócić się do Wykonawcy.

Zamawiający wskazał również, że nie jest uzasadniony argument Odwołującego, zgodnie z którym cena zaoferowana w postępowaniu jest ceną rynkową, a ceny oferowane w innych postępowaniach są kilkukrotnie niższe niż oferowane przez Odwołującego. Zdaniem Zamawiającego, nie można porównywać dwóch zamówień (zamówienia prowadzonego przez Zamawiającego z zamówieniem, na które przedłożył dowody Odwołujący). Przedmiot nie jest taki jak w przedmiotowym postępowaniu. Zadanie, na które złożył dowody Odwołujący dotyczyło przedmiotu: „Koszenie poboczy dróg powiatowych w 2024,” a nie koszenie trawników i skwerów. Takie zadanie zdaniem Zamawiającego wykonuje się znacznie szybciej i przy pomocy zupełnie innego sprzętu. Zamawiający w trakcie rozprawy z udziałem stron złożył fotografie, które miały ukazywać trudnodostępny teren, którego koszenie jest znacznie trudniejsze niż terenu przy drodze/autostradzie.

W ocenie Izby, złożone przez Zamawiającego kopie fotografii kilku miejsc nie są dowodem na okoliczność, że nie jest możliwe zrealizowanie usługi koszenia za cenę zaoferowaną przez Odwołującego. Mogą stanowić jedynie materiał poglądowy na tereny, które będą przedmiotem pielęgnacji w ramach świadczonej usługi. Nie jest to natomiast żaden bezpośredni dowód na okoliczność nierynkowego charakteru ceny zaoferowanej przez Odwołującego. Odwołujący zaoferował ceny kilkudziesięciokrotnie wyższe, a zatem realność tej ceny w stosunku do terenu Zamawiającego Zamawiający powinien dokładnie zbadać.

Zamawiający pominął, że dokonując odrzucenia oferty Wykonawcy na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Prawo zamówień publicznych, zgodnie z którym Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia, powinien wykazać, że oferta Wykonawcy zawiera cenę, za którą nie jest możliwe zrealizowanie zamówienia.

Zamawiający nie wykazał zaistnienia przesłanki ww. artykułu, zatem nie było podstawy do odrzucenia oferty Odwołującego. Sama krytyka złożonych przez Odwołującego wyjaśnień nie jest wystarczająca do stwierdzenia, że zaoferowana przez Odwołującego cena jest rażąco niska. Zamawiający nie tylko nie dokonał prawidłowej czynności badania oferty pod kątem ceny, ale również w żaden sposób nie wykazał nierealności zaoferowanej ceny.

W konsekwencji zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Prawo zamówień publicznych został uznany za zasadny.

Zgodnie z art. 255 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli wszystkie złożone wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferty podlegały odrzuceniu.

Skoro na chwilę dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej Zamawiający nie wykazał, że oferta Odwołującego podlega odrzuceniu, to oznacza, że nie zachodzi podstawa do unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie wskazanego przepisu.

Z tego powodu zarzut naruszenia art. 255 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych został uznany za zasadny.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 557 oraz art. 574, 575 ustawy z 11.09.2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 ze zm.) oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1a) oraz § 5 pkt 2b), § 7 ust. 1 pkt 1)), zaliczając w poczet kosztów postępowania uiszczony przez Odwołującego wpis od odwołania, koszty wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego, koszty dojazdu Odwołującego na rozprawę. Izba nie zasądziła kosztów opłaty sądowej od pełnomocnictwa, gdyż treść Rozporządzenia ogranicza wynagrodzenie i wydatki pełnomocnika do kwoty 3600 złotych (§ 5 pkt 2b).

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

Przewodnicząca:.....