

Sygn. akt: KIO 1707/13

WYROK
z dnia 24 lipca 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 lipca 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 lipca 2013 r. przez wykonawcę Impel Cleaning Sp. z o.o. we Wrocławiu w postępowaniu prowadzonym przez Wojewódzki Szpital Psychiatryczny im. Prof. Tadeusza Bilikiewicza w Gdańsku

przy udziale wykonawcy Ever Grupa Sp. z o.o. w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża Impel Cleaning Sp. z o.o. we Wrocławiu i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Impel Cleaning Sp. z o.o. z we Wrocławiu tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od Impel Cleaning Sp. z o.o. we Wrocławiu na rzecz Wojewódzkiego Szpitala Psychiatrycznego im. Prof. Tadeusza Bilikiewicza w Gdańsku kwotę 679 zł 00 gr (słownie: sześćset siedemdziesiąt dziewięć złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu dojazdu na posiedzenie, noclegu oraz uiszczenia opłaty skarbowej od pełnomocnictwa.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 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 Gdańsku.

Przewodniczący:

U z a s a d n i e

Zamawiający – Wojewódzki Szpital Psychiatryczny im. prof. Tadeusza Bilikiewicza w Gdańsku - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), dalej jako: „ustawa” lub „Pzp” postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest usługa kompleksowego sprzętania, dezynfekcji, transportu wewnętrznego, gospodarowania bielizną z jednoczesnym przejęciem od zamawiającego na podstawie art. 23¹ kodeksu pracy pracowników zatrudnionych na stanowiskach związanych z wykonywaniem przedmiotu zamówienia.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 10 maja 2013 r., pod numerem 2013/S 090-153224.

Wartość zamówienia jest większa niż kwota wskazana w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

3 lipca 2013 r. zamawiający poinformował o wyborze najkorzystniejszej oferty złożonej przez EVER Grupa Sp. z o.o. w Warszawie, w związku z czym 12 lipca 2012 r. Impel Cleaning Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu wniósł odwołanie

Zachowany został obowiązek przekazania zamawiającemu kopii odwołania.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 7 ust. 1 i 3 Pzp przez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców,
- 2) art. 8 ust. 1-3 Pzp, przez zaniechanie odtajnienia oferty EVER Grupa Sp. z o.o. w Warszawie;
- 3) art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez EVER Grupa Sp. z o.o. w Warszawie jako zawierającej rażąco niską cenę do przedmiotu zamówienia a ponadto stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji;
- 4) art. 91 ust 1 Pzp przez wadliwy wybór oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący wniósł o uchylenie czynności wyboru jako najkorzystniejszej w postępowaniu oferty złożonej przez EVER Grupa Sp. z o.o. w Warszawie i o nakazanie zamawiającemu odtajnienia oferty EVER Grupa Sp. z o.o. w Warszawie, powtórzenia czynności badania i oceny ofert, odrzucenia oferty złożonej przez EVER Grupa Sp. z o.o. w Warszawie i dokonania ponownej oceny ofert i wybór najkorzystniejszej oferty spośród niepodlegających odrzuceniu ofert złożonych przez wykonawców niewykluczonych z postępowaniu i dokonania wyboru jako najkorzystniejszych w postępowaniu oferty złożonej przez odwołującego.

W uzasadnieniu odwołujący postawił również zarzut naruszenia art. 90 ust 1 Pzp przez zaniechanie przez zamawiającego wezwania EVER Grupa Sp. z o.o. w Warszawie do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Podniósł, że oferta EVER Grupa Sp. z o.o. w Warszawie zawiera rażąco niską cenę z powodu niedoszacowania kosztów osobowych wynagrodzenia pracowników), materiałów i sprzętu (środków niezbędnych do utrzymania czystości, niezbędnego sprzętu, prania mopów), co uzasadniała kalkulacjami własnymi, i w konsekwencji jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji o którym mowa w art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 ze zm.), który stanowi, że czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców.

Odwołujący ocenił, że zaoferowanie przez EVER Grupa Sp. z o.o. w Warszawie ceny rażąco niskiej, stanowi *de facto* sprzedaż usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia.

Uzasadniając zarzut bezpodstawnego zaniechania „odtajnienia” oferty EVER Grupa Sp. z o.o. w Warszawie w zakresie wykazu usług oraz referencji, odwołujący wskazał, że informacje te dotyczą prawdopodobnie kontraktów jawnych z mocy prawa, a przyjmując nawet, że zamówienia te są objęte klauzulą tajności, to okoliczność należytego ich wykonania lub wykonywania nie jest informacją, do której dostęp może zostać ograniczony z jakichkolwiek obiektywnych powodów tzn. uzasadnionych interesem stron lub państwa albo potrzebą ochrony technologii, metodyki, budowy. Podkreślił, że tylko obiektywne powody, w postępowaniu o zamówienie publiczne, stanowić mogą przyczynę odmowy odtajnienia. Podniósł, że zaniechanie odtajnienia części oferty uniemożliwia odwołującemu ocenę, czy wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Odwołujący wywodził, że skoro usługi spełniające wymogi zamawiającego w zakresie wiedzy i doświadczenia, realizowane są w przeważającej większości na rzecz podmiotów zobowiązanych do ogłaszania o udzielonych zamówieniach w ustalonych prawem publikatorach np. w Dzienniku Unii Europejskiej, to wysoce wątpliwym jest, czy dokonane zastrzeżenie jest prawidłowe i uzasadnione.

