

Sygn. akt: KIO 2578/13

WYROK

z dnia 14 listopada 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Dagmara Gałczewska-Romek**

Protokolant: **Paweł Nowosielski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 listopada 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 listopada 2013 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Impel Cleaning sp. z o.o., Hospital Service „Company” sp. z o.o. sp. k., ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław** w postępowaniu prowadzonym przez **Samodzielny Publiczny Zespół Opieki Zdrowotnej w Kościanie, ul. Szpitalna 7, 64-000 Kościan,**

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Clar System S.A., Hospital System Sp. z o.o., ul. Janickiego 20b, 60-542 Poznań** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

przy udziale wykonawcy **NIRO Sp. z o.o., ul. Ścinawska 37, 59-300 Lublin** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Impel Cleaning sp. z o.o., Hospital Service „Company” sp. z o.o. sp. k., ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław** i 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: Impel Cleaning sp. z o.o., Hospital Service „Company” sp. z o.o. sp. k., ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław** 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) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Poznaniu.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający - Samodzielny Publiczny Zespół Opieki Zdrowotnej w Kościanie prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest Specjalistyczne sprzątnie w pomieszczeniach Szpitala i terenów zewnętrznych. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 13 września 2013 roku pod poz. 2013/S 178-307329.

W dniu 5 listopada 2013 roku odwołujący – wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Impel Cleaning Sp. z o.o. oraz Hospital Servis Company Sp. z o.o. wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie na czynności i zaniechania zamawiającego polegające na naruszeniu następujących przepisów ustawy:

1. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp przez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;
2. art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 w związku z art. 90 ust. 1-3 ustawy Pzp przez zaniechanie przez zamawiającego wezwania wybranego wykonawcy: Konsorcjum: Clar System S.A. i Hospital System sp. z o.o.- do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny oraz zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez tego wykonawcę jako zawierającej rażąco niską cenę do przedmiotu zamówienia, a ponadto stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji;
3. art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 w związku z art. 90 ust. 1-3 ustawy Pzp przez zaniechanie przez zamawiającego wezwania wykonawcy: Niro sp. z o.o. - do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny oraz zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez tego wykonawcę jako zawierającej rażąco niską cenę do przedmiotu zamówienia, a ponadto stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji;
4. art. 91 ust 1 ustawy Pzp poprzez wadliwy wybór oferty najkorzystniejszej

W uzasadnieniu stawianych zarzutów odwołujący podniósł, w dniu 25 października 2013 r. na podstawie przekazanego przez Zamawiającego zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej (pismo nr SPZOZEPII/23/17/13 z dnia 25 października 2013 r.), powziął informację, że wyborze oferty najkorzystniejszej. W ocenie Odwołującego, czynność dokonana przez Zamawiającego jest bezpodstawną i nie znajduje uzasadnienia w stanie faktycznym Ceny zaoferowane przez wybranego Wykonawcę oraz Wykonawcę, którego oferta została oceniona jako druga, znacznie odbiegają od wartości szacunkowej zamówienia jak również od oferty Odwołującego złożonej w Postępowaniu oraz kwoty, którą Zamawiający przeznaczył na realizację zamówienia. Wybrany wykonawca zaoferował realizację zamówienia za kwotę 5.342.357,28 zł. brutto podczas gdy Zamawiający, w treści

ogłoszenia o zamówieniu, jako wartość szacunkową zamówienia podał kwoty w zakresie od 5.800.000,00 do 6.800.000,00 zł netto. Kwota, którą Zamawiający przeznaczył na realizację zamówienia wynosi: 6 .987. 470,54 zł brutto. Tym samym badając proporcję zaoferowanej ceny do kwoty, którą została przeznaczona na realizację zamówienia a dalej do wartości szacunkowej zamówienia bezspornym jest, że wybrany Wykonawca złożył ofertę na poziomie 76% wartości kwoty przeznaczonej na realizację zamówienia. Wykonawca, którego oferta oceniona została jako druga, zaoferował realizację zamówienia za kwotę: 5.544.947,04 zł. brutto. Wskazana cena ofertowa stanowi 79% wartości kwoty przeznaczonej na realizację zamówienia. Cena zaoferowana przez Odwołującego wynosi 6.665.080,80 zł. brutto i stanowi 95% ww. wartości przeznaczonej na realizację zamówienia. Oferta wybranego Wykonawcy jak i Wykonawcy, którego oferta została oceniona jako druga, nie zawierają informacji, w tym kalkulacji, pozwalających przyjąć, że ww. Wykonawcy zastosowali szczególnie oszczędne metody wykonania zamówienia, specyficzne rozwiązania techniczne lub, że znajdują się w wyjątkowo sprzyjających warunkach wykonywania zamówienia. W związku z powyższym, jak również z uwagi na okoliczność, iż w ustalonym stanie faktycznym sprawy, dysproporcja w cenie ofert wskazanych Wykonawców, względem zarówno szacunkowej wartości przedmiotu zamówienia oraz kwoty, którą Zamawiający przeznaczył na realizację zamówienia, jak i rynkowych cen wykonania rzeczonożego zadania, stanowi podstawę dla wniosku, iż są to ceny nierealistyczne, uniemożliwiające w aktualnych warunkach gospodarczych realizację przedmiotowego zamówienia. W ocenie Odwołującego ww. ceny, z uwagi na brak jakichkolwiek czynników wpływających na ich „okazyjność” oraz ze względu rzeczywistą wartość rynkową umowy o zamówienie publiczne ustaloną przez Zamawiającego jako wartość szacunkowa, skalkulowane zostały poniżej kosztów wykonywania przedmiotowych usług. Błędny jest zdaniem Odwołującego stanowisko, że skalkulowane w sposób prawidłowy, a więc uwzględniający wszelkie ryzyka i koszty wykonania zadania, oferty Wykonawców działających w tych samych warunkach gospodarczych, mogą różnić cenowo na poziomie około 20 procentowym. Odwołujący podnosi, że przedstawione powyżej okoliczności, potwierdzają, że metoda, którą ww. Wykonawcy przyjęli, konkurując o udzielenie zamówienia, czyni ich oferty niewiarygodnymi i nierealistycznymi a nadto działania takie stanowią czyn nieuczciwej konkurencji. Ponadto, zgodnie z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j.: Dz. U. z 2003 r. Nr 153. poz. 1503, ze zm.) 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. Zaoferowane przez ww. Wykonawców ceny za realizację zamówień, w ocenie Odwołującego rażąco niskie, stanowi de facto

sprzedaż usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia, co wypełnia dyspozycję przepisu art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Odwołujący podkreśla, iż przedstawione stanowisko potwierdza opinia Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 4 lutego 2003 r., którą zacytował w treści odwołania. zaoferowane przez ww. Wykonawców ceny, są rażąco niskie gdyż nie obejmują nawet kosztów pracowniczych. Zamawiający w ogłoszeniu III.2.1 3), w SIWZ punkt VI. 1.3 oraz w załączniku nr 11 żądał od Wykonawców zapewnienia do wykonania zamówienia 83 osób w pełnym etacie. W związku z powyższym oferta każdego z Wykonawców biorących udział w Postępowaniu powinna uwzględniać przynajmniej ww. koszty pracownicze. Oferty wybranego Wykonawcy oraz Wykonawcy, którego oferta oceniona została jako druga, nie uwzględniają przedmiotowych kosztów w pełnym wymiarze. Odwołujący podnosi, iż kwota 111.299,11 zł brutto miesięcznie za jaką zamierza realizować usługę wybrany Wykonawca jest niższa od kwoty, za którą aktualnie ww. Wykonawca świadczy usługę na rzecz Zamawiającego. Obecnie wynagrodzenie wybranego Wykonawcy za realizację przedmiotowego zamówienia wynosi 133.000,00 zł. brutto miesięcznie. W związku z powyższym, jak również z uwagi na okoliczność, że zakres przedmiotowego zamówienia względem dotychczas realizowanej usługi nie uległ zmniejszeniu a obiektywne koszty prowadzenia działalności gospodarczej są wyższe niż w latach poprzednich (inflacja, koszty pracownicze, podatki np. podatek VAT), to wobec wybranego Wykonawcy teza o rażąco niskiej ofercie, znajduje dodatkowe uzasadnienie. Powołując się na orzeczenie KIO, odwołujący podniósł, że czynność polegająca na badaniu ceny oferty w kontekście rażąco niskiej ceny, dokonywana być powinna w odniesieniu do wartości zamówienia, cen zaoferowanych przez innych Wykonawców oraz cen rynkowych przedmiotu zamówienia, to w opinii Odwołującego uznać należy, że Zamawiający w postępowaniu uchybił przepisowi art. 90 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż cena dwóch pierwszych ofert jest blisko o 20% wyższa od ostatniej oferty w Postępowaniu. Ponadto ww. ceny dwóch pierwszych ofert są znacznie niższa od szacunkowej wartości zamówienia oraz kwoty, którą Zamawiający przeznaczył na realizację zamówienia. Ponadto, w związku z przedstawionymi powyżej i ujawnionymi dysproporcjami w zakresie wysokości skalkulowanych wynagrodzeń, w opinii Odwołującego spełnia się przesłanka, o której mowa w art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, obligująca Zamawiającego do przeprowadzenia procedury wyjaśniającej w zakresie elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Wątpliwości, o których mowa powyżej, zgodnie z ugruntowanym już stanowiskiem doktryny i orzecznictwa, nie mogą być arbitralnie, z pominięciem procedury opisanej w art. 90 ustawy Prawo zamówień publicznych, rozstrzygane przez Zamawiającego, na korzyść Wykonawcy, który złożył ofertę z najniższą ceną a tym samym najkorzystniejszą. Zamawiający udzielając zamówienia publicznego, a więc de facto dysponując środkami publicznymi i działając w

celu zaspokojenia potrzeb ludności, zobligowany jest mieć pewność, że wybrany Wykonawca daje rękojmię należytego wykonania zamówienia a złożona przez niego oferta jest ofertą realistyczną, gwarantującą świadczenie usługi zgodnie ze standardem wskazanym w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Niedopuszczalnym jest w ocenie Odwołującego, nie tylko z uwagi na treść i znaczenie podstawowych zasad Prawa zamówień publicznych wyrażonych w art. 7 ustawy, ale również z uwagi na cel, któremu służyć ma prawidłowe procedowanie o udzielenie zamówienia publicznego, zaniechanie przez Zamawiającego, jakiegokolwiek czynności wskazanej w ustawie Prawo zamówień publicznych służącej wyborowi oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu: 1) uchylenia czynności wyboru jako najkorzystniejszej w postępowaniu oferty złożonej przez Konsorcjum: Clar System S.A i Hospital System sp. z o.o. 2) powtórzenia czynności badania i oceny ofert, w szczególności w zakresie wezwania wykonawców: Konsorcjum: Clar System S.A. i Hospital System sp. z o.o., oraz Niro sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp 3) odrzucenia na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt. 3 i 4 ustawy Pzp - ofert złożonych przez wykonawców: Konsorcjum: Clar System S.A. i Hospital oraz Niro sp. z o.o., gdyż: a) zawierają rażąco niską cenę; b) ich złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji; 4) dokonania ponownej oceny ofert i wybór najkorzystniejszej oferty spośród niepodlegających odrzuceniu ofert złożonych przez wykonawców niewykluczonych z postępowania.

Na podstawie dokumentacji akt sprawy oraz mając na uwadze stanowiska stron i uczestnika postępowania złożone do protokołu rozprawy, Izba ustaliła, co następuje:

Zgodnie z dokumentem przedstawionym przez zamawiającego p.n. Szacowanie wartości zamówienia wartość szacunkowa przedmiotowego zamówienia została ustalona na kwotę 5 822 892, 15 zł. Podana w protokole wartość 8 592 921, 85 zł uwzględnia, zgodnie z art. 34 ust. 5 ustawy Pzp, prawo opcji do 20% oraz zamówienia uzupełniające do 50% wartości zamówienia podstawowego. Zamawiający podał, że na realizację zamówienia przeznaczy kwotę 6 987 470, 58 zł.

W postępowaniu złożono 3 oferty z następującymi cenami:

1. konsorcjum: Impel Cleaning Sp. z o.o. oraz Hospital Service Company Sp. z o.o. sp.k. z ceną 6 665 080, 80 zł,
2. Niro Sp. z o.o. z ceną 5 544 947,04 zł.,
3. konsorcjum Clar System S.A. oraz Hospital System Sp. z o.o. z ceną 5 342 357 zł,

Mając na uwadze powyższe, Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega oddaleniu.

Odwołujący posiada interes o którym mowa w art. 179 ust. 1, może także ponieść szkodę na skutek wskazanych w odwołaniu działań i zniechań zamawiającego a szkoda ta przejawia się w braku możliwości uzyskania zamówienia publicznego.

