

Sygn. akt: KIO 1580/13

## WYROK

z dnia 17 lipca 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Bogdan Artymowicz**

Protokolant: **Paulina Nowicka**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 lipca 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 czerwca 2013 r. przez wykonawcę **BIO-EKOS Sp. z o. o., Spółka komandytowa, 42-622 Nowe Chechło, ul. Leśna 63**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Gminę Miasta Tychy – Miejski Zarząd Budynków Mieszkalnych w Tychach 43-100, ul. Filaretów 31**,

przy udziale wykonawcy **K..... G..... prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Usługowe "KRYSPIN" K..... G....., ul. Łukasiewicza 28a, 43-241 Łąka**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. oddala odwołanie
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **BIO-EKOS Sp. z o. o., Spółka komandytowa, 42-622 Nowe Chechło, ul. Leśna 63**, i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **BIO-EKOS Sp. z o. o., Spółka komandytowa, 42-622 Nowe Chechło, ul. Leśna 63** tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.2. zasądza od wykonawcy **BIO-EKOS Sp. z o. o., Spółka komandytowa, 42-622 Nowe Chechło, ul. Leśna 63** na rzecz przystępującego **K..... G..... prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Usługowe**

**"KRYSPIN" K..... G....., ul. Łukasiewicza 28a, 43-241 Łąka** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. 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 Katowicach.

**Przewodniczący:** .....

## **Uzasadnienie**

Zamawiający, Gmina Miasto Tychy – Miejski Zarząd Budynków Mieszkalnych prowadzi postępowanie, którego przedmiotem są usługi związane z utrzymaniem terenów zielonych, odśnieżaniem oraz sprzątaniem nieruchomości Gminy Miasta Tychy, administrowanych przez Miejski Zarząd Budynków Mieszkalnych w Tychach.

Pismem z dnia 19 czerwca 2013 r., zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty wskazując jako najkorzystniejszą dla zadania nr 3 ofertę złożoną przez wykonawcę K..... G..... prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Usługowe "KRYSPIN" K..... G..... z siedzibą w miejscowości Łąka, [dalej także, jako „Kryspin”]. Tym samym pismem zamawiający poinformował również, iż w ramach zadania nr 3 odrzucił ofertę wykonawcy BIO-EKOS Sp. z o. o., Spółka komandytowa, z siedzibą w Nowym Chechle [dalej także, jako „Bio-Ekos”].

Wobec powyższych czynności w dniu 28 czerwca 2013 r., odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej złożył wykonawca Bio-Ekos zarzucając zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r., (Dz. U. z 2010 r., nr 113, poz. 759 ze zm.) [dalej także, jako „Pzp”]: art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, art. 90 Pzp oraz art. 91 ust. 1 Pzp w sytuacji, gdy oferta odwołującego nie podlega odrzuceniu, a zamawiający dokonał wadliwej oceny wyjaśnień złożonych przez Odwołującego po wezwaniu Odwołującego do udzielenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, a także czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę Kryspin w sytuacji, gdy oferta odwołującego powinna być wybrana jako najkorzystniejsza.

Odwołujący wnosil o:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 2) unieważnienie czynności odrzucenia jego oferty,
- 3) dokonania wyboru oferty odwołującego, jako najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu swego stanowiska odwołujący podnosił, iż cena jego oferta jest istotnie niższa o 32,70% od wartości zamówienia powiększonej o podatek od towarów i usług, będącej jednocześnie kwotą, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zadania nr 3. Jest także niższa od ceny drugiej oferty złożonej w części 3 zamówienia o 32,30% jednakże nie może to stanowić punktu odniesienia w sytuacji gdy złożono tylko dwie oferty. Odwołujący stwierdził, iż relacja cen ofert do wartości zamówienia powiększonej o VAT rzędu 30% - 60% nie jest niczym nadzwyczajnym i nie musi świadczyć o rażąco niskiej cenie. Odwołujący wskazał, iż gdyby przyjąć do porównania oferty złożone w przedmiotowym postępowaniu w innych częściach które swoim zakresem z wyjątkiem części

6 nie różnią się od części nr 3 to średnia cena ofert wyniosłaby 479 393,71 zł, a stosunek ceny oferty odwołującego do tej średniej to 89,3%, czyli cena oferty odwołującego jest niższa od średniej o 10,7%. Gdyby obliczyć średnią z pominięciem „oferty” najdroższej i najniższej wówczas średnia z czterech pozostałych cen byłaby równa 464 643,65 zł, a odchylenie ceny oferty odwołującego od tak wyliczonej średniej byłoby tym razem równe 7,5%. W ocenie odwołującego tak obliczone średnie mogą być uznane za wyznacznik ceny rynkowej w sytuacji, gdy jako punkt odniesienia zawodzi wartość zamówienia powiększona o VAT. Odchylenie ceny oferty odwołującego od średniej ceny „w dół” o 10,7% (a w przypadku pominięcia cen skrajnych o 7,5%) nie daje jakichkolwiek powodów do podejrzeń, iż cena jego oferty jest rażąco niska, a w konsekwencji nie daje podstaw do zastosowania procedury określonej w art. 90 ust. 1 Pzp. Odwołujący podnosił, iż „(...) Przepis art. 90 ust. 1 ma zastosowanie, (...) w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Tymczasem w wezwaniu z dnia 27 maja 2013 r. Zamawiający wskazuje jedynie na niską cenę(...) Niska cena oferty żadną miarą nie daje zamawiającemu prawa do zastosowania procedury opisanej w art. 90 ust. 1, gdyż nie wypełnia hipotezy tego przepisu. Tym samym Zamawiający de facto nie wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień mających na celu ustalenie, czy oferta Odwołującego zawiera rażąco niską cenę, lecz czy zawiera niską cenę. Wskazanie, że cena oferty Odwołującego jest niższa od wartości zamówienia „brutto” o 32,7% jest istotnie wskazaniem na niską cenę, ale nie na cenę rażąco niską.” Odwołujący podnosił również, iż zamawiający w wezwaniu nie wskazał żadnego elementu oferty, którego miałoby dotyczyć wyjaśnienie, nie wskazał, o jakie podstawy zaoferowanej ceny chodzi, ani co pod tym pojęciem zamawiający rozumie. Nie wskazał tych elementów, które budzą jego wątpliwości, a które mają wpływ na cenę oferty. Odwołujący podniósł, iż mimo wątpliwości uczynił zadość wezwaniu zamawiającego i złożył stosowne wyjaśnienia. Potwierdził, iż w ofercie zostały ujęte wszystkie koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia. Wskazał, że posiada na terenie Tychów rozbudowane zaplecze sprzętowo-pracownicze, że zakres realizowanej usługi jest zbieżny z równolegle realizowanymi usługami na terenie miasta Tychy, w bezpośrednim sąsiedztwie zasobów objętych zamówieniem. W ramach zimowego utrzymania dróg utrzymywana jest stała baza sprzętowa, co obniża dodatkowo koszty sprzętu i pozwala na realizację zlecenia jednostkami rezerwowymi. Odwołujący przedstawił w załączeniu do wyjaśnień kosztorys zawierający szczegółową kalkulację ceny swojej oferty. Wskazał w kosztorysie koszty ogólne oraz zysk. Ponadto w ocenie odwołującego zamawiający uzasadniając odrzucenie jego oferty nie wskazał, jaka była podstawa prawna odrzucenia, czy zamawiający uznał, że odwołujący nie złożył wyjaśnień, czy też uznał, że cena oferty odwołującego jest rażąco niska. Odwołujący stwierdził, że jeżeli zamawiający uznał, że złożone wyjaśnienia nie są wystarczające to miał obowiązek wystąpić o dodatkowe wyjaśnienia.

### **Izba ustaliła, co następuje:**

Zamawiający, Gmina Miasto Tychy – Miejski Zarząd Budynków Mieszkalnych prowadzi postępowanie, którego przedmiotem są usługi związane z utrzymaniem terenów zielonych, odśnieżaniem oraz sprzątaniami nieruchomości Gminy Miasta Tychy, administrowanych przez Miejski Zarząd Budynków Mieszkalnych w Tychach.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 12 kwietnia 2013 r., pod numerem 2013/S 072-120293.

Zgodnie z treścią rozdz. I pkt IV ppkt. 2 SIWZ przedmiot zamówienia został podzielony na 6 części zwanych dalej zadaniami. Przedmiotem Zadania nr 3 było utrzymanie terenów zielonych, odśnieżanie oraz sprzątanie nieruchomości administrowanych przez ROM (Rejon Obsługi Mieszkańców) Nr III. Zakres tego zadania obejmował:

- 1) utrzymanie terenów zielonych o powierzchni 117 478,76 m<sup>2</sup>: bieżące utrzymanie czystości, koszenie trawy, przycinanie żywopłotów, krzewów, wygrabianie liści z trawników, wycinanie drzew, prześwietlanie koron drzew, sadzenie drzew, roślin;
- 2) zimowe utrzymanie przejezdności wewnętrznych ulic, parkingów, placów i dojazdów o powierzchni 3 675,33 m<sup>2</sup>;
- 3) utrzymanie czystości na terenach zewnętrznych (chodniki, place, dojścia) o powierzchni 43 264,39 m<sup>2</sup>: zamiatanie i bieżące usuwanie zanieczyszczeń z powierzchni chodników, dojeżdż do budynków i z podłogi śmietników wolnostojących, wymiana pisaku w piaskownicach, usuwanie śliskości pośniegowej i oblodzenia, zabezpieczenie piasku do zimowego utrzymania.

W rozdz. X pkt 2 SIWZ zamawiający określił, iż przy obliczeniu ceny oferty należy posłużyć się formularzem oferty cenowej – załącznikiem nr 1a do SIWZ, w którym należy wyszczególnić dla każdej usługi cenę jednostkową netto oraz wartość netto, należny podatek VAT oraz wartość brutto.

Zgodnie z postanowieniami rozdz. XI pkt 2 SIWZ zamawiający określił, iż dokona wyboru oferty w oparciu o kryterium ceny – waga 100%.

Do upływu terminu składania ofert swoje oferty na Zadanie nr 3 złożyli następujący wykonawcy:

- 1) Krystyna Górka prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Usługowe „Kryspin” Krystyna Górka na kwotę 634.585,63 zł brutto;
- 2) Bio-Ekos Sp. z o. o. Spółka komandytowa na kwotę 429.999,08 zł brutto.

Izba ustaliła również, iż zamawiający pismem z dnia 27 maja 2013 r., działając na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, zwrócił się do wykonawcy Bio-Ekos o udzielenie

wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. W wyznaczonym terminie wykonawca ten złożył wyjaśnienia wraz z kosztorysem kalkulacji cen. Zarówno wyjaśnienia jak i kosztorys zastrzeżone zostały, jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Pismem z dnia 19 czerwca 2013 r., zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty wskazując, jako najkorzystniejszą dla zadania nr 3 ofertę złożoną przez wykonawcę Kryspin. Tym samym pismem zamawiający poinformował również, iż w ramach zadania nr 3 działając na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp odrzucił ofertę wykonawcy Bio-Ekos. W uzasadnieniu podał, iż cena oferty wykonawcy Bio-Ekos jest niższa od wartości przedmiotu zamówienia o około 32,70%. Zamawiający wskazał, iż w odpowiedzi na wezwanie wykonawca przedłożył wyjaśnienia, które w jego ocenie nie czynią zadość wymogom wynikającym z treści art. 90 ust. 2 i 3 Pzp. Zdaniem zamawiającego złożone wyjaśnienia są zbyt ogólne, nie wyjaśniają przyczyn tak niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Czynność powyższe leżą u podstaw przedmiotowego postępowania odwoławczego.

Ponadto Izba ustaliła, iż zamawiający w dniu 1 lipca 2013 r. wezwał wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego. W terminie określonym w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp swoje przystąpienie po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca Kryspin, stając się uczestnikiem przedmiotowego postępowania odwoławczego.

W dniu 15 lipca 2013 r., zamawiający przesłał do Izby odpowiedź na odwołanie z dnia 12 lipca 2013 r., w której oświadczył, iż uwzględni wszystkie zarzuty zawarte w odwołaniu.

W dniu 16 lipca 2013 r. na posiedzeniu przystępujący po stronie zamawiającego wykonawca Kryspin złożył sprzeciw wobec uwzględnienia zarzutów odwołania w całości.

**Uwzględniając dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia stron i uczestnika postępowania złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej zważył, co następuje:**

**Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.**

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 Pzp, jak również Izba uznała, iż odwołujący posiada interes w złożeniu środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż w przypadku uwzględnienia odwołania jego oferta mogłaby być uznana za najkorzystniejszą.

Odnosząc się do podniesionych zarzutów Izba nie podzieliła stanowiska prezentowanego przez odwołującego. W zakresie zarzutu naruszenia art. 90 ust. 1 ustawy Pzp należy wskazać, iż zarzut ten Izba uznała za spóźniony i pominęła go przy rozstrzygnięciu. Bezspornie wezwanie w trybie art. 90 ust. 1 Pzp miało miejsce 27 maja 2013r. Jeśli odwołujący uważał, iż brak było podstaw, do wezwania, do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny oferty winien był już na tamtym etapie kwestionować tę czynność zamawiającego. Podniesienie powyższego zarzutu w odwołaniu złożonym do Izby w dniu 28 czerwca br. uchybia terminowi określonym w art. 180 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 90 ust. 2 Pzp Izba również nie podzieliła stanowiska odwołującego. W pierwszej kolejności należy wskazać, iż adresatem normy wyrażonej w/w przepisie jest niewątpliwie zamawiający. Trudno uznać, aby w niniejszej sprawie zamawiający dopuścił się naruszenia wskazanego przepisu. Dyspozycja art. 90 ust. 2 Pzp określa wyłącznie otwarty, niewyłączny katalog czynników, jakie należy brać przy ocenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość zaproponowanej ceny. W ocenie Izby odwołujący nie wskazał żadnych okoliczności faktycznych, które przemawiałyby za uznaniem zasadności podniesionego zarzutu.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp Izba zarzut ten uznała za niezasadny. Należy wskazać, iż wezwanie w trybie art. 90 ust. 1 Pzp stwarza wrzuszalne domniemanie, że cena oferty wezwanego wykonawcy jest rażąco niska. Podkreślić również należy, iż zamawiający nie ma obowiązku określać, co do jakich elementów cenotwórczych ma wątpliwości w procedurze przewidzianej w art. 90 Pzp. Wystarczające jest powzięcie wątpliwości, co do wysokości ceny zaoferowanej, niskiej w stosunku do przedmiotu zamówienia i wezwanie wykonawcy do udzielenia w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów ceny mających wpływ na wysokość ceny. Celem działania wykonawcy przy składaniu wyjaśnień jest obalenie domniemania istnienia ceny rażąco niskiej przez wskazanie obiektywnych czynników mających wpływ na cenę. Przechodząc na grunt niniejszej sprawy w ocenie Izby nie jest wystarczające powołanie się na ceny usług z innych postępowań przetargowych w związku z doświadczeniem wykonawcy w zakresie realizowanych dotychczas przedsięwzięć, czy też cen uzyskanych przez zamawiającego we wcześniejszych latach, na innych zadaniach. Wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny powinny odnosić się przede wszystkim do zaoferowanego przedmiotu zamówienia, nie zaś na twierdzeniu, że w innych częściach ceny są podobne a cena zaproponowana przez wykonawcę obejmuje wszystkie koszty związane z realizacją zamówienia. Za stanowiskiem odwołującego nie może również przemawiać okoliczność, iż od 1 lipca 2013 r., gmina przejmie obowiązek gospodarowania odpadami biodegradowalnymi gdyż okoliczność ta nie dotyczy wyłącznie odwołującego a każdego z wykonawców. Odnosząc się do załączonego kosztorysu należy wskazać, iż zawiera on wyłącznie rozbiecie

ceny na poszczególne elementy składowe natomiast nie wskazuje na elementy przynależne wyłącznie odwołującemu, które miały wpływ na skalkulowanie ceny oferty na zaproponowanym poziomie. Przedstawiając kosztorys odwołujący wskazał wyłącznie na sposób kalkulacji ceny, jednakże nie wynika z niego, jakie obiektywne czynniki przynależne odwołującemu wpłynęły na zaproponowany poziom cen. Istotne z punktu badania czy oferta odwołującego zawiera rażąco niską cenę są wyliczenia odwołującego dotyczące kosztów usuwania śliskości pośniegowych, usuwanie śniegu i lodu, jak też zimowe utrzymanie przejezdności. Bezsprzecznie każdy wykonawca koszty powyższe winien był wyliczyć przez okres 5 miesięcy tj. czas trwania akcji zima, podczas gdy z przedstawionych przez odwołującego wyliczeń wynika, iż przyjął on cenę za okres około trzykrotnie krótszy, co znacznie zaniżyło cenę oferty odwołującego i wskazuje na nieobjęcie wyliczeniem całego wymaganego okresu świadczenia usługi w powyższym zakresie. Tym samym należało uznać, iż zamawiający dokonał prawidłowej oceny złożonych wyjaśnień i miał podstawy do przyjęcia, iż odwołujący złożył ofertę zawierającą cenę rażąco niską. Powyższe przesądza również o niezasadności zarzutu naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy Pzp gdyż zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ofert niepodlegających odrzuceniu, na podstawie kryterium określonego w SIWZ.

Reasumując, Izba uznała przedmiotowe odwołanie za niezasadne i orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, stosownie do wyniku postępowania, oraz w oparciu o przepisy 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:** .....