EVER Grupa Sp. z o.o. w Warszawie przystąpiła do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz obowiązek przekazania kopii przystąpienia zamawiającemu i odwołującemu. Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania.

Przed otwarciem rozprawy zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania.

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

Izba ustaliła i 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, utraty spodziewanych korzyści związanych z zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Izba, rozpoznając odwołanie w granicach zarzutów podniesionych w odwołaniu, uznała, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba uznała, że zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp oraz wywodzony z twierdzenia o wskazaniu w ofercie przez przystępującego ceny rażąco niskiej zostały podniesione przedwcześnie. W orzecznictwie Izby, Sądów Okręgowych oraz w doktrynie ugruntowany jest pogląd, że przed odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp zamawiający zobligowany jest zwrócić się do wykonawcy o wyjaśnienie elementów oferty mających wpływ na jej cenę zgodnie z art. 90 ust. 1 Pzp. Dopiero brak wyjaśnień wykonawcy lub złożenie wyjaśnień niewystarczających, potwierdzających zaistnienie ceny rażąco niskiej uzasadnia odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w związku z art. 90. Pogląd ten ma oparcie w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości.

Trybunał Sprawiedliwości w wyroku z 29 marca 2012 r (sygn. akt C-599) wskazał, że zaistnienie, w odpowiednim momencie procedury badania ofert, skutecznej debaty na zasadzie kontradyktoryjności pomiędzy instytucją zamawiającą a wykonawcą, aby mógł on wykazać, że jego oferta jest poważna, stanowi wymóg dyrektywy 2004/18 mający zapobiec arbitralności instytucji zamawiającej i zagwarantować konkurencję między przedsiębiorstwami na zdrowych zasadach.

W tym stanie rzeczy przedmiotem sporu może być wyłącznie kwestia, czy zamawiający zobligowany był zwrócić się do przystępującego w trybie art. 90 ust. 1 Pzp. Zgodnie z zasadami postępowania dowodowego ciężar dowodu co do zaistnienia okoliczności uzasadniających konieczność uzyskania wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na jej cenę spoczywa w całości na odwołującym (art. 6 k.c., art. 190 ust.1 Pzp).

W ocenie Izby odwołujący nie sprostował obowiązkowi dowodowemu.

Wskazując na rażąco niską cenę w ofercie przystępującego, odwołujący odnosił ją przede wszystkim do ceny własnej oferty i prezentowanej w uzasadnieniu odwołania oraz na

rozprawie kalkulacji kosztów wykonania usługi. Tymczasem punktem odniesienia przy ocenie prawdopodobieństwa wskazania ceny rażąco niskiej powinien być przedmiot zamówienia, w tym jego wartość, z uwzględnieniem wymagań zamawiającego, co do wykonania zamówienia. Innym wypracowanym przez orzecznictwo kryterium badania ceny oferty jest jej odniesienie do średniej ceny ofert najbardziej zbliżonych cenowo.

Na podstawie akt postępowania Izba ustaliła, że zamawiający oszacował wartość przedmiotu zamówienia bez przewidywanych zamówień uzupełniających na kwotę: 3.100.000 zł netto. Podstawą szacunku dokonanego 12 kwietnia 2013 r. była średnia cena rynkowa oraz ceny zeszłoroczne płacone przez zamawiającego powiększone o średnioroczny wzrost cen towarów i usług. Kwota podana przez zamawiającego przed otwarciem ofert to 4.182.000 zł brutto.

W postępowaniu złożono oferty z cenami odpowiednio:

1. przystępujący – 4.848.660 zł brutto;
2. odwołujący – 5.225.040 zł brutto;
3. Konsorcjum Spółdzielnia Inwalidów Naprzód – 6.117.080, 08 zł brutto;
4. Agencja Ochrony Sekret Sp. zo.o. – 7.518.030,65 zł brutto;
5. Konsorcjum Clar System – 7.664.864, 90 zł brutto.

