

Sygn. akt: KIO 2455/16

WYROK
z dnia 17 stycznia 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 stycznia 2017 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 grudnia 2016 r. przez wykonawcę I.C. Sp. z o.o. we (...) w postępowaniu prowadzonym przez S.R.K. S.A. w (...)

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu powtórzenie badania i oceny ofert i odrzucenie oferty złożonej przez wykonawcę Ł.-K. M. i P.K. Sp. j. w (...) na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 Prawa zamówień publicznych.

2. Kosztami postępowania obciąża S.R.K. S.A. w (...) i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy), uiszczoną przez wykonawcę I.C. Sp. z o.o. we (...) tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od S.R.K. S.A. w (...) na rzecz I.C. Sp. z o.o. we (...) kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych, zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015, poz. 2164 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:

Uzasadnienie

I. S.R.K. S.A. w (...) (zwana dalej Zamawiającym), prowadzi postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego pn. „Kompleksowa usługa w zakresie utrzymania czystości i porządku na terenie i w obiektach dla Oddziałów S.R.K. S.A. na 2017 rok. Część I: Centralny Zakład Odwadniania Kopalń.”

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym WE z dnia 30 lipca 2016 r., poz. 2016/S 146-264788 Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015, poz. 2164 z późn. zm.; dalej: Prawo zamówień publicznych).

W dniu 27 grudnia 2016 r. wykonawca I.C. Sp. z o.o. we (...) (dalej: Odwołujący) wniósł odwołanie, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów w zakresie Części I:

- 1) art. 7 ust. 1 i 3 Prawa zamówień publicznych poprzez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców przy ocenie złożonych ofert i czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 2) art. 89 ust. 1 pkt. 3 i 4 oraz 6 Prawa zamówień publicznych poprzez zaniechania odrzucenia oferty uznanej za najkorzystniejszą, złożonej przez wykonawcę Ł.-K. M. i P.K. Sp. j. w (...) (dalej: Wykonawca), z uwagi na fakt, że zawiera rażąco niską cenę oraz jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji oraz stanowi błąd w obliczeniu ceny.
- 3) art. 91 ust 1 w związku z art. 90 ust. 1-3 Prawa zamówień publicznych poprzez wadliwy wybór oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący uzasadnił swoje zarzuty następująco:

Odwołujący przede wszystkim podnosił, iż udzielone przez Wykonawcę wyjaśnienia rażąco niskiej ceny nie spełniają warunków opisanych w przepisie art. 90 ust. 1-3 Prawa zamówień publicznych. Podkreślał, iż złożone przez Wykonawcę wyjaśnienia rażąco niskiej ceny są pobieżne i nieudowodnione, gdyż wbrew obowiązкови wynikającemu z wezwania Zamawiającego oraz przepisu art. 90 ust. 1 Prawa zamówień publicznych Wykonawca nie przedstawił w załączeniu do przedmiotowego pisma żadnych dowodów na potwierdzenie swojego stanowiska. W szczególności Odwołujący wskazywał, iż Wykonawca nie przedstawił żadnych dokumentów potwierdzających fakt zatrudnienia 24 osób niepełnosprawnych ze

stopniem niepełnosprawności umiarkowanym oraz dokumentów potwierdzających uzyskanie pomocy publicznej w postaci dofinansowania z PFRON do wynagrodzenia tych osób. Wykonawca nie przedstawił żadnych dowodów dotyczących dysponowania sprzętem niezbędnym przy sprzątanii powierzchni wewnętrznych oraz zewnętrznych. Wykonawca nie udowodnił, że posiada taki sprzęt i że nie będzie ponosił żadnych dodatkowych kosztów ich zakupu. Brak również informacji o kosztach poszczególnych środków czystości, przewidzianych do wykonania usługi, gdyż Wykonawca ograniczył się wyłącznie do podania kwoty ogólnej 3:500 zł za miesiąc.

Odwołujący podkreślał, iż Zamawiający dokonując oceny wyjaśnień winien weryfikować poszczególne założenia kalkulacji Wykonawcy i nie może bezrefleksyjnie akceptować braku takich informacji.

Wykonawca przedstawiał liczbę roboczogodzin na poziomie 3806 rbh, co w świetle specyfikacji istotnych warunków zamówienia jest niewystarczające, gdyż wymagane przez Zamawiającego roboczogodziny w Załączniku nr 2 do SIWZ tylko dla pomieszczeń oraz łaźni to 3820 rbh. Ilości, które przedstawia Wykonawca w wyjaśnieniach są za małe o 14 godzin dla pomieszczeń oraz łaźni. Dodatkowo zauważyć należy, iż z wyjaśnień wynika, że wybrany Wykonawca nie przewidział żadnych dodatkowych roboczogodzin na teren zewnętrzny.

Oferta Wykonawcy powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 i 6 Prawa zamówień publicznych z uwagi na to, że w ofercie wykonawcy znajduje się błąd w obliczeniu ceny polegający na przeniesieniu większości kosztów usługi przez wykonawcę z usług opodatkowanych stawką VAT 23% (dotyczy pomieszczeń i łaźni) do kosztów związanych z usługami opodatkowanymi stawką VAT 8% (dotyczy terenów zewnętrznych). Pokreślić należy, iż Wykonawca podzielił VAT w proporcjach 60/40 (23%/8%), co doprowadziło do „sztucznego” obniżenia ceny brutto wynagrodzenia. Odwołujący stwierdza, iż usługa na terenie zewnętrznym jest bardzo mała od 120 do 350 m² powierzchni w 6 lokalizacjach. Tytułem przykładu dla pompowni Saturn Zamawiający przewidział 2258,49 m² dla pomieszczeń, 250m² dla łaźni i zaledwie 350m² dla terenów zewnętrznych. Wykonawca zaś kalkulując cenę dla tej lokalizacji zaproponował cenę 2640 zł dla pomieszczeń 1640 zł. dla łaźni i aż 6150 zł dla terenów zewnętrznych. W pozostałych lokalizacjach Wykonawca przedstawił podobny sposób kalkulacji ceny ofertowej.

Jak widać z porównania oferty Wykonawcy z Odwołującym lub innymi uczestnikami przetargu różnica pomiędzy wartością brutto, a wartością netto ceny ofertowej wybranego Wykonawcy jest znacząca. Stanowi wynik kreatywnego zastosowania przez wykonawcę stawki podatku VAT 8%, oraz stawki podatku VAT 23% w stosunku do czynności objętych opisem przedmiotu zamówienia.

Oferta wybranego Wykonawcy powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 i 6 ustawy z uwagi na to, że w ofercie wykonawcy znajduje się błąd w obliczeniu ceny

polegający przyjęciu przez wykonawcę modelu kształtowania ceny, który polegał na przeliczeniu kosztów wykonania usług podlegających 23% VAT do tego elementu ceny, podlegającym 8% VAT, aby uzyskać niższą cenę oferty i wyeliminować konkurentów.

W konsekwencji oferta Wykonawcy powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz art. 6 ust. 1 pkt 7) ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów.

Złożone w postępowaniu wyjaśnienia Wykonawcy tylko potwierdzają, że jego oferta powinna zostać odrzucona.

Zamawiający w niniejszym postępowaniu winien w trybie art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 90 ust. 3 Prawa zamówień publicznych odrzucić ofertę Wykonawcy, ponieważ oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a dokonana ocena wyjaśnień złożonych przez Wykonawcę potwierdza brak możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego.

Tytułem przykładu Odwołujący wskazywał, iż w ofercie w formularzu cenowym Wykonawca stwierdza, że dla pomieszczeń i łaźni w pompowni Saturn oferuje odpowiednio 2640 PLN i 1640 PLN, co oznacza, że jedna osoba będzie otrzymywać wynagrodzenie na poziomie 820 PLN. W wyjaśnieniach zaś Wykonawca stanowi, iż wynagrodzenie pracownika stanowi 875 PLN - co stanowi różnicę między 2000 PLN i 1125 PLN (wartość dofinansowania z PFRON). Jak widać, wynagrodzenie z oferty będzie niższe o wiele od wynagrodzenia z kalkulacji.

Odwołujący podkreślał, że środki, które Wykonawca zaplanował w swoim formularzu cenowym na tereny wewnętrzne są niewystarczające dla zapewnienia wskazanej przez Zamawiającego obsady w pomieszczeniach wewnętrznych - nawet biorąc pod uwagę osoby z umiarkowanym stopniem niepełnosprawności - jak przedstawiał w swoich wyjaśnieniach.

Zamawiający dla terenów zewnętrznych nie określił koniecznej liczby osób pozostawiając to wykonawcy, ponieważ jak określił w SIWZ jest to "doraźne sprzątnięcie" z małą częstotliwością i niemożliwą do zaplanowania na etapie składania oferty: koszenie ("zależy od porostu"), odśnieżanie, zbieranie śmieci i grabienie liści. Ta usługa jest bardzo mała w stosunku do całego zamówienia.

Odwołujący podnosił, że przepis art. 90 ustawy stanowi wyjątkowy instrument prawny, który poprzez przeniesienie ciężaru dowodzenia ze strony stawiającej zarzut na stronę, której zarzut został postawiony. To nie Zamawiający ma udowodnić, że istnieje przesłanka do odrzucenia oferty Wykonawcy. Ciężar udowodnienia braku istnienia przesłanek do odrzucenia oferty spoczywa na Wykonawcy, zaś Zamawiający decyduje, czy Wykonawca będzie zobligowany takie dowód przeprowadzić czy też nie.

W konsekwencji Odwołujący stwierdzał, iż cena zaproponowana przez wybranego Wykonawcę w jego ofercie ma charakter rażąco niski. Cena ofertowa jest niewiarygodna i nierealistyczna w porównaniu do pozostałych ofert złożonych w postępowaniu, cen rynkowych podobnych zamówień, jak również kwoty, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na finansowanie zamówienia.

Deklaracja Wykonawcy w zakresie realizacji niniejszego zamówienia za powyższą cenę grozi Zamawiającemu nienależytym wykonaniem lub niewykonaniem zamówienia w przyszłości. Kalkulacja wynagrodzenia na takim poziomie stanowi bezspornie czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisu art. 15 ust. 1 pkt 1) ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2003r. nr 153, poz. 1503 z późn. zm.). Przepis ten stanowi, iż czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odsprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców. Ponadto działaniem spełniającym przesłanki uznania danego działania przedsiębiorcy za czyn nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy. Jeżeli działania podejmowane przez przedsiębiorcę lite wynikają z istoty konkurencji, lecz są podejmowane w celu utrudnienia dostępu do rynku i przy pomocy środków niezajdujących usprawiedliwienia w mechanizmie wolnej konkurencji, stanowią one czyn nieuczciwej konkurencji.

W rezultacie Odwołujący stwierdza, iż wybór przez Zamawiającego w/w oferty całkowicie świadczy o naruszeniu obowiązujących reguł i mechanizmów oraz zasad, które Zamawiający sam ustalił.

W związku z powyższym Odwołujący wnosil o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert.

Zamawiający nie uwzględnił zarzutów podniesionych w odwołaniu.

Do postępowania odwoławczego nikt nie zgłosił przystąpienia.

II. Nie stwierdzono zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 189 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, wobec czego rozpoznano odwołanie na rozprawie.

Odwołującemu przysługuje prawo do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, bowiem ma interes w uzyskaniu danego zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku ewentualnego naruszenia przez Zamawiającego Prawa zamówień publicznych.

Po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania i stanowiskami Stron, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje: odwołanie należy uwzględnić.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że zasadniczym zarzutem odwołania było naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 3 Prawa zamówień publicznych – Odwołujący zarzucał, że oferta Wykonawcy konkurencyjnego powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Prawa zamówień publicznych, ponieważ zaoferowano w niej rażąco niską cenę, a złożone w tym zakresie wyjaśnienia Wykonawcy są lakoniczne i niewystarczające, co prowadzi do odrzucenia oferty z powodu rażąco niskiej ceny zgodnie z art. 90 ust. 3 Prawa zamówień publicznych. Pozostałe zarzuty naruszeń przepisów prawa były konsekwencją tak sformułowanego zarzutu.

I tak, rozpatrując zasadniczy zarzut odwołania, Izba doszła do wniosku, że Odwołujący trafnie postawił i zarzut, i żądanie odrzucenia oferty Wykonawcy z powodu rażąco niskiej ceny, w związku ze złożeniem lakonicznych wyjaśnień w tej kwestii.

Izba ustaliła, że wyjaśnienia Wykonawcy z dnia 19 października 2016 r. są niewystarczające: zawarto je na dwóch stronach, które nie wskazują na żadne zobiektywizowane, a równocześnie poparte dowodami okoliczności, pozwalające na ustalenie, że cenę zaoferowano na odpowiednim poziomie. Wobec tego wyjaśnienia nie można uznać za nic innego, jak tylko rozbicie ceny ofertowej na poszczególne składniki. Takie działanie nie może być uznane za wystarczające wyjaśnienia, ponieważ wskazane w ten sposób kwoty częściowe nie są poparte żadnymi dowodami. Nie udowodniono zatrudniania wyłącznie osób niepełnosprawnych na umowę o pracę, wysokości kosztów administracyjnych, ani podstaw do wyliczenia średniego miesięcznego zużycia środków czystości. Okoliczności, na które powołuje się Wykonawca, powinny być udowodnione za pomocą dowolnych środków dowodowych – ustawodawca pozostawił wykonawcy wybór w tym zakresie. W ocenie Izby nie ma znaczenia, że ten właśnie Wykonawca obecnie realizuje umowę u Zamawiającego i Zamawiający zna jego sytuację. Gdyby zaakceptować taki pogląd, to wezwanie do wyjaśnień rażąco niskiej ceny byłoby wyłącznie pozbawioną znaczenia formalnością. Wykonawca powinien odpowiedzieć na wezwanie w sposób pełny i wyczerpujący. Choć kompletność wyjaśnień ocenia się każdorazowo w okolicznościach danej sprawy, to jednak powinny one zawierać opis takich zobiektywizowanych okoliczności, wraz z dowodami na ich potwierdzenie, aby można było na ich podstawie zweryfikować ich prawidłowość. Analiza wyjaśnień ma umożliwić ocenę, czy doszło do zaoferowania ceny na poziomie rażąco niskim, przede wszystkim Zamawiającemu, ale również - ze względu na zasadę transparentności postępowania - wykonawcom, którzy złożyli oferty droższe. Ponieważ w ocenie składu orzekającego wyjaśnienia Wykonawcy nie pozwalały na stwierdzenie, że zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niska, to oferta ta podlegała odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 Prawa zamówień publicznych, dlatego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 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 i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....