Sygn. akt KIO 722/16

WYROK
z dnia 19 maja 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk

Protokolant: Paweł Puchalski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 maja 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 kwietnia 2016 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia IZAN+ Sp. z o.o. w Krakowie, NAPRZÓD Sp. z o.o. w Krakowie w postępowaniu prowadzonym przez Uniwersytet Rolniczy im. Hugona Kołłątaja w Krakowie

orzeka:

1. oddala odwołanie; 2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia IZAN+ Sp. z o.o. w Krakowie, NAPRZÓD Sp. z o.o. w Krakowie i:
2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia IZAN+ Sp. z o.o. w Krakowie, NAPRZÓD Sp. z o.o. w Krakowie tytułem wpisu od odwołania;
2.2. zasądza od na rzecz Uniwersytetu Rolniczego im. Hugona Kołłątaja w Krakowie kwotę 437 zł 00 gr (słownie: czterysta trzydzieści siedem złotych zero groszy) stanowiące uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r., poz. 2164) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Krakowie.

Przewodniczący: ……

Sygn. akt KIO 722/16

Uzasadnienie

Zamawiający – Uniwersytet Rolniczy im. Hugona Kołłątaja w Krakowie – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 2164), dalej jako: „ustawa" lub „Pzp" postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest świadczenie usług utrzymania czystości polegających na sprzątaniu pomieszczeń i myciu okien w budynkach Uniwersytetu Rolniczego im. Hugona Kołłątaja w Krakowie. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało 10 lutego 2016 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod pozycją 2016/S 028-045415. Wartość zamówienia jest większa niż kwota wskazana w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

19 kwietnia 2016 r. zamawiający przesłał informację o wyniku postępowania, w związku z czym 29 kwietnia 2016 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia IZAN+ Sp. z o.o. w Krakowie oraz NAPRZÓD Sp. z o.o. w Krakowie wnieśli odwołanie. Zachowany został obowiązek przekazania zamawiającemu kopii odwołania.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 91 ust. 1 Pzp w zw. z art. 7 ust. 3 Pzp przez zaniechanie wyboru jako najkorzystniejszych w zakresie zadań nr 1 i 2 ofert złożonych przez odwołującego;
2. art. 90 ust. 3 Pzp przez odrzucenie ofert złożonych przez odwołującego w zakresie zadań nr 1 i 2 z powodu nie złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w sytuacji gdy odwołujący złożył w terminie wyznaczonym przez zamawiającego wyjaśnienia zawierające elementy składowe cen ofertowych;
3. art. 90 ust. 2 Pzp przez uznanie, że odwołujący nie wykazał, że jego oferty w zakresie Zadań nr 1 i 2 nie zawierają rażąco niskiej ceny, w sytuacji gdy zamawiający żądał jedynie przedstawienia szczegółowej kalkulacji cen, a odwołujący taką kalkulację przedłożył;

4. art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp przez nieuprawnione odrzucenie oferty odwołującego w zakresie Zadań nr 1 i 2 z uwagi na rażąco niską cenę, w sytuacji gdy zamawiający nie zakwestionował żadnej z wykazanych przez odwołującego w wyjaśnieniach pozycji kosztów;
5. art. 92 ust. 1 pkt 2 Pzp, jako że w uzasadnieniu faktycznym decyzji o odrzuceniu ofert zamawiający nie uznał żadnej z wykazanych przez odwołującego w wyjaśnieniach

---

pozycji kosztów jako nierealnej, rażąco niskiej, a jedynie wskazał fakt braku dowodów.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru ofert najkorzystniejszych i odrzucenia ofert odwołującego zakresie Zadań nr 1 i 2 oraz o dokonania ponownej oceny ofert i wyboru ofert odwołującego jako najkorzystniejszych w Zadaniach 1 i 2. Alternatywnie odwołujący żądał powtórzenia czynności wyjaśnień wysokości rażąco niskiej ceny w taki sposób, aby możliwe było dokonanie oceny, czy zaoferowane przez odwołującego ceny w zakresie Zadań nr 1 i 2 są cenami rażąco niskimi oraz o przeprowadzenie dowodu z umowy nr DZP-292-1/43/2015 z 29 maja 2015 roku wraz z formularzami ofertowymi - na okoliczność realizacji przez odwołującego na rzecz zamawiającego zamówienia publicznego identycznego co do zakresu z zamówieniem publicznym będącym przedmiotem aktualnego przetargu (znak: DZP-291-340/2016) oraz wysokości należnego odwołującemu wynagrodzenia w zakresie Zadań nr 1 i 2

W uzasadnieniu odwołujący stwierdził, iż aktualnie wykonuje na rzecz zamawiającego umowę na zamawiane usługi, a wzrost wynagrodzenia za wykonanie Zadania nr 1 wynagrodzenia wynosi ok 13%, natomiast w zakresie Zadania nr 2 ok. 10%. Skoro Odwołujący prawidłowo zrealizował zamówienie publiczne na podstawie umowy nr DZP-292-1/43/2015 z dnia 29 maja 2015 roku, to wobec zaoferowania cen nieznacznie wyższych, będzie w stanie prawidłowo zrealizować zamówienie publiczne będące przedmiotem przetargu. Ponadto podniósł, że wyjaśnił zamawiającemu, że przy szacowaniu kosztów wynagrodzeń Odwołujący uwzględnia pomoc publiczną, tj. dofinansowanie do wynagrodzeń pracowników niepełnosprawnych. Stałą praktyką odwołującego jest bowiem, że zatrudnia pracowników zaliczonych do umiarkowanego i lekkiego stopnia niepełnosprawności.

Odwołujący zarzucił, że uzasadnienie zawiadomienia z dnia 19 kwietnia 2016 roku o wyborze ofert najkorzystniejszych, w tym o odrzuceniu ofert odwołującego w zakresie Zadań nr 1 i 2, nie zawierają żadnych uwag do przedstawionych przez odwołującego kalkulacji cen. Zamawiający nie uznał żadnej ze wskazanych przez odwołującego w wyjaśnieniach pozycji kosztów za nierealne czy rażąco niskie.

Zdaniem odwołującego wobec braku szczegółowych wytycznych zamawiającego co do sporządzenia kalkulacji cen oraz przedłożenia konkretnych dokumentów, uznać należy, że odwołujący w stopniu wystarczającym zrealizował wezwanie. Przedstawione kalkulacje cen zawierają konkretne informacje, które zamawiający miał możliwość zweryfikować i co do których mógł zażądać dalszych wyjaśnień. Wykaz kosztów odpowiada swoim zakresem i szczegółowością wezwaniu zamawiającego.

Odwołujący zapowiedział również złożenie na rozprawie pisma zawierającego szczegółową kalkulację ceny oferty oraz powołanie dodatkowych argumentów uzasadniających prawidłowe obliczenie ceny oferty.

Zamawiający odpowiedział na odwołanie pismem z 10 maja 2016 r. Wniósł o oddalenie odwołania. Podkreślił, że nie odrzucił oferty odwołującego z powodu rażąco niskiej ceny oferty, ale dlatego, że wyjaśnienia złożone przez odwołującego są nieadekwatne do wezwania, nie pozwalają na zbadanie ceny oferty oraz nie zawierają dowodów żądanych w wezwaniu.

Podniósł ponadto, że do jakości wykonania umowy przez odwołującego były wielokrotnie zgłaszane zastrzeżenia oraz naliczane kary umowne. Na dowód tego załączył kopie „Książki skarg" i oświadczeń o naliczeniu kar umownych.

Zamawiający wywiódł, że odwołujący jako profesjonalny wykonawca powinien powołać szczegółowe dane przyjęte do algorytmu obliczanie ceny oferty.

Nie zgłoszono przystąpienia do postępowania odwoławczego.

Izba ustaliła, że odwołanie nie podlega odrzuceniu i przeprowadziła rozprawę, podczas której strony podtrzymały dotychczasowe stanowiska.

Izba ustaliła, co następuje:

Nie jest sporne, że cena ofert odwołującego w obu zadaniach jest niższa o więcej niż 30% w stosunku do wartości zamówienia. Pismem z 4 kwietnia 2016 r. zamawiający wezwał odwołującego do udzielenia w terminie do dnia 6 kwietnia 2016 r. wyjaśnień dotyczących elementów ofert mających wpływ na ich cenę w zakresie Zadań nr 1 i 2. Zażądał przedstawienia szczegółowej kalkulacji cen i wskazał, że zaistnienie obiektywnych czynników wpływających na wysokość ceny oferty winno być udowodnione (kopia pisma w aktach sprawy).

Odwołujący udzielił wyjaśnień pismem z 6 kwietnia 2016 r., w którym podał wysokość poszczególnych kosztów uwzględnionych przy kalkulacji oferty w okresie 24 miesięcy (kopia w aktach sprawy).

W Zadaniu 1:

- koszty osobowe (ZUS, BHP, zastępstwa, nadzór itp.): 1.028.992,19 zł brutto;
- koszty materiałów (w tym środków dezynfekcyjnych i myjących): 68.268,44 zł brutto zł;
- koszty maszyn i eksploatacji urządzeń: 14.116,76 zł brutto;
- koszty ogólne związane z realizacją umowy wraz z zyskiem: 33 722,61 zł;

Łącznie w okresie 24 miesięcy: 1 145 100,00 zł brutto.

W Zadaniu 2:

- koszty osobowe (ZUS, BHP, zastępstwa, nadzór itp.): 880.897,76 zł brutto;
- koszty materiałów (w tym środków dezynfekcyjnych i myjących): 75.042,40 zł brutto;
- koszty maszyn i eksploatacji urządzeń: 17.068,76 zł brutto;
- koszty ogólne związane z realizacją umowy wraz z zyskiem: 74.753,08 zł.

Łącznie: 1.047.762,00 zł brutto.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp. Jest wykonawcą, który złożył ofertę i ma interes w uzyskaniu danego zamówienia. Zarzucane zamawiającemu naruszenia przepisów powodują, że odwołujący może ponieść szkodę w postaci utraty możliwości uznania jego oferty za najkorzystniejszą w Zadaniu 1 i 2 oraz zawarcia umowy w tych zadaniach.

Odwołanie jest niezasadne.

Należy mieć na względzie, że ustawa chroniąc zamawiającego przed groźbą nienależytego wykonania zamówienia z powodu zaniżenia ceny oferty nakazuje odrzucenie oferty w dwóch sytuacjach. Po pierwsze na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, gdy zamawiający ustali, że cena oferty jest rażąco niska, po drugie na podstawie art. 90 ust. 3 Pzp w sytuacji, gdy wykonawca uprzednio wezwany do złożenia wyjaśnień nie złoży wyjaśnień, albo gdy wyjaśnienia te potwierdzą, że cena oferty jest rażąco niska. Zrównanie przez ustawodawcę sytuacji wykonawcy lekceważącego wezwanie zamawiającego z rzeczywistym zaniżeniem ceny oferty – złożeniem oferty z rażąco niską ceną – wskazuje na doniosłość obowiązku złożenia wyjaśnień. Dlatego też Izba, w składzie rozpoznającym niniejsze odwołanie, podziela pogląd ugruntowany już w orzecznictwie, że sytuacja prawna wykonawcy, który złożył wyjaśnienia ogólne, nieadekwatne do wezwania zamawiającego, nie pozwalające na ustalenie, że cena oferty została obliczona prawidłowo, jest taka sama jak sytuacja prawna wykonawcy, który wyjaśnień nie złożył w ogóle. W obu przypadkach oferta podlega odrzuceniu.

Zamawiający zgodnie z ustawą odrzucił ofertę odwołującego. Wyjaśnienia, które odwołujący złożył na wezwanie zamawiającego nie odpowiadają żądaniu zamawiającego, a tym samym nie uzasadniają w sposób należyty wysokości ceny oferty odwołującego. Dostrzec należy, że zamawiający żądał przedstawienia szczegółowej kalkulacji ceny oferty. Odwołujący tymczasem podał wyłącznie w sposób ogólny podstawowe grupy kosztów

---

uwzględnione przez niego w Zadaniu 1 i 2. Zestawienie kosztów poniesionych w poszczególnych grupach w całym okresie wykonywania umowy nie jest szczegółową kalkulacją ceny.

Odwołujący całkowicie gołosłownie twierdzi, że korzysta ze specjalnych środków czystości (superkoncentratów) i otrzymuje wysokie upusty. Dowody na te okoliczności nie zostały załączone do wyjaśnień, mimo że zamawiający wyraźnie ich żądał, ani też złożone

na rozprawie. Nie została również wskazana wysokość uzyskiwanej przez odwołującego pomocy publicznej oraz jej wpływ na wysokość ceny oferty, co odwołujący powinien uczynić już w wyjaśnieniach. Ogólne twierdzenia nie stanowią uzasadnienie wysokości ceny ofert odwołującego.

Niezależnie od powyższego, znajomość rynku usług sprzątania, która Izba uzyskała w związku z rozpoznawanymi odwołaniami, pozwala na stwierdzenie, że okoliczności wskazane przez odwołującego w wyjaśnieniach, a to: posiadanie zamortyzowanego sprzętu, korzystanie z upustów i zatrudnianie osób niepełnosprawnych, dotyczą większości, o ile nie wszystkich wykonawców działających w tym segmencie rynku. Takie wyjaśnienia nie wskazujące indywidualnych szczególnie korzystnych okoliczności dostępnych odwołującemu nie mogą być uznane za spełniającego żądanie zamawiającego złożenie szczegółowej kalkulacji ceny.

Niezasadnie utrzymuje odwołujący, że udzielone przez niego wyjaśnienia są wystarczające w świetle wiedzy, którą na temat przedsiębiorstwa odwołującego posiada już zamawiający. Po pierwsze dostrzec trzeba,

że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzi się w formie pisemnej, a obowiązkiem zamawiającego jest równe traktowanie wszystkich wykonawców. Złamaniem zasad zawartych w art. 7 ust. 1 Pzp byłaby sytuacja, w której zamawiający rezygnuje z wymagań jasno wyartykułowanych wymagań w stosunku do jednego wykonawcy i faktycznie zwalnia go z obowiązku wykazania prawidłowego obliczenia ceny oferty.

Dostrzec też trzeba, że w złożonych wyjaśnieniach odwołujący nie odwołał się do przewagi konkurencyjnej, która miałaby wynikać z realizacji przez niego umowy na rzecz zamawiającego, zatem powoływanie się na tę okoliczność w postępowaniu odwoławczym jest spóźnione. Elementy mające wpływ na wysokość ceny oferty powinny być wskazane już w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego.

Chybiona jest argumentacja odwołującego, że to zamawiający powinien zakwestionować wyjaśnienia zamawiającego i podane przez niego kwotyi. Przede wszystkim brak podania przez odwołującego szczegółów kalkulacji ceny uniemożliwia to znacznej części. Po wtóre zgodnie z art. 90 ust. 2 oraz 190 ust. 1 pkt 1a Pzp ciężar dowodu co braku rażącego zaniżenia ceny oferty spoczywał na odwołującym, a odwołujący ani przed zamawiającym, ani przed Izbą, nie pokusił się o wykazanie sposobu wyliczenia ceny swojej oferty, próbował natomiast ciężar dowodu w zakresie odrzucenia swojej oferty przenieść na zamawiającego, co w obowiązującym stanie prawnym jest całkowicie niedopuszczalne.

Izba nie uwzględniła jako dowodów w sprawie umowy zawartej 29 maja 2015 r. między zamawiającym i odwołującym oraz składanych przez strony dokumentów i oświadczeń związanych z wykonaniem tej umowy. Przedmiotem sporu w badanej sprawie nie jest bowiem to, czy umowa zawarta z zamawiającym jest przez odwołującego wykonywana należycie, lecz to, czy odwołujący wezwany przez zamawiającego do wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na jej cenę złożył dostateczne wyjaśnienia.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp orzekła, jak w pkt 1 sentencji.

O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, uwzględniając koszty dojazdu na posiedzenie pełnomocników odwołującego w kwocie 437 zł, zgodnie z § 3 pkt 2 lit. a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: .....