Izba nie dopatrzyła się podstaw do przyjęcia, że wartość przedmiotu zamówienia nie została ustalana przez zamawiającego z należytą starannością – stosownie do dyspozycji art. 32 ust. 1 Pzp. Zatem ta wartość powiększona o wartość podatku od towarów i usług, powinna stanowić punkt odniesienia dla wykonawcy, który próbuje wykazywać rażąco niską cenę w ofercie konkurenta. Taka próba nie została w ogóle podjęta przez odwołującego, który nie kwestionował wprost szacunku dokonanego przez zamawiającego. Dostrzec trzeba przy tym, że zarówno oferta przystępującego, jak i oferta odwołującego zawierały ceny wyższe, niż szacunek dokonany przez zamawiającego.

Odwołujący w toku postępowania odwoławczego nie podjął też próby porównania ceny oferty przystępującego do cen rynkowych, za punkt odniesienia przyjmując jedynie dokonane przez siebie szacunki. Izba oceniła, że brak jest podstaw do przyjęcia, że szacunki te odnoszą się do wartości rynkowych i za wartości mniejsze - mając na względzie organizację przedsiębiorstwa wykonawcy, sposób wykonania usługi, posiadany przez wykonawcę sprzęt, umowy zawarte z dostawcami środków czystości, koszty ogólnozakładowe - nie ma możliwości wykonania przedmiotu zamówienia z należytą starannością.

Różnica między ceną oferty przystępującego a odwołującego wynosiła ok. 7%. W ocenie Izby różnica ta nie potwierdza możliwości wskazania przez przystępującego ceny rażąco niskiej. Jej źródłem może być zakładany poziom zysku, wspomniane wyżej indywidualne uwarunkowania wykonawcy lub przyjęcie przez odwołującego założenia, że koszty osobowe w całym okresie obowiązywania umowy kształtować się będą na takim samym poziomie.

Założenie to nie jest prawidłowe w świetle argumentacji prezentowanej w uzasadnieniu i na rozprawie przez odwołującego. Odwołujący pominął bowiem niesporną okoliczność, że aktualne warunki pracy i płacy przejętych pracowników mogą zostać wypowiedziane po upływie pierwszego roku obowiązywania umowy, a w czasie tego pierwszego roku umowa o pracę wygasa 6 przejętym pracownikom. Izba uznała, że warunki płacowe wynikające z kolejnych ewentualnie zawartych umów muszą być co najmniej tak samo korzystne, jak obowiązujące obecnie.

Za całkowicie gołosłowne Izba uznała również przyjęte przez odwołującego kalkulacje niezbędnych środków czystości, urządzeń oraz prania mopów.

Zarzut naruszenia art. 90 ust. 1 Pzp nie znalazł potwierdzenia.

Konsekwencją uznania, że przystępujący nie wskazał w swej ofercie ceny rażąco niskiej jest przyjęcie, że złożenie oferty przez przystępującego nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Odwołujący powoływał art. 15 ust. 1 pkt 1 tej ustawy wskazując na skalkulowanie ceny oferty przystępującego poniżej kosztów wytworzenia usługi. Twierdzenie to pozostało jednak bez jakiegokolwiek dowodu.

Odnosząc się kolejno do zarzutu zaniechania „odtajnienia” oferty przystępującego Izba uznała go za niezasadny. Izba ustaliła w tym względzie, że część wykazu i referencje objęte tajemnicą przedsiębiorstwa dotyczą usług wykonywanych na rzecz podmiotu prywatnego, poza reżimem ustawy. Zdaniem Izby informacje tam zawarte posiadają walor tajemnicy przedsiębiorstwa o której stanowi art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Wszystkie elementy tajemnicy przedsiębiorstwa, na które wskazuje się w tym przepisie oraz w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 3 października 2000 r. (sygn. akt: I CKN 304/00) zostały wypełnione. Izba stwierdziła, że zastrzeżone informacje mają wartość gospodarczą i nie zostały podane do publicznej wiadomości, co również zweryfikował zamawiający występując do podmiotu na rzecz którego usługa ta była wykonywana. W stosunku do informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa podjęto działania mające na celu zachowanie poufności, na co wskazał przystępujący, podając, że do informacji tych mają dostęp wybrani pracownicy zobowiązani do ich nieudostępnienia.

Izba uznała zatem zarzut za niepotwierdzony, mając też na względzie, że żaden przepis ustawy nie statuuje powinności zamawiającego dokonania badania zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, zatem ewentualne zaniechania zamawiającego w tej mierze nie mogą prowadzić do uwzględnienia zarzutu w sytuacji, gdy dokonanie zastrzeżenia odpowiada prawu.

W tym stanie rzeczy, Izba na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze Pzp orzekła jak w sentencji. O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 oraz 10 Pzp, stosownie do wyniku postępowania. Izba uwzględniła koszty poniesione przez zamawiającego związane z

zastępstwem w postępowaniu odwoławczym – opłaty skarbowej, dojazdu na posiedzenie i noclegu. Izba uznała je za uzasadnione stosownie do § 3 pkt 2) lit. a 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 w sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: