Sygn. akt: KIO 1479/15

WYROK
z dnia 27 lipca 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aneta Mlącka

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 lipca 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 lipca 2015 r. przez wykonawcę **Formacja EU I. K. Sp. k., ul. Czesława Klimasa 2, 41-800 Zabrze**
w postępowaniu prowadzonym przez **Spółkę Restrukturyzacji Kopalń S.A., ul. Strzelców Bytomskich 207, 41-914 Bytom**

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Formacja EU I. K. Sp. k., ul. Czesława Klimasa 2, 41-800 Zabrze** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Formacja EU I. K. Sp. k., ul. Czesława Klimasa 2, 41-800 Zabrze** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Katowicach.

Przewodniczący: ……..

Sygn. akt: KIO 1479/15

Uzasadnienie

Zamawiający Spółka Restrukturyzacji Kopalń S.A. prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest świadczenie usług w zakresie ochrony terenów, obiektów i mienia dla Zakładu centralny Zakład Odwadniania Kopalń na 2016 r.
Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się 28 marca 2015 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2015/S 062-109179.

Odwołujący FORMACJA EU I. K. Sp. k. wniósł odwołanie, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 90 ust. 1, 2 i 3 ustawy poprzez ich błędną interpretację, polecającą na błędnym uznaniu, że oferta Odwołującego zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz na uznaniu, że Odwołujący nie wykazał, iż oferta Odwołującego nie zawiera rażąco niskiej ceny; art. 93 ust. 3 pkt 4 ustawy poprzez unieważnienie postępowania.
Odwołujący wniósł o nakazanie unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego, nakazanie unieważnienia czynności unieważnienia postępowania, nakazanie Zamawiającemu wykonania czynności wyboru najkorzystniejszej oferty.

Zamawiający poinformował Odwołującego o unieważnieniu postępowania. W uzasadnieniu Zamawiający wskazał, że cena najkorzystniejszej oferty spośród ofert nie podlegających odrzuceniu przewyższała kwotę, którą Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, tj. kwotę 1.880.900,00 złotych brutto. Zamawiający dokonał także czynności odrzucenia oferty Odwołującego. Uzasadnił, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Jednocześnie Zamawiający wskazał, że Odwołujący nie wykazał i nie udowodnił, że przyjęta do ustalenia ceny oferty wartość kosztów pracy nie jest niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę wynoszącego w 2015

roku 1.750,00 złotych.

Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień. W treści wezwania Zamawiający wskazał: „(…) w związku z ustaleniem, iż zaproponowana przez Państwa w ofercie cena budzi wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego – jest niższa o 30% (dokładnie o 49,12%) od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert (wynoszącej 3.044.103,93 zł brutto), Zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.” Zamawiający podkreślił

---

wyrażenie „złożenie dowodów”. Nadto Zamawiający wskazał, jakich elementów powinny dotyczyć wyjaśnienia i dowody. W szczególności pogrubionym drukiem Zamawiający wskazał na element: „kosztów pracy, z zastrzeżeniem, iż ich wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę.” Ponadto Zamawiający wskazał, że: „Wyjaśnienia mają zawierać element kalkulacyjny.” Wykonawca obowiązany jest wykazać i udowodnić, że przyjęta do ustalenia ceny oferty wartość kosztów pracy nie jest niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę, co oznacza, że nawet przy korzystaniu z osób – w oparciu o umowę cywilnoprawną (umowę o dzieło, umowę zlecenia) – do obliczenia ceny oferty wykonawca musi przyjąć poziom kosztów pracy nie niższy od minimalnego wynagrodzenia za pracę. Jednocześnie Zamawiający poinformował Odwołującego, że zgodnie z art. 90 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na Wykonawcy.

Odwołujący złożył wyjaśnienia. W ich treści wskazał, że „firma korzysta z pomocy PFRON w związku z zatrudnianiem osób z orzeczeniem o niepełnosprawności. Wysokość dofinansowania w przypadku zatrudniania osób ze stopniem niepełnosprawności stanowi ok. 75% wynagrodzenia brutto.” Ponadto Odwołujący w treści wyjaśnień wskazał, że jako profesjonalny i doświadczony podmiot zajmuje się od wielu lat świadczeniem usług ochrony fizycznej, konwoju, monitoringu, co pozwoliło mu wypracować odpowiednie procedury mające wpływ na znaczne obniżenie kosztów pracy. Przy ustaleniu ceny Odwołujący wziął pod uwagę obiektywne czynniki, a w szczególności oszczędność metody wykonania zamówienia, sprzyjające warunki wykonywania zamówienia oraz wpływ udzielonej pomocy publicznej. Nadto podobne zamówienia na rynku tego typu usług były świadczone za ceny zbliżone do ceny Odwołującego. Odwołujący ponadto wskazał, że korzysta z możliwości zatrudniania stażystów w ramach programu „WND.POKL.07.04.00-24-076/12 Europejski Fundusz Społeczny Aktywizacji Zawodowej dla Niepełnosprawnych „Metamorfoza” oraz „Kompleksowy program aktywizacji społeczno-zawodowej osób zagrożonych wykluczeniem społecznym z powodu ubóstwa i bezrobocia w województwie śląskim POKL.07.02.01-24-069/12” i sukcesywnie angażuje osoby objęte tymi programami. Do wyjaśnień Odwołujący załączył kalkulację cenową w rozbiciu na poszczególne pompownie ogólne kwoty łączne wynagrodzenia brutto ochrony oraz wyszczególnienie zysku.

Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. W treści uzasadnienia odrzucenia Zamawiający wskazał, że oferta Odwołującego zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Wykonawca na wezwanie Zamawiającego do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny nie wykazał i nie udowodnił, że

---

przyjęta do ustalenia ceny oferty wartość kosztów pracy nie jest niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę wynoszącego w 2015r wynoszącego 1750 zł brutto. Zamawiający przypomniał, że w wezwaniu do złożenia wyjaśnień żądał podania elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny oraz rodzajów i wysokości kosztów realizacji poszczególnych elementów, w tym podania kosztów pracy, jakie zostały przyjęte w cenie ofertowej po poprawieniu omyłek rachunkowych, a także uzasadnienia dlaczego skalkulowano je w takim wymiarze, czego w wyjaśnieniach Wykonawcy brakuje. Zamawiający zauważył, że cena oferty podana przez Wykonawcę w wysokości 1.788.907,59 zł brutto, po poprawieniu przez Zamawiającego oczywistych omyłek rachunkowych w

formularzu cenowym załączonym do oferty wynosi 1.548.907,56 zł brutto, czyli o 240.000,00 zł brutto mniej niż cena podana przez Wykonawcę.
Zamawiający wskazał, że: rolą Wykonawcy było ujawnienie wysokości kosztów pracy, jakie zostały przyjęte w cenie oferty, a także uzasadnienie dlaczego skalkulowano je w takim wymiarze. Załączona kalkulacja jest ogólna i nie stanowi dowodu, iż przyjęte w cenie oferty koszty pracy nie są niższe od minimalnego wynagrodzenia za pracę. Ogólne zapewnienia Wykonawcy, że korzysta z pomocy PFRON w związku z zatrudnianiem osób z orzeczeniem niepełnosprawności albo że jako profesjonalny i doświadczony podmiot zajmuje się od wielu lat świadczeniem usług ochrony fizycznej co pozwoliło mu wypracować odpowiednie procedury mające wpływ na obniżenie kosztów są niewystarczające. Podobnie wyjaśnienia Wykonawcy, iż ustalając wysokość ceny wziął pod uwagę obiektywne czynniki, w szczególności oszczędność metody wykonania zamówienia, sprzyjające warunki wykonania zamówienia oraz wpływ udzielonej pomocy publicznej są ogólnikowe i nie mają odzwierciedlenia w załączonej kalkulacji.
W konkluzji Zamawiający stwierdził, że „z przedstawionych wyjaśnień i kalkulacji nie wynika jednoznacznie, że wartość kosztów pracy przyjęta do ustalenia ceny oferty nie jest niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę, wynoszącego w 2015r. 1750 zł, a tym samym Wykonawca nie wykazał i nie udowodnił, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Zgodnie z art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych Zamawiający jest zobowiązany odrzucić ofertę Wykonawcy, który nie złoży wyjaśnień, lub jeżeli dokonana ocena złożonych przez Wykonawcę wyjaśnień oraz dostarczonych dowodów potwierdzi, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia."

Odwołujący wniósł odwołanie od ww. czynności Zamawiającego. Podniósł, że cena wskazana w jego ofercie nie była ceną rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia kwotę 1.880.900,00 złotych. Cena zaoferowana przez Odwołującego wynosiła 1.548.907,00 złotych. Cena Odwołującego była niższa od przedmiotu zamówienia o około 18%.

W treści odwołania Odwołujący ponownie wskazał, że korzysta od 2009 roku z pomocy PFRON w związku z zatrudnianiem osób z orzeczeniem o niepełnosprawności, zaś dofinansowanie w przypadku zatrudnienia, osób z umiarkowanym stopniem niepełnosprawności wynosi 60% wynagrodzenia brutto. W jego ocenie złożone wyjaśnienia w sposób wyraźny i jednoznaczny wskazują, że cena Odwołującego jest ceną realną. Zatrudnianie osób z orzeczeniem o niepełnosprawności oraz dofinansowanie z PFRON w sposób znaczny ogranicza realne koszty związane z wykonaniem zamówienia. Zdaniem Odwołującego, jego wyjaśnienia były wiarygodne i rzeczowe, a na podstawie takich wyjaśnień wątpliwości Zamawiającego dotyczące zaoferowanej ceny powinny zostać wyjaśnione.

Odwołujący podkreślił, że jego oferta w porównaniu do pozostałych ofert złożonych w niniejszym postępowaniu - nie odbiegała w rażący sposób od pozostałych ofert. Była to jedyna oferta, która mieściła się w kwocie, jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Zdaniem Odwołującego, to oferta konsorcjum firm Impel Provider Security Partner Sp. z o.o., Impel Security Polska Sp. z o.o. i Impel Monitoring Sp. z o.o. była ofertą w sposób zdecydowany odbiegający od oferty Odwołującego i od pozostałych ofert. Oferta ta w sposób znaczny zawyżyła średnią arytmetyczną cen wszystkich ofert.

Odwołujący zaznaczył także, że z uwagi na fakt, że cena jego oferty nie była ceną rażąco niską oraz nie przewyższała kwoty, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia - unieważnienie powstępowania w niniejszej sprawie było bezpodstawne.

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dowody Stron złożone w trakcie rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do wniesienia odwołania, zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Jest wykonawcą zainteresowanym uzyskaniem zamówienia w niniejszym postępowaniu. Uwzględnienie zarzutów umożliwiłoby mu uzyskanie zamówienia.

Stosownie do art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, jeżeli cena oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, w szczególności jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, Zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

W niniejszym postępowaniu, cena zaoferowana przez Odwołującego była o ponad 40% niższa od średniej arytmetycznej ofert złożonych w postępowaniu. Oznacza to, że wezwanie Odwołującego do złożenia wyjaśnień było uzasadnione.

Stosownie do art. 90 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy. Nadto, w treści wezwania do wyjaśnień, Zamawiający podkreślał, że oczekuje wykazania i przedstawienia dowodów w zakresie elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Zatem zarówno treść ustawy, jak i dodatkowo bardzo precyzyjne i szczegółowe wezwanie Zamawiającego wskazują, złożone przez Odwołującego wyjaśnienia dotyczące zaoferowanej przez niego ceny powinny być na tyle szczegółowe, konkretne i precyzyjne, aby nie ulegało wątpliwości, że zaoferowana przez niego cena nie była ceną rażąco niską.

Należy zauważyć, że Odwołujący przedstawił wyjaśnienia, wskazując okoliczności takie jak fakt, że Odwołujący korzysta z pomocy Państwowego Funduszu Rehabilitacji Osób Niepełnosprawnych w związku z zatrudnianiem osób z orzeczeniem o niepełnosprawności, fakt, że korzysta z możliwości zatrudniania stażystów w ramach programu „WND.POKL.07.04.00-24-076/12 Europejski Fundusz Społeczny Aktywizacji Zawodowej dla Niepełnosprawnych „Metamorfoza” oraz „Kompleksowy program aktywizacji społeczno-zawodowej osób zagrożonych wykluczeniem społecznym z powodu ubóstwa i bezrobocia w województwie śląskim POKL.07.02.01-24-069/12” i sukcesywnie angażuje osoby objęte tymi programami. Odwołujący nie wykazał jednak ani w jakim stopniu, ani w jakiej ilości korzystał będzie z ww. pomocy przy realizacji niniejszego zamówienia, a przede wszystkim nie wykazał, w jakim stopniu wpłynęło to na zaoferowaną cenę. Nie przedstawił w tym zakresie żadnej kalkulacji ani też dowodu, który uwiarygodniłby jego twierdzenia, mimo wyraźnego żądania Zamawiającego wyrażonego w wezwaniu do złożenia wyjaśnień.
Należy zauważyć, że Zamawiający w treści wyjaśnień podkreślał, że oczekuje, aby Odwołujący wykazał i udowodnił, że przyjęta do ustalenia ceny oferty wartość kosztów pracy

---

nie jest niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę, co oznacza, że nawet przy korzystaniu z osób – w oparciu o umowę cywilnoprawną (umowę o dzieło, umowę zlecenia) – do obliczenia ceny oferty wykonawca musi przyjąć poziom kosztów pracy nie niższy od minimalnego wynagrodzenia za pracę. W przedstawionej kalkulacji nie wykazano jednak tej okoliczności. Kalkulacja cenowa również w ocenie Izby jest niewystarczająca. Każdą kwotę (w tym także globalną cenę za realizację zamówienia) można „rozbić” i przedstawić w formie działań arytmetycznych. Jednakże Zamawiający wnosił, aby Odwołujący wykazał i udowodnił Zamawiającemu konkretną okoliczność, tj. że przyjął poziom kosztów pracy nie niższy od minimalnego wynagrodzenia za pracę. Rolą zatem Odwołującego było ujawnienie wysokości kosztów pracy, jakie zostały przyjęte w cenie oferty, a także uzasadnienie, dlaczego skalkulowano je w takim wymiarze. Załączona kalkulacja jest ogólna i nie stanowi ani wykazu, ani dowodu na okoliczność, że przyjęte w cenie oferty koszty pracy nie są niższe od minimalnego wynagrodzenia za pracę. W trakcie rozprawy Odwołujący nie odniósł się do przedstawionej kalkulacji. Nie wykazał tym samym, że udowodnił Zamawiającemu, że

załączona kalkulacja cenowa stanowiła wykaz i dowód na okoliczność, że przyjął poziom kosztów pracy nie niższy od minimalnego wynagrodzenia za pracę.

Dodatkowo należy zauważyć, że twierdzenia Odwołującego dotyczące tej samej okoliczności, tj. wysokości dofinansowania w przypadku zatrudniania osób ze stopniem niepełnosprawności są różne. W treści wyjaśnień Odwołujący powołał się na fakt, że wysokość dofinansowania stanowi ok. 75% wynagrodzenia brutto, w treści zaś odwołania podnosił okoliczność dofinansowania w wysokości 60%. Oznacza to, że same wyjaśnienia Odwołującego są niewiarygodne i nie pozwalają na ustalenie rzeczywistego sposobu, w jaki Odwołujący skalkulował zaoferowaną cenę. Przede wszystkim należy jednak ponownie podkreślić, że Odwołujący zarówno w przedstawionej kalkulacji, w treści wyjaśnień, jak i w treści odwołania nie wykazał, ani w jakim stopniu, ani w jakiej ilości korzystał będzie z ww. pomocy przy realizacji niniejszego zamówienia, a przede wszystkim nie wykazał, w jakim stopniu wpłynęło to na zaoferowaną cenę, o ile zmniejszyła się oferowana cena w stosunku do ceny, gdyby nie korzystał z dofinansowania.

Co do okoliczności wskazanej w treści wyjaśnień i odwołaniu, że Odwołujący jako profesjonalny i doświadczony podmiot zajmuje się od wielu lat świadczeniem usług ochrony fizycznej, konwoju, monitoringu, co pozwoliło mu wypracować odpowiednie procedury mające wpływ na znaczne obniżenie pracy, należy wskazać, że Odwołujący nie wykazał, w jaki sposób i w jakim stopniu ww. okoliczność wpływa na cenę zaoferowaną w niniejszym postępowaniu, w jakim stopniu z powodu tej okoliczności cena uległa obniżeniu.

Stwierdzenie Odwołującego, że wziął pod uwagę obiektywne czynniki, a w szczególności oszczędność metody wykonania zamówienia, sprzyjające warunki wykonywania zamówienia oraz wpływ udzielonej pomocy publicznej jest ogólne, nie wskazuje żadnych konkretnych okoliczności i jest gołosłowne. Podobnie jak nie zostało w żaden sposób wykazane, że zamówienia na takie same usługi, jak objęte niniejszym postępowaniem, są świadczone za ceny zbliżone do ceny Odwołującego. Nie przedstawiono żadnych danych, wydruków, czy dokumentów na tę okoliczność.

Izba podziela zatem stanowisko Zamawiającego, że z przedstawionych przez Odwołującego wyjaśnień i kalkulacji nie wynika jednoznacznie, że wartość kosztów pracy przyjęta do ustalenia ceny oferty nie jest niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę, wynoszącego w 2015r. kwotę 1750 zł, a tym samym Odwołujący nie wykazał i nie udowodnił, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

Zgodnie z art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, Zamawiający jest zobowiązany odrzucić ofertę Wykonawcy, który nie złoży wyjaśnień, lub jeżeli dokonana ocena złożonych przez Wykonawcę wyjaśnień oraz dostarczonych dowodów potwierdzi, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zatem w sytuacji, gdy Odwołujący nie wykazał jednoznacznie, że jego oferta nie zwiera rażąco niskiej ceny oraz nie dostarczył wymaganych dowodów na potwierdzenie swoich twierdzeń, które miałyby uzasadnić zastosowaną przez niego cenę odbiegającą od innych ofert w postępowaniu, uzasadniona była czynność Zamawiającego polegająca na odrzuceniu Odwołującego z postępowania.

W konsekwencji uznania za prawidłową czynności Zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego, należy uznać za bezzasadny także zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych. Oznacza to, że w sytuacji, gdy w postępowaniu oferta Odwołującego podlegała odrzuceniu, a cena oferty najkorzystniejszej spośród pozostałych ofert niepodlegających odrzuceniu przekracza kwotę, jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na realizację zamówienia, unieważnienie postępowania było zasadne.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania. Na podstawie § 5

sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238) do kosztów postępowania odwoławczego Izba zaliczyła w całości uiszczony wpis, zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia.

Przewodniczący:

……