

Sygn. akt: KIO/UZP 1512/08

WYROK
z dnia 14 stycznia 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:	Renata Tubisz
Członkowie:	Agnieszka Trojanowska Barbara Bettman
Protokolant:	Magdalena Pazura

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 stycznia 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Spółdzielnia Inwalidów „Naprzód” w Krakowie, ul. Żabiniec 46, 31-215 Kraków** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Uniwersytet Jagielloński Collegium Medicum, ul. Św. Anny 12, 31-008 Kraków** protestu z dnia 11 grudnia 2008 r.

przy udziale **XXX** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego **XXX** po stronie odwołującego się oraz **XXX** - po stronie zamawiającego*.

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie, unieważnia wybór najkorzystniejszej oferty i nakazuje ponowną ocenę ofert oraz wybór najkorzystniejszej oferty z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

2. Kosztami postępowania obciąża Uniwersytet Jagielloński Collegium Medicum, ul. Św. Anny 12, 31-008 Kraków

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4574 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Spółdzielnię Inwalidów „Naprzód” w Krakowie, ul. Żabiniec 46, 31-215 Kraków,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 4574 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **Uniwersytet Jagielloński**

Collegium Medicum, ul. Św. Anny 12, 31-008 Kraków na rzecz **Spółdzielni Inwalidów „Naprzód” w Krakowie, ul. Żabiniec 46, 31-215 Kraków** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu kosztów postępowania odwoławczego,

- 3) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: XXX) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty 10 426 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Spółdzielni Inwalidów „Naprzód” w Krakowie, ul. Żabiniec 46, 31-215 Kraków.**

U z a s a d n i e

Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, pod pozycją 2008/S 195-258781, w dniu 08.10.2008 r.

Przedmiotem postępowania w trybie przetargu nieograniczonego jest wykonanie usług sprzątnania oraz obsługi szatni na Wydziale Farmaceutycznym Uniwersytetu Jagiellońskiego -Collegium Medicum przy ul. Medycznej 9 w Krakowie.

Zamawiającym jest Uniwersytet Jagielloński Collegium Medicum ul. Św. Anny 12, 31-008 Kraków

Odwołanie złożyła Spółdzielnia Inwalidów "NAPRZÓD" w Krakowie 31-215 KRAKÓW, ul. Żabiniec 46 zwana dalej "Odwołującym"

Pismem z dnia 11.12.2008r. złożony został protest na czynności Zamawiającego polegające na:

1. odrzuceniu oferty Odwołującego
2. dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej z pominięciem oferty Odwołującego jako nie podlegającej odrzuceniu

Zarzucono Zamawiającemu naruszenie ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2008 r. Nr 223, poz. 1655, zm. 2008 Nr 171, poz.1058) zwanej dalej „ustawą” w zakresie:

1. art. 7 ust. 1,
2. art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 3 w stosunku do oferty Odwołującego,
3. art. 91 ust. 1 poprzez wybór oferty najkorzystniejszej z pominięciem oferty Odwołującego.

Odwołujący żądał:

1. Uchylenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,

2. Dokonanie ponownej oceny oferty i wyboru oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem oferty Odwołującego jako nie podlegającej odrzuceniu.

Dodatkowo oświadczył, iż posiada interes faktyczny i prawny we wniesieniu protestu, ponieważ oferta jego jest ofertą zawierającą najniższą cenę.

W uzasadnieniu przedstawił następującą argumentację formalno-prawną.

W dniu 25.11.2008r. Zamawiający wezwał Odwołującego na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty.

Pismem z dnia 28.11.2008r. Odwołujący udzielił wyjaśnień w zakresie żądanym przez Zamawiającego.

Jeszcze w tym samym dniu Zamawiający uznając wyjaśnienia za niewystarczające -ponowił swoje żądania w tym samym trybie.

Odwołujący po raz kolejny złożył wyjaśnienia, które Zamawiający po raz kolejny uznał za niewystarczające i w dniu 4 grudnia dokonał czynności oceny ofert, odrzucenia oferty Odwołującego w trybie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy i czynności wyboru oferty najkorzystniejszej Firmy Usługowo - Handlowej "GAWEŁ".

Zamawiający dwukrotnie wzywał Wykonawcę do złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy, który w przypadku braku lub niewystarczających wyjaśnień nie nakłada sankcji odrzucenia oferty jak twierdzi w piśmie z dnia 28.11.2008 r. Zamawiający powołując się na art. 90 ust. 3 ustawy.

Odwołujący podniósł, że Zamawiający może dokonać czynności odrzucenia oferty Odwołującej w trybie art. 89 ust. pkt 4 ustawy, gdy zwróci się do Wykonawcy o wyjaśnienia dotyczące elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny oferty w trybie art. 90 ust.1 ustawy, czego w przedmiotowych zapytaniach nie uczynił.

Wobec nieprawidłowości proceduralnych, w ocenie Odwołującego, odrzucenie oferty musi zostać uznane za niezgodne z postanowieniami ustawy.

Ponadto, Odwołujący podniósł, iż Zamawiający zażądał w SIWZ dołączenia do oferty "kalkulacji ceny - zał. nr 1 do oferty", wg załączonego wzoru.

Odwołujący załączył zgodnie z wymaganiami Zamawiającego żadaną kalkulację wg wzoru i przedstawił w niej składniki mające wpływ na wysokość ceny.

Niezależnie od powyższego Odwołujący udzielił wyczerpujących wyjaśnień, w odpowiedziach na pisma Zamawiającego, w zakresie wymaganych wyliczeń.

W świetle powyższego nie ma zatem podstaw aby Zamawiający odrzucał ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy lub też zwracał się o wyjaśnienia dotyczące ceny, skoro wszystkie informacje zawarte były w ofercie.

Odrzucenie oferty Odwołującego w trybie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy jako zawierającej rażąco niską cenę w sytuacji, kiedy jest ona niższa zaledwie o 32,31 zł miesięcznie (odpowiednio 56.995,49 zł oraz 57.027,80 zł) od oferty Wykonawcy wybranego, nie znajduje żadnego

uzasadnienia faktycznego, a jedyne przedstawiane przez Zamawiającego uzasadnienie rażąco niskiej ceny wynika z jego własnych wyliczeń i nie znajduje odzwierciedlenie w przedstawionej przez Odwołującego w ofercie "kalkulacji ceny".

Biorąc pod uwagę takie działanie Zamawiającego, w sytuacji kiedy różnica pomiędzy ofertą wybraną jako najkorzystniejszą, a ofertą odrzuconą wynosi 0,0005%, Odwołujący uważa, iż Zamawiający świadomie doprowadził do dokonania czynności odrzucenia oferty w celu zawarcia umowy ze z góry upatrzonym wykonawcą, czym ewidentnie naruszył art. 7 ust. 1 ustawy.

Z tych względów wnosi Odwołujący jak w proteście.

Zamawiający w piśmie z dnia 17.12.2008r. oddalił protest jako bezzasadny.

Zamawiający przedstawił następujące uzasadnienie.

Zamawiający w toku badania i oceny ofert dwukrotnie żądał wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty, a złożone przez Odwołującego pisma w dn. 28.11.2008 r. i 30.12.2008 r. (omyłka w dacie powinno być 30.11.2008r.) nie zawierały wyjaśnień jakich żądał Zamawiający.

Jak informował Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty (pismo z dnia 4.12.2008 r. nr DAG/SA/CM/242-S-221Z00S) w ofercie w kalkulacji ceny oferty w pozycji podsumowującej koszty pracownicze podano jako koszt miesięczny kwotę 33.991,04 zł.

Kwota ta nie stanowi iloczynu podanych w kalkulacji ilości liczby godzin 168 oraz stawki 8.81 zł za roboczogodzinę.

Ponieważ liczba osób przewidzianych do wykonywania zamówienia uwzględniona w kalkulacji (15) jest inna od liczby osób przewidzianych do wykonywania zamówienia podanych w wykazie na stronach 47-49 oferty, Zamawiający celem weryfikacji kalkulacji ceny oferty i poprawienia ewentualnych omyłek wystąpił w dniu 25.11.2008 r. do Wykonawcy z prośbą o udzielenie niezbędnych wyjaśnień i przedstawienie szczegółowych wyliczeń, a to:

1. wyjaśnienie ilości osób podanych w kalkulacji ceny na str. 5 oferty w nawiązaniu do wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia str. 47, 48 i 49 oferty,
2. szczegółowego wyliczenia stawki brutto za roboczogodzinę (stawka podstawowa wraz z wszystkimi narzutami),
3. wyliczenia kosztów środków czystości, kosztów materiałów sanitarnych podanych w wykazie na str. 51, 52 i 53 oferty w nawiązaniu do kalkulacji przedstawionej na str.5,
4. szczegółowego wyliczenia kosztów ogólnych i innych,
5. wyliczenia w konsekwencji wszystkich kosztów razem - miesięcznie i w okresie 4 lat,

W odpowiedzi na pismo Zamawiającego z dnia 25.11.2008 r. nie podano żądanych informacji, tj. wymaganych szczegółowych wyliczeń poszczególnych pozycji kalkulacji ceny oferty jak i wyliczenia wszystkich kosztów razem – miesięcznie i w okresie 4 lat,

uzasadniając, że podanie szczegółowych wyliczeń stawki brutto za roboczogodzinę, kosztów środków czystości, kosztów materiałów sanitarnych, kosztów ogólnych i innych spowodowałoby zmianę treści oferty.

W uzupełnieniu dokumentów dołączono wykaz 12 osób przewidzianych do realizacji zamówienia legitymujących się co najmniej rocznym doświadczeniem w sprzątaniu obiektów o podobnym charakterze.

W tej sytuacji ponownie pismem z dnia 28.11.2008r. wezwano do:

1. wyjaśnienia ilości osób podanych w kalkulacji ceny na str. 5 oferty w nawiązaniu do wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia str. 47,48 i 49 oferty,
2. szczegółowego wyliczenia stawki brutto za roboczogodzinę (stawka podstawowa wraz z wszystkimi narzutami),
3. wyliczenia kosztów środków czystości, kosztów materiałów sanitarnych podanych w wykazie na str. 51,52 i 53 oferty w nawiązaniu do kalkulacji ceny na str. 5,
4. szczegółowego wyliczenia kosztów ogólnych i innych,
5. wyliczenia w konsekwencji wszystkich kosztów razem - miesięcznie i w okresie 4 lat,

zaznaczając, że jest to badanie oferty pod kątem rażąco niskiej ceny i niezłożenie ww. wyjaśnień skutkuje odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy.

Odpowiedź Wykonawcy z dnia 30.12.2008 r. (oczywista omyłka w dacie) nie zawierała wymaganych przez Zamawiającego wyliczeń wobec czego nie można było ustalić w jaki sposób została wyliczona kwota 33.991,04 zł podana jako miesięczne koszty pracownicze.

Wykonawca w powołanym piśmie ograniczył się do następujących informacji:

1. stawka podstawowa netto – 6,83zł.,
2. narzuty (ZUS pracownika, Fundusz Pracy itp.) - 1.98zł,
3. stawka brutto – stawka podstawowa plus narzuty (bez ZUS pracodawcy) -8,81zł,
4. pozostałe koszty ZUS pracodawcy, zastępstwa chorobowe, zastępstwa urlopowe, inne zgodnie z aktualnymi przepisami prawnymi zawarte są w kosztach pracowniczych, które zgodnie z przedstawioną kalkulacją ceny w skali jednego miesiąca wynoszą 33.991,04zł,a takiej kalkulacji tj. wyliczenia kwoty 33.991,04 zł. oferta nie zawiera.

Zamawiający dalej stwierdza, że podane przez Odwołującego informacje nie zawierają wymaganych wyliczeń, a zatem nie stanowią wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

Dalej Zamawiający dokonuje własnej kalkulacji ceny w następujący sposób:

kalkulacja ceny dla podanej liczby 15 osób x 168 godzin x stawka za roboczogodzinę 8.81 zł. daje kwotę 22.201,20 zł. miesięcznie, a w okresie 4 lat kwotę 1.065.657,60 zł. Uwzględniając pozostałe koszty podane w ofercie prawidłowo wyliczona cena oferty wynosi 1.676.532,96 zł.

Przy czym Zamawiający wyjaśnia, że gdyby do wyliczeń przyjąć liczbę pracowników podanych przy piśmie z dnia 28.11.2008r. to jest liczbę 12 osób to kwota wyliczona przez Zamawiającego uległaby obniżeniu.

W podsumowaniu uzasadnienia Zamawiający oświadcza, że wobec dwukrotnego wezwania to jest w pismach z dnia 25 i 28 11.2008r. do przedstawienia wyjaśnień w zakresie kalkulacji ceny oferty pozwalających na ustalenie w jaki sposób ta cena została wyliczona, a w szczególności jak została wyliczona kwota 33.991,04 zł podana w kalkulacji w skali jednego miesiąca, działając zgodnie z dyspozycją art. 90 ust.3 ustawy, Zamawiający odrzucił ofertę.

W związku powyższym, w ocenie Zamawiającego decyzja z dnia 04.12.2008r. o odrzuceniu oferty jest uzasadniona.

Tym samym protest Zamawiający uznał za bezzasadny.

W dniu 24 grudnia 2008 Odwołujący wniósł odwołanie od czynności Zamawiającego w sprawie oddalenia protestu

W uzasadnieniu podsumował swoje zastrzeżenia co do czynności Zamawiającego.

Po pierwsze:

Zamawiający chcąc uzyskać informacje dotyczące elementów oferty mających wpływ na wysokość jej ceny powinien zwrócić się o wyjaśnienia w trybie art. 90 ust. 1, a nie jak to uczynił w trybie art. 87 ust. 1 ustawy.

Z kolei z uwagi na to, iż ustawa przewiduje rygor odrzucenia oferty w związku z nie złożeniem wyjaśnień (złożeniem wyjaśnień potwierdzających rażąco niską cenę) tylko w trybie art. 90 ust. 3 w związku z art. 90 ust. 1, a nie przewiduje w ogóle takiej sankcji art. 87. ust. 1 ustawy. Dlatego też w ocenie Odwołującego, odrzucenie oferty Odwołującego powinno być uznane za niezgodne z przepisami ustawy Pzp.

Po drugie:

Zamawiający żądał dołączenia do oferty "kalkulacji ceny" stanowiącej załącznik nr 1 do oferty. Odwołujący załączył wymaganą kalkulację zgodnie z wzorem zawartym w załączniku do oferty, przedstawiając w niej składniki mające wpływ na wysokość ceny. Nie ma zatem podstaw do odrzucania przez Zamawiającego oferty, skoro wszystkie wymagane informacje zawarte zostały w jej treści, co zostało dodatkowo poparte wyjaśnieniami pismem z dnia 28.11.2008 r. oraz pismem z dnia 30.11.2008 r. Zatem pomijając fakt nieuprawnionego zastosowania art. 90 ust. 3, należy stwierdzić, iż nawet w przypadku wykorzystania przez Zamawiającego właściwej podstawy prawnej do żądania złożenia wyjaśnień, czyli art. 90 ust. 3, nieuprawnionym byłoby twierdzenie że złożone wyjaśnienia potwierdzają rażąco niską cenę, co dopiero uprawniałoby do odrzucenia oferty.

Po trzecie:

Odrzucenie oferty Odwołującego w trybie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy, pamiętając ciągle o proceduralnej bezzasadności zastosowania tegoż przepisu, należy uznać za nieuprawnione,

skoro Zamawiający oparł ten zarzut nie na kwocie podanej w ofercie, ale na własnych wyliczeniach, które nie znajdują odzwierciedlenia w przedstawionej przez Odwołującego kalkulacji ceny.

Po czwarte:

Odwołujący również podniósł, że odrzucenie oferty, która w stosunku do oferty wybranej jako najkorzystniejsza jest niższa zaledwie o 0,0005% (odpowiednio 56 995,49 zł oraz 57 027,80 zł), należy postrzegać jako świadome działanie Zamawiającego, mające na celu zawarcie umowy ze z góry upatrzonym Wykonawcą. Takie działanie Zamawiającego pozostaje w sprzeczności z art. 7 ust. 1 ustawy -Pzp.

Konsekwencja postawionych już zarzutów jest zarzut wyboru art. 91 ust. 1 poprzez wybór oferty najkorzystniejszej z pominięciem oferty Protestującej.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł jak we wstępie.

Skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Odwołujący posiada interes prawny we wniesieniu odwołania, ponieważ jego oferta posiada najkorzystniejszą cenę w rankingu ofert, przy uwzględnieniu ceny jako jedyne kryterium oceny ofert. Powyższe ustalono na podstawie zbiorczego zestawienia ofert.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie z następujących powodów.

Skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

Zamawiający pismem z dnia 25.11.2008 r. wystąpił do Odwołującego na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy wzywając go do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty, w szczególności w zakresie kalkulacji kosztów pracowniczych w tym przyjętej ilości zatrudnionych do kalkulacji wynagrodzenia, z uwzględnieniem Wykazu osób załączonego do oferty.

Odwołujący pismem z dnia 28.11.2008 r., wyjaśnił że nie zmienia ilości osób podanych do sprzątnia w stosunku do Wykazu osób załączonego do oferty zaznaczając, że większa ilość osób w Wykazie niż w kalkulacji wynika z ujęcia w Wykazie także osób z nadzoru pośredniego, bezpośredniego i jakościowego, osoby do sprzątnia oraz obsługi szatni w okresie urlopowym, osobę odpowiedzialną za bhp, za nadzór personalny i merytoryczny oraz osoby wykonujące usługę sprzątnia oraz obsługi szatni.

W tymże wyjaśnieniu podano, że zawarta stawka roboczogodziny i innych kosztów pozwala na ocenę ofert oraz wybór najkorzystniejszej oferty.

W ocenie Odwołującego podanie szczegółowych wyliczeń stawki roboczogodziny, kosztów środków czystości, materiałów sanitarnych, kosztów ogólnych i innych spowodowałyby zmianę treści oferty, co jest sprzeczne z treścią SIWZ.

Zamawiający pismem z dnia 28.11.2008 r., po otrzymaniu odpowiedzi od Odwołującego, ponownie żądał danych oraz wyliczeń jak w piśmie z dnia 25.11.2008 r., pod rygorem odrzucenia oferty, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy.

Dodatkowo wskazał, że kalkulacja indywidualna na zał. Nr 1 nie ma przełożenia na cenę oferty.

Odwołujący pismem z dnia 30.12.2008 r. (winno być 30.11.2008r.) przedstawił szczegółowe wyliczenie stawki brutto za roboczogodzinę t.j. Stawka podstawowa wraz z wszystkimi narzutami (stawka podstawowa 6,83zł., narzuty 1,98, brutto 8,81zł). Ponadto dodał, że pozostałe koszty: ZUS pracodawcy, zastępstwa chorobowe, zastępstwa urlopowe i inne zgodnie z aktualnymi przepisami prawa zawarte są w kosztach pracowniczych, które zgodnie z przedstawioną kalkulacją ceny w skali jednego miesiąca wynoszą 33.991,04 zł.

Odwołujący w tymże piśmie przedstawił również: wyliczenie kosztów środków czystości, wyliczenie kosztów materiałów sanitarnych, szczegółowe wyliczenie kosztów ogólnych zarządu i administracji, innych (amortyzacji sprzętu i maszyn, koszty zakupu odzieży ochronnej, koszty szkoleń, badań itp. pracowników, koszty prania mopów oraz odzieży ochronnej), wyjaśnienie ilości osób podanych w kalkulacji ceny oferty w nawiązaniu do Wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia oraz wyliczenia wszystkich kosztów razem miesięcznie i w okresie 4 lat.

Pismem z dnia 04.12.2008r. Zamawiający zawiadomił o wyborze najkorzystniejszej oferty Firmy Handlowo-Usługowej "GAWEŁ" ul. Zakątek 5/43, 30 - 076 Kraków oraz o odrzuceniu oferty Odwołującego, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy, gdyż zawiera rażąco niską cenę. Zamawiający w uzasadnieniu decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego podał Zamawiający, że w kalkulacji ceny oferty w pozycji podsumowującej koszty pracownicze podano jako koszt miesięczny kwotę 33.991,04 zł. Natomiast kwota ta nie stanowi iloczynu podanych w kalkulacji 15 osób, liczby godzin 168 oraz stawki 8,81 zł za roboczogodzinę. Zamawiający przedstawił również korespondencję z 25.11.2008, 28.11.2008r., 30.12.2008r. (winno być 30.11.2008r.) pomiędzy Zamawiającym a Odwołującym. Dalej stwierdził, że podane przez Wykonawcę informacje nie zawierają wymaganych wyliczeń, a zatem nie stanowią wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Zamawiający dokonał własnych wyliczeń, zgodnie z którymi cena oferty powinna wynieść 1.676.532,96 zł. Podsumowując wywody na okoliczność odrzucenia oferty z powodu rażąco niskiej ceny stwierdził, że Odwołujący nie złożył wyjaśnień w zakresie kalkulacji ceny oferty pozwalających na ustalenie w jaki sposób została ta cena wyliczona, a w szczególności jak została wyliczona kwota 33.991,04 zł, podana w kalkulacji ceny w skali jednego miesiąca. Powołując się na dyspozycję art. 90 ust.3 ustawy Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego, który nie złożył wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

W pkt 12 SIWZ znajdują się następujące zapisy co do opisu sposobu obliczenia ceny:

1. Cenę oferty Wykonawca zobowiązany jest podać na podstawie kalkulacji indywidualnej. Cena oferty musi podawać koszty materiałów sanitarnych i środki czystości zgodnie z wymogami pkt 10 pkt 10 c (wykaz środków czystości i materiałów sanitarnych) i załącznika nr 1 do oferty (szczegółowy opis przedmiotu zamówienia).
2. Cenę oferty należy podać jako cenę netto, do której należy doliczyć podatek VAT w obowiązującej wysokości na dzień składania oferty, po zsumowaniu podać cenę brutto.
3. Wyliczenie ceny oferty oraz kalkulację indywidualną należy załączyć do oferty.

Do oferty załączono kalkulację indywidualną zgodnie z wzorem Załącznika nr 1 do oferty.

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust 1 pkt 4 ustawy zgodnie z którym Zamawiający odrzuca ofertę, która zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Zamawiający ustalił wartość zamówienia na kwotę 3.328.552,74 zł na podstawie rozeznania rynku w dniu 15.09.2008 r. (Druk ZP -1).

Z kolei ze zbiorczego zestawienia ofert wynika, że oferta Odwołującego sporządzona w dniu 14.11.2008 r. zawierała co prawda najkorzystniejszą cenę w wysokości 2.735.783,36 zł, ale kolejny wykonawca zaoferował kwotę bardzo zbliżoną do oferty Odwołującego to jest w wysokości 2.737.334,50 zł.

Zamawiający nie zakwalifikował ceny Odwołującego podanej w ofercie jako rażąco niskiej.

Zamawiający, na podstawie kalkulacji indywidualnej ceny załączonej do oferty Odwołującego, dokonał przeliczenia ceny ofertowej i ustalił nową cenę w ofercie na kwotę 1.676.532,96 zł.

Przy czym Zamawiający nie powiadomił o dokonaniu poprawek w ofercie i nie uzyskał zgody Odwołującego na zmianę ceny podanej w ofercie.

Zamawiający korzystając z udzielonych wyjaśnień przez Odwołującego, po złożeniu oferty i na podstawie kalkulacji indywidualnej oferty w zakresie kosztów pracowników dokonał własnego wyliczenia ceny oferty. Po czym zakwalifikował wyliczoną przez siebie cenę oferty jako rażąco niską, ponieważ według wyliczeń Zamawiającego cena oferty powinna wynosić kwotę 1.676.532,96 zł (pismo Zamawiającego o odrzuceniu oferty z dnia 04.12.2008r.), a nie jak to wynika z oferty Odwołującego kwotę 2.735.783,36 zł.

W uzasadnieniu decyzji Zamawiającego o odrzuceniu oferty, z powodu rażąco niskiej ceny, nie porównano ceny zawartej w ofercie Odwołującego tylko cenę, którą Zamawiający wyliczył na podstawie kalkulacji indywidualnej w ofercie i wyjaśnień Odwołującego w dniach 28.11.2008 r. i 30.12.2008 r. (powinna być data 30.11.2008 r.).

Zgodnie z art. 90 ustawy Zamawiający w celu ustalenia czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zwraca się w formie pisemnej do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Skład orzekający Izby ustalił, że w rozpoznawanej sprawie żadna z powyższych okoliczności nie wystąpiła, ponieważ Zamawiający nie postawił zarzutu rażąco niskiej ceny oferty w trybie art.90 ustawy.

Zamawiający co prawda występował do Odwołującego żądając wyjaśnień w zakresie sposobu kalkulacji ceny, ale przywoływał na tę okoliczność art.87 ust. 1 ustawy (pismo z dnia 25.11.2008 r.), zgodnie z którym w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Przy czym, zgodnie z tym artykułem ustawy, niedopuszczalne jest w toku udzielania wyjaśnień prowadzenie negocjacji pomiędzy zamawiającym, a wykonawcą oraz dokonywanie jakichkolwiek zmian w treści oferty.

Natomiast Zamawiający wystosowując kolejne dwa pisma do Odwołującego (pisma z dnia 25 i 28.11.2008 r.) żądał sporządzenia szczegółowych wyliczeń co do podanych cen w kalkulacji indywidualnej, a odnoszących się do kosztów pracy, kosztów środków czystości, środków sanitarnych oraz kosztów ogólnych oraz zarządu.

Na podstawie analizy kosztów osobowych w skali miesiąca, zawartych w kalkulacji indywidualnej i na podstawie udzielonych wyjaśnień Zamawiający dokonał nowego wyliczenia kosztów osobowych w skali miesiąca.

Według Zamawiającego podane przez Odwołującego koszty na kwotę 33.991,04 zł, powinny wynosić według wyliczeń Zamawiającego kwotę 22.201,20 zł.

Powyższe zmniejszenie kosztów osobowych w skali miesiąca było przyczyną zmniejszenia całości wynagrodzenia ofertowego, którego dokonał Zamawiający, bez zgody Odwołującego.

W drugim piśmie to jest z dnia 28.11.2008 r. Zamawiający żądając ponownie szczegółowych kalkulacji użył zwrotu „W nawiązaniu do pisma z dnia 25.11.2008 r. wzywam (...) pod rygorem odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy.

W wyniku tego wezwania Odwołujący udzielił w dniu 30.11.2008r. wyjaśnień, na podstawie których Zamawiający wyliczył właściwą w jego ocenie cenę i następnie odrzucił ofertę Odwołującego.

Przy czym Zamawiający nie wystąpił do Odwołującego, czy wyraża zgodę na zmianę ceny, co przewiduje tryb art. 87 ust. 2 ustawy, ale w zakresie oczywistych omyłek rachunkowych.

W ocenie Izby, w żadnym innym przypadku przepisy ustawy nie przewidują dokonywania zmiany ceny ofertowej przez Zamawiającego, a tym bardziej na podstawie w taki sposób zmienionej ceny.

Skład orzekający Izby nie podzielił stanowiska Zamawiającego co do nieprawidłowo dokonanych wyliczeń przez Odwołującego kosztów osobowych w skali miesiąca, a przedstawionych w kalkulacji indywidualnej do oferty.

W ocenie Izby dane liczbowe podane w poszczególnych pozycjach tabeli odnoszące się do osobowych kosztów miesięcznych, nie wskazują nie nieprawidłowe wyliczenie kosztów miesięcznych w kwocie 33.991,04 zł. Ponieważ Odwołujący w kolumnie "ilość godzin pracy poszczególnych zatrudnionych w ciągu miesiąca" podał "zgodnie z kodeksem pracy art.130 średnio 168 godzin". Czyli Zamawiający nie miał podstaw do dokonania przeliczenia liczby godzin w miesiącu przez liczbę 168, podanej jako średnia liczba miesięcznie skalkulowanych godzin, ponieważ w poszczególnych miesiącach liczba godzin mogła być inna. Ponadto Odwołujący w wyjaśnieniach z dnia 30.12.2008 r. (powinno być 30.11.2008r.) podał "...że pozostałe koszty: ZUS pracodawcy, zastępstwa chorobowe, zastępstwa urlopowe i inne zgodnie z aktualnymi przepisami prawa zawarte są w kosztach pracowniczych, które zgodnie z przedstawioną kalkulacją ceny w skali jednego miesiąca wynoszą 33.991,04 zł."

Z powyższego wynika, że Odwołujący, nie podał w tabeli wszystkich składników kosztów osobowych, a w wyjaśnieniach podtrzymał, że koszty wymienione w tabeli w skali miesiąca wynoszą kwotę 33.991,04 zł, to znaczy, że są takie jak podane zostały w ofercie.

Poza tym w ocenie Izby wyliczenia Zamawiającego odnoszące się do kosztów osobowych, uwzględniające udział tylko 15 osób nie jest prawidłowe, ponieważ nie uwzględnia okoliczności faktycznie większej liczby osób biorących udział w realizacji zadania niż to wynika z kalkulacji indywidualnej, gdzie w kalkulacji przyjęto 15 osób, a w Wykazie wskazano 21 osób.

Istotnym w ocenie Izby, dla ustalenia czy prawidłowo wyliczono cenę oferty jest również to, że w myśl zapisu kalkulacji indywidualnej "Suma wszystkich kosztów wyliczona w ww. Tabelach odpowiada cenie usługi netto wyliczonej na podstawie poniższej kalkulacji", która to zawiera stawki za m² powierzchni laboratoriów, sal dydaktycznych, biurowych, ciągów komunikacyjnych, magazynów, pom. socjalnych, WC, szatni, szklarni oraz pokoi gościnnych i tarasu, według których zgodnie z umową wykonawca będzie rozliczany (§ 4 umowy).

Również z oświadczeń przedstawicieli Zamawiającego złożonych na rozprawie wynika, że wykonawca będzie rozliczany za faktycznie sprzątniętą powierzchnię poszczególnych obiektów Zamawiającego to jest według m², a nie wynagrodzenia pracowników.

W tym stanie rzeczy element kalkulacyjny kosztów, jakim jest koszt osobowy stanowić może jedynie podstawę do oceny ofert w zakresie ich porównywalności lub rażąco niskiej ceny.

ponieważ Zamawiający będzie rozliczał wykonanie umowy według faktycznie sprzątniętej powierzchni obiektów.

Natomiast Zamawiający nie wykazał Odwołującemu, iż w jego ofercie (kalkulacja indywidualna) suma wszystkich kosztów nie odpowiada cenie usługi wyliczonej według sumy wszystkich powierzchni do sprzątnięcia, co mogło by stanowić podstawę do zarzutu nieprawidłowo wyliczonej ceny, ponieważ rozliczenia będą według powierzchni zadysponowanej w poszczególnych miesiącach do sprzątnięcia (§ 4 wzoru umowy przywołujący kalkulację ceny oferty).

Skoro Odwołujący założył miesięczne koszty osobowe na kwotę 33.991,04 zł. to na podstawie wzoru tabeli kalkulacji i stosownego jej wypełnienia przez Odwołującego, a także na podstawie udzielonych przez Odwołującego wyjaśnień w dniach 28 i 30.11.2008r. oraz oświadczeń Zamawiającego na rozprawie, Izba nie znalazła podstaw do uznania za uprawnione i skuteczne, dokonane przeliczenia kosztów osobowych przez Zamawiającego i obniżenia na ich podstawie kosztów osobowych miesięcznych z kwoty 33.991,04 zł do kwoty 22.201,20 zł.

W dalszej konsekwencji Izba nie uznała za uprawnione obniżenie ceny oferty Odwołującego z kwoty 2.735.783,36 zł do kwoty 1.676.532,96 zł i na tej podstawie odrzucenia oferty Odwołującego jako zawierającej rażąco niską cenę.

Reasumując czynności dokonane przez Zamawiającego na podstawie art. 87 ust. 1 i art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy skutkujące odrzuceniem oferty Odwołującego, jako oferty zawierającej rażąco niską cenę, nie znajdują uzasadnienia w zgromadzonym materiale sprawy, a także w obowiązujących przepisach ustawy.

W tym stanie rzeczy Izba uznała za uzasadnione odwołanie w związku z naruszeniem przez Zamawiającego, wskazanych w proteście i w odwołaniu art. 7 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 4, art. 90 ust. 3 ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, zgodnie z art.191 ust.6 i 7 ustawy.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Krakowie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*