Konieczność przeprowadzenia procedury wyjaśniającej w trybie art. 90 ust.1 i 2 Pzp należy oceniać, mając na uwadze trzy aspekty. Po pierwsze - szacunkowa wartość przedmiotu zamówienia powiększona o podatek od towarów i usług ustalona przez zamawiającego jest znacznie wyższa niż cena zaoferowana przez wykonawcę. Podkreślić należy, że brak określenia w przepisach prawa, jakie różnice powodują konieczność wszczęcia procedury wyjaśniającej. Odwołując się do natomiast do doświadczeń państw Unii Europejskiej istnieje obowiązek wszczęcia procedury wyjaśniającej elementów cenowych oferty, jeśli cena oferty odbiega o 20% od wartości szacunkowej zamówienia publicznego, ustalonej przez zamawiającego. W analizowanym stanie faktycznym wartość szacunkowa zamówienia (bez prawa opcji i zamówień uzupełniających) wynosi 5 822 892,15zł, zaś kwestionowane ceny ofert wynoszą 5 342 357, 28 zł (oferta wybrana) oraz 5 544 947,04 zł. (oferta Niro sp. z o.o.), a zatem różnica wynikająca z porównania cen ofert z wartością szacunkową nie przekracza 20 %. Okoliczność ta powoduje, że można uznać, iż ceny ofert nie odbiegają w sposób znaczący do wartości szacunkowej zamówienia. Po drugie – ceny ofert są znacznie niższe od cen pozostałych ofert złożonych w tym postępowaniu - w oparciu o ugruntowane orzecznictwo wskazać należy, że za znaczącą różnicę przyjmuje się różnicę, gdy cena oferty odbiega o 10 % od średniej ceny grupy ofert o zbliżonych cenach. W analizowanym stanie faktycznym taka okoliczność również nie zachodzi, gdyż ceny dwóch spośród trzech ofert są ofertami z najniższymi cenami zbliżonymi do siebie, zaś oferta odwołującego znacznie odbiega (jest wyższa) do średniej ceny grupy ofert o zbliżonych cenach. Po trzecie - wartość oferty znacznie odbiega od cen rynkowych – odwołujący w tym aspekcie nie przedstawił żadnego dowodu, który uprawdopodobniałby fakt znaczących różnic w cenach kwestionowanych ofert z aktualnymi cenami na rynku. O obowiązujących na rynku cenach świadczą niewątpliwie ceny ofert złożonych w postępowaniu, które są przejawem konkurencji na rynku tego typu usług. Podsumowując, nie zaistniała żadna z przesłanek która zmuszałaby zamawiającego do wszczęcia procedury wyjaśniającej w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

Wskazać także należy, że odwołujący na którym spoczywa ciężar udowodnienia faktów, z których wywodzi korzystne dla siebie skutki prawne nie przedstawił żadnego dowodu potwierdzającego tezę, że ceny ofert wykonawców: konsorcjum Clar System S.A. oraz

Hospital System Sp. zo.o. a także Niro noszą znamiona cen rażąco niskich i zostały skalkulowane w sposób nierzetelny, są cenami niewiarygodnymi, nierealistycznymi i dobiegają w znaczny sposób od cen rynkowych podobnych zamówień. Twierdzenia odwołującego dotyczące przedstawionych w toku rozprawy kalkulacji są gołosłowne i nie odnoszą się w żaden sposób do kalkulacji załączonych do ofert wykonawców, a jedynie do własnych wyliczeń ceny realizacji tej usługi.

Okoliczność, jaką wskazywał odwołujący, że prawo opcji nie było przewidziane w ogłoszeniu o zamówieniu, pozostaje bez znaczenia dla samego oszacowania wartości przedmiotu zamówienia, która co do zasady nie była przez odwołującego kwestionowana.

W toku rozprawy przystępujący konsorcjum Clar System S.A. oraz Hospital System Sp. zo.o. wykazał, że cena jego oferty jest skalkulowana w sposób rzetelny, pokrywa koszty zatrudnienia 83 pracowników na etatach i przewiduje zysk.

Wobec powyższego, Izba oddaliła zarzut naruszenia art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 oraz 7 ust. 1 i 3 i 91 ust. 1 ustawy Pzp.

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, zgodnie z § 1 ust.1 pkt 2, § 3 i § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: