

Sygn. akt: KIO 1260/10

**WYROK**  
**z dnia 7 lipca 2010 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** – w składzie:

Przewodniczący: **Izabela Niedziałek-Bujak**

Protokolant: **Patrycja Kaczmarska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 lipca 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 23 czerwca 2010 r. przez **Impel Cleaning Sp. z o.o., 53-111 Wrocław, ul. Ślężna 118** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Agencję Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa w Warszawie Pomorski Oddział Regionalny, 81-332 Gdynia, ul. Kołłątaja 1**

**orzeka:**

**1. Oddala odwołanie,**

**2. Kosztami postępowania obciąża Impel Cleaning Sp. z o.o., 53-111 Wrocław, ul. Ślężna 118 i nakazuje zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 7 500 zł 00 gr. (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczzonego przez Impel Cleaning Sp. z o.o., 53-111 Wrocław, ul. Ślężna 118;**

**3. Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r., Nr 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**

W postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – Agencję Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa Pomorski Oddział Regionalny w Gdyni w trybie zapytania o cenę na usługę sprzątnięcia w siedzibie Pomorskiego Oddziału Regionalnego Agencji Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa w Gdyni oraz w podległych 16 Biurach Powiatowych na terenie województwa pomorskiego, wobec czynności odrzucenia oferty Impel Cleaning Sp. z o.o., w wykonawca ten wniósł w dniu 23 czerwca 2010 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 22 czerwca 2010r. faksem.

O czynności zamawiającego odwołujący został powiadomiony w dniu 18 czerwca 2010 r. na podstawie informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej przesłanej faksem.

W odwołaniu odwołujący wskazał na naruszenia przez zamawiającego przepisów art. 7 ust. 1 poprzez niedozwolone porównywanie oferty odwołującego z innymi ofertami, nie złożonymi w postępowaniu, a także poprzez stawianie odwołującemu dodatkowych wymagań nie ujętych w siwz oraz naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 poprzez nieuprawnione przyjęcie, iż oferta zawiera rażąco niską cenę, art. 90 ust. 1-3 poprzez wadliwy wybór oferty najkorzystniejszej oraz wadliwą wykładnię przepisów dotyczących wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny i przyjęcie, iż z wyjaśnień odwołującego „nie wynika jednoznacznie, że cena oferty tego wykonawcy nie stanowi rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia”.

Podstawą odrzucenia oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy było uznanie przez zamawiającego, iż wykonawca przeznaczył zbyt małą kwotę na zakup środków chemicznych i wypełnień do toalet, stanowiącą 16% ceny. Ocena zamawiającego wynikała z wyjaśnień wykonawcy, a także z doświadczenia zamawiającego z poprzedniego postępowania, w którym wykonawca również przewidział 16% udział kosztu zakupów środków chemicznych, co okazało się być niezadowalającym dla zamawiającego. Odwołujący wskazał na prawidłowość jego oferty, jak również brak przesłanek do przyjęcia zarzutu rażąco niskiej ceny. Wskazał na obowiązek spoczywający na zamawiającym udowodnienia, iż oferta wykonawcy podlega odrzuceniu, gdyż za cenę zaproponowaną (nie cenę składnika) nie jest możliwe wykonanie zamówienia. Uznanie przez zamawiającego, iż oferta odwołującego zawiera zbyt niski poziom udziału kosztów zakupu środków chemicznych, wskazuje na dodatkowy warunek udziału w postępowaniu, według którego zamawiający dokonał badania oferty jedynie odwołującego. Zamawiający, zdaniem

odwołującego nie był uprawniony do porównywania oferty odwołującego z inną złożoną we wcześniejszym przetargu i na tej podstawie odrzucenia oferty odwołującego. Za nieuprawnione odwołujący uznał, zwracanie się do wykonawcy o uzasadnienie kalkulacji poszczególnych cen jednostkowych oferty, nawet jeśli skalkulowano je na bardzo niskim poziomie, ale np. z racji wyższych cen w innych elementach taki sposób kalkulacji nie powoduje, iż cena oferty jest rażąco niska. Z ustawy nie wynika prawo zamawiającego do żądania dowodów potwierdzających wyjaśnienia wykonawcy, natomiast wykonawca może takie dowody złożyć, które zamawiający będzie zobowiązany wziąć pod uwagę przy ocenie wyjaśnień. Termin określony przez zamawiającego do złożenia wyjaśnień winien umożliwiać wykonawcy ustosunkowanie się do przedstawionego pytania. Sprzeczne z ustawą byłoby uznanie za rażąco niską cenę i odrzucenie oferty bez możliwości wykazania przez wykonawcę, iż jest ona rzetelna. Badana winna być cena całej oferty, a nie poszczególne ceny jednostkowe. Zamawiający w żaden sposób nie wykazał, iż za cenę zaoferowaną nie jest możliwe wykonanie zamówienia.

Wobec powyższego odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu uchylenie wyboru oferty najkorzystniejszej, uchylenie czynności odrzucenia oferty odwołującego i dokonanie ponownej oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego.

**Krajowa Izba Odwoławcza** uznała, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie kierując się okolicznościami faktycznymi i prawnymi ustalonymi na podstawie dokumentacji postępowania, wyjaśnieniami stron oraz przeprowadzonymi na rozprawie dowodami.

Odwołanie będące przedmiotem rozpoznania wniesione zostało do Krajowej Izby Odwoławczej na zasadach obowiązujących po wejściu w życie przepisów ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2009 r., Nr 223, poz. 1778), a zatem do rozpoznawania niniejszej sprawy odwoławczej mają zastosowanie przepisy ustawy PrZamPubl w brzmieniu znowelizowanym.

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 ustawy PrZamPubl, Izba rozpoznała odwołanie na rozprawie. W ocenie Izby, wypełnione zostały przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy PrZamPubl, tj. posiadanie przez odwołującego interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Szkada ta wyraża się w utracie korzyści, jakie odwołujący uzyskałby realizując przedmiotowe zamówienie, a na skutek decyzji zamawiającego o odrzuceniu jego oferty, pozbawiony zostaje możliwości zawarcia kontraktu na okres czterech lat. Brak wskazania w treści odwołania na rodzaj szkody, nie stanowił przeszkody do jej stwierdzenia,

co wynika z okoliczności faktycznych, nie wymagających dowodów w tym przedmiocie. Skoro wykonawca złożył ofertę, to liczył się z możliwością uzyskania kontraktu dającego mu możliwość prowadzenia działalności przez okres kolejnych kilku lat. W tym kontekście nie ma znaczenia wysokość zysku, a co za tym idzie wysokość utraconych korzyści, jakie wiązały się z realizacją zamówienia.

Przedmiotem rozpoznawanego zarzutu było ustalenie czy oferta odwołującego się podlegała odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy, jako zawierająca rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W postępowaniu złożonych zostało sześć ofert. Odwołujący zaoferował najniższą cenę brutto – 311.361,92 zł. Następne w kolejności oferty zawierają ceny brutto w wysokościach: 363.615,78 zł. (Jantar Sp. z o.o.), 409.299,46 zł. (POLCLEAN Katarzyna Kadziszewska), 434.910,56 zł. (PUH KONSENSUS Sp. z o.o.), 451.872,28 zł. (EWMAR Wasilewska i Szemboski Sp. J.), 474.399,68 zł. (GLANTZ Sp. J.).

Zamawiający oszacował wartość zamówienia na kwotę netto: 337.491,46 zł.

Zamawiający w toku badania ofert zwrócił się do dwóch wykonawców z najniższymi cenami o złożenie wyjaśnień dotyczących elementów kalkulacyjnych mających wpływ na wysokość ceny, ze zwróceniem uwagi na jakość środków higieny używanych podczas realizacji zamówienia wymaganych przez zamawiającego oraz koszty osobowe.

W odpowiedzi na wezwanie odwołujący złożył w dniu 14 czerwca 2010 r. wyjaśnienia, w których przedstawił szacowane koszty świadczenia usługi miesięcznie, dotyczące wysokości wynagrodzenia pracowników (9.059,00 zł.), środków chemicznych oraz wypełnień toalet (2.001,00 zł.), amortyzacji sprzętu (264,00 zł.), czyszczenia wykładzin, żaluzji i mycia okien (1.795,00 zł.) oraz zysk.

W zawiadomieniu o odrzuceniu oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy, zamawiający wskazał, iż cena ofertowa znacznie odbiega od cen pozostałych wykonawców i stanowi zaledwie 75,6211 % wartości szacunkowej zamówienia ustalonej przez zamawiającego w oparciu o art. 34 ust. 1 pkt 1 ustawy. Zamawiający oceniając wyjaśnienia odwołującego stwierdził, że ani oszczędność metody wykonania zamówienia, ani przyjęte rozwiązania techniczne czy wyjątkowo sprzyjające warunki wykonania zamówienia dostępne tylko dla tego wykonawcy nie uzasadniają tak niskiej ceny ofertowej. W oparciu o doświadczenie z poprzedniego postępowania, w którym udział kosztów zakupu środków chemicznych był na poziomie 16%, co w praktyce doprowadziło do stosowania niskiej jakości środków chemicznych i higieny i spowodowało odstąpienie przez zamawiającego od umowy o świadczenie usług. W oparciu o powyżej, niska cena ofertowa wzbudziła obawy zamawiającego co do faktycznej możliwości realizacji usługi na

wymaganym przez zamawiającego poziomie jakości. Ponieważ z przedłożonych wyjaśnień nie wynikało jednoznacznie, że cena oferty nie stanowi rażąco niskiej w stosunku do przedmiotu zamówienia, zamawiający uznał, iż zachodzi podstawa do odrzucenia tej oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy.

W oparciu o przedstawione przez odwołującego wyjaśnienia, Izba uznała, iż nie były one wystarczające dla potwierdzenia rzetelności kalkulacji ceny oferty, a tym samym nie spełniały wymogu przepisu art. 90 ust. 2 ustawy. Wyjaśnienia wykonawcy zawierały ogólne stwierdzenia i nie pozwalały na rozwianie wątpliwości zamawiającego, jakie spowodowały zwrócenie się o złożenie wyjaśnień. Zamawiający w piśmie z dnia 11 czerwca 2010 r. zwracał uwagę szczególnie na jakość środków higieny niezbędnych do realizacji zamówienia oraz koszty osobowe. W przypadku kosztów zakupu środków chemicznych oraz wypełnień do toalet, odwołujący ograniczył się wyłącznie do wskazania kwoty bez dalszego uzasadnienia tego elementu cenotwórczego. Udzielona w taki sposób odpowiedź nie pozwalała na przyjęcie, iż kalkulacja była przeprowadzona w sposób rzetelny i gwarantujący należyte świadczenie usługi. Mając na uwadze charakter przedmiotowej usługi decydującymi dla wysokości ceny elementami są koszty osobowe oraz koszty środków, a te ostatnie w sposób zasadniczy wpływają na jakość świadczonej usługi. Zamawiający opierając się na dotychczasowym doświadczeniu, ustalił iż poziom kwoty środków przewidzianych na zakup środków chemicznych na poziomie 2.345,19 zł. miesięcznie (więcej o 344,19 zł., niż przewidział to odwołujący) jest niewystarczający, co było między innymi powodem odstąpienia w czerwcu 2010 r. od umowy przez zamawiającego. W tych okolicznościach wyjaśnienia odwołującego, który wskazał na jeszcze niższy poziom kosztów związanych z zakupem środków chemicznych, faktycznie utwierdził zamawiającego w jego podejrzeniu nienależytej kalkulacji ceny oferty. Celem wprowadzonej przepisami ustawy instytucji składania wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, było uzyskanie potwierdzenia rzetelności kalkulacji ceny. Jak trafnie ujął to w wyroku z dnia 9 kwietnia 2010 r. Sąd Okręgowy Warszawa-Praga w Warszawie (sygn. akt IV Ca 1299/09), wyjaśnienia powinny być jak najbardziej szczegółowe i winny zawierać wszystkie aspekty mające wpływ na cenę, tak aby nie pozostawiały wątpliwości co do prawidłowej jej wyliczenia, a jednocześnie nie mogą opierać się na samych oświadczeniach wykonawcy, gdyż art. 90 ust. 3 ustawy mówi o dowodach na ich potwierdzenie. Ciężar dowodu, że cena nie jest rażąco niska spoczywa na wykonawcy składającym ofertę, a nie na zamawiającym, który w dodatku nie musi „podpowiadać” wykonawcy dlaczego uważa cenę za zbyt niską. W okolicznościach rozpatrywanej sprawy, faktycznie wyjaśnienia nie pozwalały na przyjęcie przez zamawiającego, iż cena oferowana pozwala na wykonanie zamówienia w sposób zgodny z wymaganiami zamawiającego. Wprawdzie podstawą odrzucenia oferty

odwołującego nie było ustalenie niezgodności treści oferty odwołującego z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, to jednak nie wykluczało uznania, iż oferowana cena jest rażąco niska, gdyż nie pozwala na wykonanie przedmiotu zamówienia w sposób należyty. Skoro zamawiający powziął uzasadnione jego dotychczasowym doświadczeniem wątpliwości co do rzetelności kalkulacji ceny oferty, to składane wyjaśnienia winny umożliwić ich rozwianie, co w okolicznościach faktycznych nie wystąpiło. W takiej sytuacji zamawiający był zobowiązany odrzucić ofertę wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy, uznając, iż cena oferty jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Ponieważ Izba nie stwierdziła naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy wskazanych powyżej, to również zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy nie mógł się ostać.

W związku z powyższym odwołanie podlegało oddaleniu.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania. Do kosztów postępowania odwoławczego zaliczono wpis, na podstawie § 3 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. 3544), mającego zastosowanie do przedmiotowego odwołania, jako wniesionego w dniu wejścia w życie rozporządzenia i dotyczącego postępowania wszczętego po 29 stycznia 2010 r. (zgodnie z § 7 rozporządzenia).

**Przewodniczący:**

.....