

WYROK

z dnia 16 stycznia 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Ewa Sikorska**

Protokolant: **Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 stycznia 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 grudnia 2016 r. przez wykonawcę **D. B.** w postępowaniu prowadzonym przez **Skarb Państwa – 32 Bazę Lotnictwa Taktycznego w Łasku**

przy udziale wykonawcy **Chimide Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie**, zgłaszającej przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględni odwołanie i nakazuje zamawiającemu - **Skarbowi Państwa – 32 Bazie Lotnictwa Taktycznego w Łasku** – unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w zakresie części I, odrzucenie oferty wykonawcy **Chimide Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** i dokonanie ponownej oceny ofert.
2. W pozostałym zakresie żądania odwołania oddala.
3. kosztami postępowania obciąża **Skarb Państwa – 32 Bazę Lotnictwa Taktycznego w Łasku** i:
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **D. B.** tytułem wpisu od odwołania.

3.2. zasądza od **Skarbu Państwa – 32 Bazy Lotnictwa Taktycznego w Łasku** – na rzecz **D. B.** kwotę **16 313 zł 20 gr** (słownie: szesnaście tysięcy trzysta trzynaście złotych dwadzieścia groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i dojazdu na posiedzenie Izby.

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

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Skarb Państwa - 32 Baza Lotnictwa Taktycznego w Łasku – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na usługę kompleksowego utrzymania czystości budynków i terenów wewnętrznych.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 roku, poz. 2164 ze zm.), zwanej dalej ustawą P.z.p.

W dniu 27 grudnia 2016 roku wykonawca D. B. (dalej: odwołujący) wniósł odwołanie wobec czynności i zaniechań zamawiającego dokonanych w postępowaniu w zakresie Części 1 Zamówienia, polegających na:

- wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez CHIMIDE POLSKA Sp. o.o. ul. Żuławskiego 4/6 02-641 Warszawa (przystępujący),

- zaniechaniu odrzucenia oferty CHIMIDE POLSKA Sp. o.o. ul. Żuławskiego 4/6 02-641 Warszawa mimo, że zawiera ona cenę rażąco niską i ich istotną składową niską ceną w stosunku do przedmiotu zamówienia,

- zaniechaniu wezwania Wykonawcy CHIMIDE POLSKA Sp. o.o. ul. Żuławskiego 4/6 02-641 Warszawa do wyjaśnienia treści dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, podczas gdy istniały podstawy do takiego wezwania,

- zaniechaniu wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty odwołującego,

Zaskarżonym czynnościom i zaniechaniom zamawiającego odwołujący zarzucił naruszenie:

- art. 90 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 2 w zw. z art. 7 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez CHIMIDE POLSKA Sp. o.o. ul. Żuławskiego 4/6 02-641 Warszawa w sytuacji, gdy wykonawca złożył ogólnikowe i lakoniczne wyjaśnienia, a tym samym nie wykazał, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty CHIMIDE POLSKA Sp. o.o. ul. Żuławskiego 4/6 02-641 Warszawa mimo, iż oferta ta zawiera rażąco niską cenę, a zaniżone elementy składowe ceny mają na celu wyeliminowanie firm konkurujących z rynku.,

- art. 90 ust. 3 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty CHIMIDE POLSKA Sp. o.o. ul. Żuławskiego 4/6 02-641 Warszawa wobec tego, że z samej treści wyjaśnień składanych w trybie art. 90 ust. 1 ustawy P.z.p. wynika, że cena ofertowa wykonawcy jest rażąco niska; Zamawiający tym samym wbrew dyspozycji art. 90 ust. 3 ustawy P.z.p. jedynie formalnie dopełnił procedury wyjaśniającej, nie przeprowadzając pogłębionej, merytorycznej analizy wyjaśnień złożonych przez wykonawcę, mimo że nie obalił on domniemania, że cena oferty jest rażąco niska i nie ma na celu wyeliminowanie firm konkurujących z rynku ;

- art. 26 ust. 4 w zw. z art. 26 ust. 2a, art. 22 ust. 5 art. 24 ust. 2 pkt 3 i art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p., poprzez zaniechanie przez zamawiającego podjęcia czynności celem wyjaśnienia, czy informacje zawarte w wykazie usług i referencjach składanych przez wykonawcę CHIMIDE POLSKA Sp. o.o. ul. Żuławskiego 4/6 02-641 Warszawa celem wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu są prawdziwe, w tym poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy CHIMIDE POLSKA Sp. o.o. ul. Żuławskiego 4/6 02-641 Warszawa do wyjaśnienia treści dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, mimo że wiadomości posiadane przez zamawiającego, odnośnie niższej wartości usług wykonywanych przez wykonawcę CHIMIDE POLSKA Sp. o.o. ul. Żuławskiego 4/6 02-641 Warszawa w latach 2014-2015 r. na rzecz AGAT- ASTRA Warszawa, wskazywały, że dokumenty złożone przez tego wykonawcę zawierały informacje o sprzątaniu terenów wewnętrznych i w terenie - zapis w terenie jest niejednoznaczny, nic wskazujący iż referencje spełniają— wymogi Zamawiającego, referencje wystawione przez firmę Clean System Sprzątanie, czyszczenie obiektów i terenów budzą wątpliwości gdyż zapis „ prace dotyczyły budynków i terenów zewnętrznych. Mogły to być prace związane z główną działalnością firmy CHIMIDE POLSKA tj. realizacja wysokospecjalistycznych projektów informatycznych opartych na najnowszych rozwiązaniach w zakresie sieci teleinformatycznych, przetwarzania danych, wideo-transmisji i optoelektroniki, jak również dostarczamy nowoczesne urządzenia prądotwórcze. Nic w treści referencji nie wskazuje, iż prace te dotyczyły sprzątania, utrzymania czystości, zapis wykonywała prace porządkowe w okresie styczeń grudzień 2014 (analogicznie referencje z 20.11.2015 r. zapis styczeń - grudzień 2015 r.) nie wskazuje, iż czynności były wykonywane przez 12 miesięcy., a w konsekwencji wykonawca ten nie spełniał warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia w sposób wymagany przez zamawiającego w zapisach Rozdziału VI pkt II. 1 SIWZ, co winno skutkować odrzuceniem jego oferty;

- art. 7 ust. 1 i 3 ustawy P.z.p. poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty podlegającej odrzuceniu.

W oparciu o przedstawione wyżej zarzuty odwołujący wniósł o:

- nakazanie unieważnienia czynności zamawiającego polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez CHIMIDE POLSA Sp. z o.o. Warszawa ul. Żuławskiego 4/6,

- nakazanie zamawiającemu przeprowadzenie ponownego badania i oceny ofert, a w tym oraz wezwanie wykonawcy CHIMIDE POLSA Sp. z o.o. Warszawa ul. Żuławskiego 4/6 do wyjaśnień treści złożonych dokumentów zgodnie z art. 26 ust. 4 Pzp;

- odrzucenie oferty wykonawcy CHIMIDE POLSA Sp. z o.o. Warszawa ul. Żuławskiego 4/6, w zakresie części 1 zamówienia oraz, w konsekwencji, wybór jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez odwołującego.

Odwołujący podniósł, że w wyniku naruszenia przez zamawiającego przywołanych wyżej przepisów ustawy P.z.p., interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia może doznać uszczerbku. Skutkiem zaskarżonej czynności zamawiającego jest bowiem pozbawienie odwołującego możliwości realizacji przedmiotowego zamówienia w sytuacji, gdy odwołujący złożył ofertę sporządzoną w sposób prawidłowy, i która to stanowi dla zamawiającego „ofertę najkorzystniejszą” - w znaczeniu określonym przez ustawy P.z.p. oraz zamawiającego - spośród ofert nie podlegających odrzuceniu, w szczególności jest ofertą z ceną rynkową gwarantującą należyte wykonanie przedmiotu zamówienia.

Odwołujący się ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, bowiem jego oferta jest ofertą prawidłową i ważną w niniejszym postępowaniu. Wobec zaistnienia podstaw do odrzucenia oferty wykonawcy CHIMIDE POLSA Sp. z o.o. Warszawa ul. Żuławskiego 4/6, przy istnieniu wysokiego prawdopodobieństwa, iż ceny zaproponowane przez wykonawcę CHIMIDE POLSA Sp. z o.o. mają charakter cen rażąco niskich, oferta złożona przez odwołującego mogłaby zostać uznana za ofertę najkorzystniejszą. Tym samym odwołujący mógłby uzyskać zamówienie stanowiące przedmiot prowadzonego przez zamawiającego postępowania. Odwołujący wskazał na zasadność przyjęcia dopuszczalności wykazywania istnienia interesu w uzyskaniu zamówienia w ujęciu funkcjonalnym.

W ocenie odwołującego, zaniechanie odrzucenia oferty CHIMIDE POLSA Sp. z o.o. z powodu rażąco niskiej ceny, w tym złożenie niewystarczających wyjaśnień ceny i jej elementów składowych, jest postępowaniem naruszającym równe traktowanie konkurencji, i naruszeniem ustawy P.z.p.

Odwołujący podniósł, że zamawiający w dniu 6 grudnia 2016 r. wezwał przystępującego do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy P.z.p.

Przystępujący pismem w dniu 9.12.2016 r. wyjaśnienia na 3 stronach (bez załączników), które zamawiający uznał za wystarczające. Odwołujący po zapoznaniu się z całością dokumentów uznał, iż wyjaśnienia są szczątkowe, nie odpowiadające wymogom art. 90 ust 1 ustawy P.z.p. i żądaniu Zamawiającego. Przystępujący nie wyjaśnił ceny, kosztu i ich istotnych części składowych, które są rażąco niskie i mają na celu wyeliminowanie konkurencji z rynku zamówień publicznych.

Odwołujący wskazał, że przystępujący znacząco zawyżył koszty przy sprzątnięciu terenów zewnętrznych, które są opodatkowane VAT stawką 8% na kwotę 759.382.50 zł, co stanowi 82,94% oferty netto, natomiast koszt roczny sprzątnięcia terenów wewnętrznych opodatkowanych stawką VAT 23% .stanowi tylko 17,06% oferty netto.

Odwołujący wskazał dodatkowo, że na gruncie art. 90 ust. 1 ustawy P.z.p. nie ma obowiązku wielokrotnego wzywiania danego wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej przez niego ceny. Kolejne wezwanie może więc służyć jedynie doprecyzowaniu złożonych wyjaśnień, czy też wyjaśnieniu niejasności, jakie powstały na tle złożonych przez wykonawcę w „pierwotnych” wyjaśnieniach dokumentów, stanowisk. W niniejszej sprawie przystępujący nie skorzystał z możliwości złożenia odpowiednich wyjaśnień, a co za tym idzie w tej sytuacji nie sposób znaleźć uzasadnienia dla kierowania kolejnego, uzupełniającego wezwania. Takie wezwanie służyłoby wyłącznie obejściu dyspozycji art. 90 ust. 3 ustawy P.z.p. Innymi słowy, ponowne wezwanie winno służyć doprecyzowaniu wyjaśnień złożonych przez wykonawcę, nie może zaś stanowić, wobec sankcji z art. 90 ust. 3 ustawy P.z.p., czynności sanującej bierność wykonawcy na etapie składania pierwotnych wyjaśnień, tj. bierność w wyjaśnieniu podstawowych okoliczności mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny.

W zakresie zarzutu zaniechania przez zamawiającego zweryfikowania prawdziwości złożonych przez przystępującego informacji mających potwierdzać spełnienie warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia odwołujący podniósł, że o przedmiotowe zamówienie mogli się ubiegać wykonawcy posiadający-zgodnie z zapisem odpowiednią wiedzę i doświadczenie. Zgodnie z brzmieniem wskazanego zapisu s.i.w.z.: „Zamawiający uzna, iż Wykonawca posiada niezbędną wiedzę i doświadczenie do wykonywania zamówienia, jeżeliłoży oświadczenie, o którym mowa w art. 44 Pzp, oraz w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał co najmniej 3 usługi świadczone przez 12 miesięcy, polegające na świadczeniu usług sprzątnięcia powierzchni wewnętrznej i zewnętrznej obiektów na rzecz jednego Odbiorcy, o wartości brutto nie mniejszej niż 600.000 zł każda.

Odwołujący stwierdził, że przystępujący przedłożył referencje, które co do treści, jak też faktycznego stanu budzą poważne wątpliwości co do ich treści, i czy faktycznie oferent wykonał zadania wskazane w referencjach, a w zakresie wymaganym przez zamawiającego. Przystępujący wykonuje działalność gospodarczą głównie w zakresie zarządzania informacją, telekomunikacją itp. Na stronie internetowej przystępującego nie odnaleziono żadnej informacji świadczącej, iż wykonuje usługi czystościowe, w tym sprzątania.

W ocenie odwołującego, wątpliwe jest aby dynamiczna firma, dbająca o wizerunek i rozwój nie zaoferowała swoich usług czystościowych innym podmiotom na swoich stronach internetowych, mimo, iż wykonuje te usługi co najmniej od 3 lat co mają poświadczać referencje. Sama treść referencji budzi —wątpliwości:

1) Referencje wystawione w dniu 15 listopada 2016 r. przez firmę AGAT-ASTRA Sp. z o.o. zaświadcza, iż oferent wykonywał w latach 2014-2015 usługi porządkowe w budynkach i na terenie na kwotę powyżej 600.000 zł. Brak jest wskazania czy usługi faktycznie były wykonywane przez okres co najmniej 2 miesiące ciągle, czy też przez 2 miesiące np. grudzień 2014 r. i styczeń 2015 r.. Zapis usługi porządkowe jest nie jednoznaczny- usługa mogła obejmować tylko usługę porządkową np. po dokonaniu instalacji systemów teleinformatycznych itp. Zapis „.. iw terenie ..” także nie wskazuje czy obejmuje wykonywanie usług porządkowych na terenach zewnętrznych utwardzonych, zielonych czy też wykonanie jakiejś usługi w terenie np. montaż systemu teleinformatycznego w podległej placówce terenowej wystającego referencje. Firma AGAT ASTRA SP. z o.o. prowadzi szereg sklepów o stosunkowo niewielkiej powierzchni-

W ocenie odwołującego, zamawiający winien zweryfikować prawdziwość referencji i oświadczenia firmy przystępującego, wzywając oferenta do wyjaśnień co do wykazania faktycznych dat wykonania usługi, jakie faktyczne usługi były wykonywane, wykazania innymi dowodami czy wartość usługi odpowiada żądaniom zamawiającego w zakresie wiedzy i doświadczenia. Niezaprzeczalnym dowodem było by przedstawienie kopii faktur za wykonanie usług na rzecz firmy AGATA ASTRA Sp. z o.o. w okresie 12 miesięcy.

2) Referencje wystawione w dniu 15 listopada 2016 i. oraz 20 listopada 2015 r. przez firmę CLEAN SYSTEM P.D., zaświadcza, iż oferent wykonywał w okresie styczeń - grudzień 2014 oraz styczeń - grudzień 2015 usługi porządkowe dotyczące budynków i terenów zewnętrznych na kwotę powyżej 600.000 zł. Brak jest wskazania czy usługi faktycznie były wykonywane przez okres co najmniej 12 miesięcy ciągle - brak dat granicznych np. od 1 stycznia 2015 do 31 grudnia 2015 r. Nieodkreślenie czasu wykonania usługi budzi wątpliwości, ponadto brak jest wskazania miejsc gdzie usługa była wykonywana, brak bliższych danych uniemożliwia odwołującemu zweryfikowanie prawdziwości

oświadczenia przystępującego. Firma Clean System P. D. nie występuje w rejestrach Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej. Odnaleziono wpis do CDEiG osoby fizycznej P. D. cechach obejmujących NIP oraz REGON tożsamy z zapisami na pieczętce ujętej w referencjach, lecz brak jest wpisu do CDEiG firmy pod nazwą CLEAN-SYSTEM Sprzątanie czyszczenie obiektów i terenów P. D.. Dane ujęte w wpisie do CDEiG nie są tożsame z firmą jakoby udzielającą referencji.

Odwołujący stwierdził, że zamawiający winien zweryfikować prawdziwość referencji i oświadczenia firmy przystępującego, wzywając go do wyjaśnienia co do wykazania faktycznych dat wykonania usługi, jakie faktyczne usługi były wykonywane, wykazania innymi dowodami czy wartość usługi odpowiada żądaniom Zamawiającego w zakresie wiedzy i doświadczenia.

W odpowiedzi na odwołanie z dnia 10 stycznia 2017 roku zamawiający wniósł o oddalenie odwołania oraz zasądzenie kosztów postępowania zgodnie z przedłożonym na posiedzeniu rachunkiem.

Zamawiający podniósł, że cena oferty wykonawcy CHIMIDE POLSKA Sp. z o. o. złożona w części I w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na „Usługę kompleksowego utrzymania czystości budynków i terenów zewnętrznych” nr sprawy 02/PN/2017, nie jest ceną rażąco niską. Podstawowym odniesieniem w przypadku rażąco niskiej ceny jest bowiem wartość przedmiotu zamówienia. Nie oznacza to jednak, że zamawiający w każdym przypadku, gdy wartość oferty jest niższa niż szacunkowa wartość zamówienia powiększona o podatek VAT, jest zobowiązany automatycznie do żądania od wykonawcy wyjaśnień w zakresie ceny oferty. Obowiązek wyjaśnienia rażąco niskiej ceny występuje tylko w stosunku do ofert, co do których zachodzi podejrzenie występowania rażącego zaniżenia ceny oferty (tak wyr. KIO z: 4.5.2010 r., KIO/UZP 664/10; 10.6.2009 r., KIO/UZP684/09). Innym elementem odniesienia są ceny rynkowe podobnych zamówień (wyr. SO w Warszawie z 8.6.2006 r., V Ca 459/06). Zostało to dostrzeżone w orzecznictwie Izby, w szczególności w wyroku z 28.4.2011 r. (KIO 814/11) zauważono, że zamawiający porównując cenę oferty najkorzystniejszej z wartością szacunkową przedmiotu zamówienia powiększoną o podatek VAT oraz z kwotą, jaką zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia, powinien odwołać się do doświadczenia życiowego, które wskazuje, iż w dzisiejszej rzeczywistości gospodarczej różnice te kształtują się nawet na poziomie 50% i nie stanowią o rażąco niskiej cenie. (...)

Zamawiający stwierdził, że mając na względzie kilkuletnie doświadczenie w ocenie ofert, wysłał on pismo o wyjaśnienie wątpliwości dotyczących wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z określonymi wymaganiami za zaoferowaną cenę. Z analizy

otrzymanych wyjaśnień nie wynika, że zamawiający miał do czynienia z ceną nierealną. Zamawiający w sposób należyty dokonał analizy złożonych wyjaśnień, jak i porównał ceny zaproponowane w ofertach wykonawców z zaplanowanym na realizację zamówienia budżetem.

Zamawiający zauważył, że to nie określone procentowe odstępstwo od wartości szacunkowej zamówienia brutto czy od średniej cen złożonych ofert decyduje o zaoferowaniu ceny rażąco niskiej, ale to, czy zaoferowana cena nie jest ceną nierealistyczną, za którą nie jest możliwe wykonanie zamówienia w należyty sposób i która wskazuje na zamiar realizacji zamówienia poniżej kosztów własnych wykonawcy, niepozwalającą na wygenerowanie przez niego zysku. Z taką sytuacją również nie mamy do czynienia w niniejszej sprawie. Firma Chimide Polska Sp. z o.o. - uczestnik postępowania uwzględnił w swojej ofercie zysk na poziomie 10%, co zostało ujęte w wyjaśnieniach przesłanych Zamawiającemu.

Zamawiający podkreślił, że w orzecznictwie utrwalił się pogląd, że klasyfikując ofertę, jako ofertę z rażąco niską ceną, należy wziąć pod uwagę takie okoliczności jak:

- 1) wyraźne przekroczenie dolnego progu cen na zamówienie tego samego rodzaju;
- 2) znaczne dysproporcje w stosunku do:
 - a) wartości całego przedmiotu zamówienia,
 - b) wysokości cen rynkowych,
 - c) cen przedstawionych w ofertach innych wykonawców;
- 3) oczywisty brak ekwiwalentności w stosunku do przedmiotu zamówienia sugerujący wykonanie zamówienia poniżej kosztów wytworzenia.

Za ofertę z rażąco niską ceną można uznać zatem ofertę z ceną niewiarygodną, znacząco odbiegającą od cen przyjętych na rynku, wskazującą na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów realizacji usługi. Wg definicji słownikowej "rażący" - to dający się łatwo stwierdzić, wyraźny, oczywisty, niewątpliwy, bezsporny. A zatem oferta podlega odrzuceniu o ile zawiera cenę wyraźnie i w oczywisty, bezsporny sposób zaniżoną w stosunku do przedmiotu zamówienia. Przyczyną wyraźnie niższej ceny od innych ofert może być albo świadome działanie wykonawcy albo nierzetelność kalkulacji wykonawcy". Oznacza to cenę znacząco odbiegającą od cen przyjętych, wskazującą na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi, dostawy, roboty budowlanej - ""cena rażąco niska" to taka,

która została zaoferowana poniżej kosztów wytworzenia usługi, czy też dzieła przez tego wykonawcę, który ją zaoferował".

Biorą pod uwagę tylko cyfry oznaczające cenę ofert należy zauważyć, iż cena oferty Chimide Polska Sp. z o. o., w myśl art. 90 ust. 1a ustawy, nie jest niższa o 30% od wartości szacunkowej zamawiającego i nie jest niższa o 30% od średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert w części I przedmiotowego postępowania.

Wartość szacunkowa części I postępowania określona przez zamawiającego to 1.188.166,22 zł netto, 1.332.000,00 zł brutto.

W postępowaniu, w części I, złożono trzy oferty:

Oferta nr 2 - IMPEL CLEANING Sp. z o. o., ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław, cena 1 161 571,23 zł. netto, 1 315 198,48 zł. brutto,

Oferta nr 3 - BIURO PROJEKTOWE OGRODY HESPERYD, D. B., ul. B. Chrobrego 14, 68-100 Żagań, cena 1.063.449,08 zł. netto, 1.195.736,32 zł brutto;

Oferta nr 4 - CHIMIDE POLSKA Sp. z o. o., ul. Żuławskiego 4/6, 02-641 Warszawa, cena 915.548,40 zł netto, 1.012.217,16 zł. brutto. Jak wynika z powyższego, cena oferty nr 4 jest niższa od:

- wartości szacunkowej - o 272 617,82 zł netto co stanowi 22,85%
- oferty nr 3 o 147 900,00 zł netto co stanowi 13,91%. Ponadto cena oferty nr 3 jest niższa od:
- wartości szacunkowej - o 124 717,14 zł netto co stanowi 10,50%
- oferty nr 2 o 98 122,14 zł netto co stanowi 8,45%..

Zamawiający stwierdził, iż, chcąc dokonać rzetelnej oceny ofert oraz wypełnić zapis art. 44 ust. 3 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych: „3. Wydatki publiczne powinny być dokonywane:

1) w sposób celowy i oszczędny, z zachowaniem zasad:

- a) uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów,
 - b) optymalnego doboru metod i środków służących osiągnięciu założonych celów:
- 2) w sposób umożliwiający terminową realizację zadań;

3) w wysokości i terminach wynikających z wcześniej zaciągniętych zobowiązań"

mając na względzie kilkuletnie doświadczenie w ocenie ofert, wysłał pismo o wyjaśnienie wątpliwości dotyczących wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z określonymi wymaganiami za zaoferowaną cenę.

Zamawiający podkreślił, że wykonawcy często w swoich ofertach popełniają błędy w wyliczeniu ceny, pomijając składniki cenotwórcze. Otrzymanie pisma odnośnie rażąco niskiej ceny, skłania wykonawcę do ponownej wnikliwej analizy ceny złożonej oferty, a niejednokrotnie powoduje uznanie zasadności wezwania i odstąpienie od zaoferowanej ceny. Wielokrotnie wykonawcy, po wyborze oferty najkorzystniejszej, rezygnowali z podpisania umowy tłumacząc się nieopłacalnością wykonania przedmiotu zamówienia za ceną podaną w ofercie. Zamawiający wysyłając wezwanie do wyjaśnień oczekiwał potwierdzenia przez wykonawcę, że za cenę podaną w ofercie jest w stanie rzetelnie wykonać przedmiot zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w SIWZ przedmiotowego postępowania i takowe potwierdzenie otrzymał.

Zamawiający stwierdził, że - jak wynika z wyliczeń – ceny ofert nr 3 i 4 są zbliżone i zapewniają realizację zamówienia, a z całą pewnością cena oferty nr 4 CHIMIDE POLSKA Sp. z o. o., ul. Żuławskiego 4/6, 02-641 Warszawa, nie jest ceną rażąco niską.

Zamawiający wskazał, że w postępowaniu na usługę kompleksowego utrzymania czystości budynków i terenów zewnętrznych na rok 2016 firma Chimide Polska Sp. z o.o. złożyła również ofertę i cena oferty również była niższa od oferty odwołującego, dlatego powyższa sytuacja nie jest wyjątkiem, a jest sytuacją powtarzającą się.

Zamawiający stwierdził, że ustawa nie definiuje pojęcia rażąco niskiej ceny. W tej sytuacji więc w każdym stanie faktycznym należy ustalić kryteria, regulujące to zagadnienie. Wydaje się za słuszne odnieść pojęcie rażąco niskiej ceny do ceny nierealistycznej w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień. Z treści przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy P.z.p. wynika też, iż punktem odniesienia dla zakwalifikowania ceny jako rażąco niskiej winna być ustalona przez zamawiającego cena za przedmiot zamówienia a nie jednostkowych elementów zamówienia. Ponadto zamawiający pragnie zauważyć, że odwołujący i przystępujący złożyli również oferty w części II postępowania, a wartość ofertowa powyższego zamówienia kształtowała się następująco: BIURO PROJEKTOWE OGRODY HESPERYD, D. B., ul. B. Chrobrego 14, 68-100 Żagań, cena 734 574,69 zł netto, 842 482,38 zł brutto, CHIMIDE POLSKA Sp. z o. o., ul. Żuławskiego 4/6, 02-641 Warszawa, cena 775 690,96 zł netto, 860 871,75 zł brutto.

Zamawiający poinformował, że w zakresie wyjaśnienia dokumentów na potwierdzenie spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia, złożonych przez CHIMIDE POLSKA Sp. z o. o., ul. Żuławskiego 4/6, 02-641 Warszawa pismem wychodzącym nr 8168/16 z dnia 08.12.2016 r. (załącznik nr 1) wezwał do wyjaśnienia niejasności terminu realizacji usługi wymienionej w pkt. 3 „Wykazu usług” - załącznik nr 8 do SIWZ.

W wykazie usług, termin realizacji dla usługi wymienionej w pkt 3 został określony jako 2014-2015. Po wezwaniu, wykonawca CHIMIDE POLSKA Sp. z o. o., ul. Żuławskiego 4/6, 02-641 Warszawa, przysłał wyjaśnienie i nowy dokument „Wykaz usług” (pismo wchodzące nr 11266/16 z dnia 16.12.2016 r., załącznik nr 2), gdzie określił termin realizacji, czerwiec 2014-czerwiec 2015. Dokument ten znajdował się w dokumentach sprawy w trakcie wglądu do ofert, wykonanego przez odwołującego w dniu 21.12.2016 r.

Zamawiający powołał się na § 2 ust 4 pkt. 2 rozporządzenia z dnia 27 lipca 2016 roku Ministra Rozwoju w sprawie dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia oraz wyrok z dnia 17 marca 2014 r. sygnatura akt KIO 427/14; „Treść referencji nie musi zawierać informacji o wartości świadczonych usług, gdyż celem złożenia referencji jest wyłącznie potwierdzenie należytego wykonania zamówienia (...), wykonawca przedstawił „Wykaz usług” potwierdzający spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia oraz referencje na potwierdzenie rzetelności wykonania tych usług.

Zamawiający stwierdził, że odnosząc się do terminu realizacji zamówienia przez okres czerwiec 2014 - czerwiec 2015 r. należy zauważyć, że zamawiający w pkt, 5.3,1, SIWZ określił „w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał co najmniej 3 usługi świadczone przez 12 miesięcy, polegające na świadczeniu usług sprzątania powierzchni wewnętrznej i zewnętrznej obiektów na rzecz jednego Odbiorcy, o wartości brutto nie mniejszej niż 600 000,00 zł każda (dotyczy części I), 400 000,00 zł każda (dotyczy części II) potwierdzonymi dowodami, że zostały wykonane należyci”. Jak wynika z zapisu czerwiec 2014 - czerwiec 2015 r., usługa była realizowana przez 12 miesięcy ponieważ zamawiający nie określił, że usługa ma być realizowana przez okres roku kalendarzowego bądź przez 365 dni a tylko przez 12 miesięcy, który to zapis spełnia wykaz usług przedstawiony przez CHIMIDE POLSKA Sp, z o. o., ul. Żuławskiego 4/6, 02-641 Warszawa.

Zamawiający stwierdził, iż aby przekonać się, czy przystępujący ma w zakresie działalności „usługi czystościowe”, wystarczy zajrzeć do KRS i sprawdzić tam zapisy. Zamawiający przywołał zapisy z Krajowego Rejestru Sądowego Nr 0000361081, gdzie wskazano:

Poz. 17. 81,10,Z, DZIAŁALNOŚĆ POMOCNICZA ZWIĄZANA Z UTRZYMANIEM PORZĄDKU W

BUDYNKACH, str. 4/7

Dział 81 - DZIAŁALNOŚĆ USŁUGOWA ZWIĄZANA Z UTRZYMANIEM PORZĄDKU W BUDYNKACH I ZAGOSPODAROWANIEM TERENÓW ZIELENI

grupa/

klasa/

podklasa

81.1

81.10

Nazwa grupowania

Działalność pomocnicza związana z utrzymaniem porządku w budynkach

Działalność pomocnicza związana z utrzymaniem porządku w budynkach

Opis dodatkowy

81.10.Z

Działalność pomocnicza związana z utrzymaniem porządku w budynkach i zagospodarowaniem terenów zieleni

Podklasa ta obejmuje działalność pomocniczą związaną z utrzymywaniem porządku w budynkach Klienta, poprzez:

- ogólne sprzątnięcie wnętrza,
- wywóz śmieci
- ochronę i środki bezpieczeństwa,
- działalności recepcyjne, pralnicze i podobne działalności pomocnicze.

Działalności pomocnicze związane z utrzymaniem porządku w budynkach wykonywane są przez personel, który nie jest zaangażowany, ani odpowiedzialny za istotne sprawy czy działalność Klienta.

Kody, które występowały we wnioskach CEIDG-1 razem z 81.10.Z:

PKD 81.21 .Z

Niespecjalistyczne sprzątanie budynków i obiektów przemysłowych

Sekcja ta obejmuje wiele rodzajów działalności wspomagających działalność gospod... Kod PKD wybrało 106 użytkowników aplikacji CEIDG. Sekcja: N, Dział: 81, Grupa: 81.2, Klasa: Kod 81.21

PKD81.29.Z

Pozostałe sprzątanie

Sekcja ta obejmuje wiele rodzajów działalności wspomagających działalność gospod... Kod PKD wybrało 94 użytkowników aplikacji CEIDG. Sekcja: N, Dział: 81, Grupa: 81.2, Klasa: Kod 81.29

PKD81.30.Z

Działalność usługowa związana z zagospodarowaniem terenów zieleni

Sekcja ta obejmuje wiele rodzajów działalności wspomagających działalność gospod... Kod PKD wybrało 68 użytkowników aplikacji CEIDG. Sekcja: N, Dział: 81, Grupa: 81.3, Klasa: Kod 81.30

PKD81.22.Z

Specjalistyczne sprzątanie budynków i obiektów przemysłowych

Sekcja ta obejmuje wiele rodzajów działalności wspomagających działalność gospod... Kod PKD wybrało 68 użytkowników aplikacji CEIDG. Sekcja: N, Dział: 81, Grupa: 81.2, Klasa: Kod 81.22

Przystępujący w piśmie z dnia 13 stycznia 2017 r. wskazał, co następuje:

W zakresie zarzutu naruszenia art. 90 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 2 w zw. z art. 7 ustawy P.z.p., przystępujący stwierdził, że odwołujący postawił w odwołaniu zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 90 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 2 w zw. z art. 7 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego z uwagi na to, iż w ocenie odwołującego złożone przez przystępującego wyjaśnienia nie wykazują, iż oferta złożona przez przystępującego nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia, a wręcz potwierdzają ten fakt. Na podstawie

powyższego odwołujący twierdzi, iż oferta przystępującego zawiera cenę rażąco niską za wykonanie przedmiotu zamówienia, a zaniżone elementy składowe mają na celu wyeliminowanie innych wykonawców z rynku.

W ocenie przystępującego, powyższe zarzuty odwołującego są bezpodstawne i nie znajdują potwierdzenia w rzeczywistości. Cena oferty Chimide uwzględnia wszystkie wymagane w dokumentacji przetargowej elementy składowe (w tym również elementy kwestionowane przez Odwołującego), obejmuje swoim zakresem realizację całości przedmiotu zamówienia zgodnie z SIWZ, opisem przedmiotu zamówienia, wzorem umowy oraz wyjaśnieniami treści SIWZ udostępnionymi w toku postępowania przez zamawiającego. Szacując cenę przedmiotu zamówienia przystępujący uwzględnił w zaoferowanym wynagrodzeniu wszystkie koszty, ryzyka oraz godziwy zysk.

Przystępujący stwierdził, że zaoferowana przez niego cena nie spełnia jakiegokolwiek z ww. przesłanek, a co za tym idzie nie może zostać uznana za cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia. Cena oferty przystępującego jest ceną, która jest niewiele niższa od średniej cen ofert wykonawców, którzy złożyli oferty w części i przedmiotowego postępowania. Cena oferty przystępującego (915 548,40 zł netto) jest bardzo zbliżona do ceny oferty złożonej przez odwołującego (1 063 449,08 zł netto) - różnica to zaledwie ok. 14% wartości oferty oraz wykonawcy trzeciego w rankingu cenowym (1 161 571,23 zł) - różnica to ok. 22% wartości oferty. Oferta przystępującego jest jedynie o ok. 13% niższa od średniej arytmetycznej cen ofert złożonych w postępowaniu dla części I. Różnica pomiędzy ceną oferty przystępującego, a średnią ceną ofert pozostałych wykonawców wynosi więc procentowo ponad dwukrotnie mniej, niż różnica procentowa wskazana w art. 90 ust. 1a ustawy P.z.p., która obliuguje zamawiającego do skierowania wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Różnica na tym poziomie wynikać może nie z faktu, że to przystępujący oferuje cenę nierealną w stosunku do wartości zamówienia, ale z zawyżonego poziomu kosztów lub wysokiej marży przyjętej przez pozostałych wykonawców.

Przystępujący wskazał, że cena oferty przystępującego również nie odbiega w sposób znaczący od wartości zamówienia oszacowanej przez zamawiającego i jest od niej niższa jedynie o ok. 23%. Przystępujący podkreślił, że każda z cen ofert złożonych w części I postępowania jest niższa od wartości szacunkowej przedmiotu zamówienia, a ta była podana przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówienia i znana wszystkim wykonawcom. Również różnica pomiędzy ceną oferty przystępującego, a wartością szacunkową przedmiotu zamówienia wynosi więc procentowo mniej, niż różnica procentowa wskazana w art. 90 ust. 1a ustawy P.z.p., która obliuguje zamawiającego do skierowania wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny.

Różnica ceny oferty przystępującego z szacunkową wartością zamówienia oraz średnią arytmetyczną cen ofert złożonych w części 1 postępowania nie powinna zatem budzić żadnych wątpliwości. Skierowanie wezwania w ocenie przystępującego było zatem nieuzasadnione, jakkolwiek interes przystępującego nie wymagał jego kwestionowania na tamtym etapie. W świetle powyższego, złożone przez Chimide wyjaśnienia - podane w nich okoliczności i wartości - były zupełnie wystarczające dla oceny, iż cena oferty nie wypełnia znamion ceny rażąco niskiej.

Przystępujący wskazał, że w treści wezwania zamawiający nie określił szczegółowości ani nie podał konkretnych kosztów, do których powinien odnieść się przystępujący w swojej odpowiedzi. Przystępujący odpowiedział na wezwanie na poziomie szczegółowości adekwatnym zarówno do treści wezwania, jak i okoliczności postępowania. Trudno oczekiwać, aby złożył on wyjaśnienia podając określone informacje, w szczególności te, jakie podaje odwołujący. Tym bardziej, iż przystępujący miał świadomość, iż w razie, gdyby udzielona odpowiedź wymagała doprecyzowania lub w dalszym ciągu zaoferowana cena budziła wątpliwości zamawiającego - ten ma możliwość wezwania go ponownie do uszczegółowienia wyjaśnień w interesującym go zakresie.

7. Pod uwagę należy wziąć również charakter przewidzianego w umowie wynagrodzenia. Jest ono ryczałtowe, przy założeniu co do zasady stałych cen i określonym czasie trwania usługi. Ponadto, wartość poszczególnych usług, Zamawiający uzależnił wyłącznie od parametru powierzchni podlegającej sprzątnięciu/utrzymaniu, nie określając wytycznych, co do ilości zużywanych materiałów eksploatacyjnych, czy też roboczogodzin. W zakresie ilości sprzętu i osób skierowanych do realizacji zamówienia - Uczestnik postępowania wykazał dysponowanie nimi w złożonym wykazie sprzętu i osób - wykorzystanie tych zasobów zostało uwzględnione przy szacowaniu ceny ofertowej.

Przystępujący stwierdził, że złożone przez niego wyjaśnienia odpowiadają treści wezwania, w szczególności wskazują na konkretne czynniki cenotwórcze, które odgrywają kluczową rolę przy kalkulacji ceny - są realne i rzetelne. Złożone wyjaśnienia są rzeczowe, odnoszą się do konkretnych okoliczności pozwalających na obniżenie ceny, jak również wskazują na osiągnięcie zysku.

W ocenie przystępującego, w przypadku powzięcia przez zamawiającego jakichkolwiek wątpliwości dotyczących udzielonych wyjaśnień, nie powinien on automatycznie stosować art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy P.z.p. i odrzucać oferty przystępującego, lecz co najwyżej ponownie wezwać do udzielenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy P.z.p., dopytując o konkretne interesujące go okoliczności. Przystępujący podkreślił, że brak w ustawie P.z.p. jakichkolwiek przepisów, które zakazywałyby zamawiającemu ponownego

zwrócenia się do wykonawcy o wyjaśnienia w skonkretyzowanym zakresie. Możliwość kilkukrotnego wzywania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp potwierdzona jest chociażby w orzecznictwie sądów powszechnych (m.in. wyrok Sądu Okręgowego w Olsztynie z dnia 9 grudnia 2010 r., sygn. akt V Ga 122/10) oraz w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej (w wyroku KIO z dnia 10 kwietnia 2014 r., sygn. akt KIO 586/14).

Przystępujący stwierdził, że odwołujący dowolnie i wybiórczo podaje wybrane koszty, nie udowadniając ich ani też nie podając podstaw dla przyjętych założeń. Odwołujący, jako podmiot kwestionujący cenę oferty przystępującego, powinien swoje twierdzenia w sposób należyty uzasadnić i udowodnić. Mimo ustawowego określenia ciężaru dowodu, nie jest dopuszczalna sytuacja, w której odwołujący stawia zarzut nie wykazując jednocześnie zaniżenia ceny całkowitej oferty i nie wykazując, że to przyjęte przez niego założenia i poziom kosztów są minimalnymi wymaganymi dla realizacji zamówienia. Przystępujący przywołał wyrok z dnia 11 sierpnia 2015 r. KIO 1651/15, zgodnie z którym: „Zgodnie z art. 190 ust. 1 ustawy P.z.p., strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swoich twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy. Powyższe oznacza, że każdy uczestnik postępowania odwoławczego, w tym w szczególności odwołujący, gdyż to on, jako strona postępowania, stawiając zarzuty, wywodzi określone skutki prawne, muszą przedstawiać dowody. Biorąc pod uwagę treść ww. przepisów (art. 190 ust. 1 oraz art. 190 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp) i dokonując ich literalnej wykładni, Izba doszła do przekonania, że odwołujący, który stawia zarzuty zamawiającemu, w zakresie czynności oceny oferty, tj. czy oferta zawiera rażąco niską cenę, zobowiązany jest na mocy przepisu art. 190 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 6 k.c, przedstawić dowody na okoliczność, że kwestionowana oferta zawiera rażąco niską cenę (dowód negatywny). Uczestnik postępowania odwoławczego zaś, na etapie postępowania odwoławczego, zgodnie z art. 190 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp, ma obowiązek przedstawić dowody na odparcie twierdzeń odwołującego (dowód pozytywny). Dopiero zestawienie dowodów przedstawionych przez strony i ich prawidłowa ocena, może służyć za podstawę rozstrzygnięcia w sprawie. W ocenie Izby nie jest dopuszczalne, aby odwołujący, powołując się na przepis art. 190 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp, przerzucali obowiązek dowodowy tylko na jedną ze stron postępowania, samemu pozostając biernym w postępowaniu”.

Odnosząc się do zarzutu manipulacji cenowej w zakresie stawek podatku VAT, przystępujący wskazał, że w odwołaniu nie postawiono zarzutu czynu nieuczciwej konkurencji (jest to odrębna przesłanka odrzucenia), w związku z czym kwestia ta nie

powinna być przedmiotem rozpatrywania przez Izbę. Okoliczności podnoszone przez odwołującego w tym zakresie nie dowodzą rażąco niskiej ceny oferty, wręcz przeciwnie, gdyż sam odwołujący stwierdza, iż ceny części usług zostały zawyżone (a więc przewyższają koszty ich świadczenia). Należy również wskazać, że odwołujący nie przedstawił rzetelnej kalkulacji, która wykazałaby brak możliwości wykonania poszczególnych części zamówienia za kwoty wskazane w złożonej ofercie przez przystępującego. Jediną podstawą faktyczną zarzutu jest wskazanie różnic pomiędzy Formularzami cenowymi poszczególnych wykonawców.

W zakresie zarzutu dotyczącego warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia, przystępujący podniósł, że zarzut ten jest niezrozumiały i pozbawiony podstaw faktycznych i prawnych. W zakresie podstaw prawnych odwołujący powołuje się na przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych uchylone w aktualnie obowiązującym stanie prawnym, podczas gdy postępowanie prowadzone jest w oparciu o brzmienie ustawy po nowelizacji (ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Dzienniku Urzędowym UE w dniu 2.11.2016 r.). Uniemożliwia to precyzyjne określenie podstaw prawnych stawianego przez odwołującego zarzutu, w szczególności przesłanek wymagających wykazania w celu potwierdzenia jego zasadności. Przepisy ustawy, których naruszenie wskazuje odwołujący mają istotne znaczenie, gdyż ich treść jest wiążąca przy rozstrzygnięciu zasadności zarzutu - niezależnie od tego jak tłumaczy ją czy interpretuje odwołujący, zarzut podlega uwzględnieniu wyłącznie w przypadku wykazania, iż doszło do naruszenia tych przepisów i o tej treści, do których stosowania był zobowiązany zamawiający. Ponieważ Krajowa Izba Odwoławcza, zgodnie z brzmieniem art. 192 ust. 7 ustawy P.z.p., nie może orzekać, co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu, Przystępujący wniósł o stwierdzenie, iż ze względu na wadliwość podstawy prawnej zarzutu dotyczącego przedłożonego przez przystępującego wykazu usług i referencji, zarzut ten nie nadaje się do rozpoznania i nie może podlegać uwzględnieniu. Ponadto, zaniechanie prawidłowego określenia okoliczności prawnych zarzutu, utrudnia przystępującemu i zamawiającemu obronę ich praw, gdyż nie są oni w stanie precyzyjnie odnieść się do konkretnych przepisów, które miałyby podlegać naruszeniu.

W ocenie przystępującego niezrozumiale zostały sformułowane również podstawy faktyczne podstawy zarzutu. W szczególności przystępujący nie otrzymał załączników do odwołania, w tym również dowodów, które powołuje odwołujący w treści odwołania. Odwołujący ogólnie wskazuje na to, że przedstawione przez przystępującego referencje budzą wątpliwości i wymagałyby wyjaśnienia, natomiast brak konkretnego wskazania, w jaki sposób powoływane przez odwołującego okoliczności faktyczne udowadniają niespełnienie przez przystępującego warunku udziału w postępowaniu czy też złożenie przez

niego nieprawdziwych informacji (zgodnie z powoływanymi przez odwołującego stwierdzeniami). W szczególności, występują rozbieżności, co do podstaw zarzutu formułowanych w *petitum* odwołania (str. 2 i 3) oraz w treści uzasadnienia.

Niezależnie od powyższego, przystępujący stwierdził, że wykazywane przez niego usługi spełniają wymagania określone przez zamawiającego w SIWZ i zostały należycie wykonane, co potwierdzają skutecznie dowody załączone do wykazu. W szczególności, brak podstaw do twierdzenia, iż złożone przez przystępującego wykaz i referencje budzą jakiegokolwiek wątpliwości, które wymagałyby wezwania przystępującego do udzielenia wyjaśnień treści referencji. W szczególności - treść wykazu i referencji są spójne i nie wskazują na występowanie jakiegokolwiek sprzeczności z treścią warunku, które mogłyby w jakikolwiek sposób powodować zasadność wezwania przystępującego do udzielenia wyjaśnień.

Przystępujący podniósł, że odwołujący pomija, iż to oświadczenie złożone przez wykonawcę w wykazie, a nie treść referencji ma potwierdzać spełnianie elementów warunku udziału w postępowaniu. Rolą referencji jest wyłącznie potwierdzenie należytego wykonania zamówienia (w tym zakresie odwołujący nie formułuje żadnych zarzutów), a ich treść w sposób oczywisty nie musi dokładnie odpowiadać brzmieniu warunku udziału w postępowaniu.

Izba ustaliła, co następuje:

W postępowaniu, w części I, złożono trzy oferty:

Oferta nr 2 - IMPEL CLEANING Sp. z o. o., ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław, cena 1 161 571,23 zł. netto, 1 315 198,48 zł. brutto,

Oferta nr 3 - BIURO PROJEKTOWE OGRODY HESPERYD, D. B., ul. B. Chrobrego 14, 68-100 Żagań, cena 1.063.449,08 zł. netto, 1.195.736,32 zł brutto;

Oferta nr 4 - CHIMIDE POLSKA Sp. z o. o., ul. Żuławskiego 4/6, 02-641 Warszawa, cena 915.548,40 zł netto, 1.012.217,16 zł. brutto.

Pismem z dnia 6 grudnia 2016 roku zamawiający poinformował przystępującego, że na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy P.z.p., stwierdził, że cena oferty w części I wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z określonymi wymaganiami. Zamawiający zwrócił się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny, w szczególności w zakresie: oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania

zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęto dla ustalenia ceny.

Zamawiający poinformował, że wyjaśnienia należy przesłać do zamawiającego w nieprzekraczalnym terminie 12.12.2016 r. do godz. 12.00. Niedostarczenie wyjaśnień w wyznaczonym terminie lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdzi, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, spowoduje odrzucenie oferty zgodnie z art. 90 ust. 3 ustawy P.z.p.

W wyznaczonym terminie przystępujący złożył pismo, w którym poinformował, że cena oferty wykonawcy w kwocie 1.012.217,16 zł brutto stanowi bilans sprzyjających i dostępnych wykonawcy warunków cenotwórczych wykonania zamówienia, polegających na:

- 1) posiadaniu własnego zaplecza technicznego oraz bazy przedsiębiorstwa wykonawcy zlokalizowanych w bliskiej odległości od miejsca wykonania przedmiotu zamówienia, co skutkuje obniżeniem kosztów transportu, jak również brakiem konieczności najmu terenu na bazę,
- 2) ponadto jako firma działająca na rynku wojewódzkim, wykonawca zatrudnia pracowników zamieszkujących w bliskim sąsiedztwie, co sprowadza koszty dowozu pracowników do minimum,
- 3) w firmie wykonawca skupia się na wyeliminowaniu miejsc niskiej efektywności organizacji pracy. Poprawia sposób wykonywania najkosztowniejszych zadań (m.in. przez zmianę sposobu wykonywania czynności). Posiada własny system zarządzania jakością, który usprawnia organizację pracy w sposób pozwalający na obniżenie kosztów pracy pracowników o 20%.
- 4) koszty osobowe przystępującego są co najmniej 20% niższe od średnich kosztów osobowych dla tego typu usług między innymi poprzez ograniczenie do minimum kadry zarządzającej, jak również poprzez zminimalizowanie kosztów zarządu,
- 5) firma przystępującego posiada własny sprzęt i urządzenia do realizacji przedmiotu zamówienia, co skutkuje niższymi kosztami oraz brakiem konieczności ponoszenia dodatkowych kosztów związanych z wynajmem sprzętu,
- 6) posiadaniu w chwili składania oferty posiada ok. 50% zmagazynowanych zapasów materiałowych, tj. środków czystości, materiałów higienicznych, środków ochrony roślin oraz 60% materiałów do konserwacji zieleni, niezbędnych do realizacji przedmiotu zamówienia, co skutkuje oszczędnościami przy wykonywaniu przedmiotu zamówienia,
- 7) korzystaniu z atrakcyjnych rabatów (często nawet ponad 20%) na zakup materiałów i sprzętu. Wykonawca działając w znaczącej skali współpracuje z bezpośrednimi

importerami (m.in. sieć Top-Market) i posiada atrakcyjne rabaty i upusty cenowe na ww. zakup

- 8) przy kalkulowaniu ceny wykonawca wziął również pod uwagę prognozy meteorologiczne amerykańskiej państwowej agencji meteorologicznej CPC, która od dawna dostarcza rzetelne prognozy sezonowe dla całego świata. Według meteorologów i klimatologów, bardzo wysoce prawdopodobny scenariusz dla centralnej Polski, to zima bezśnieżna i o dodatnich temperaturach,
- 9) firma zatrudnia pełnomocnika ochrony informacji niejawnych, co w przypadku wykonywania prac w obiektach specjalnych, obniża koszty sprawowania osób (pracowników) nieposiadających poświadczeń bezpieczeństwa.

Powyższe skutkuje możliwością zaoferowania przez wykonawcę konkurencyjnych cen za wykonanie zamówienia. Przystępujący oświadczył, że w cenie oferty zostało uwzględnione wykonanie wszystkich czynności wyszczególnionych w s.i.w.z., w szczególności w opisie przedmiotu zamówienia, oraz został uwzględniony zysk w wysokości 10%.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie jest zasadne.

W pierwszej kolejności Izba uznała, że odwołujący jest uprawniony do korzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy P.z.p.

Stosownie do art. 90 ust. 1 ustawy P.z.p., jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, w szczególności w zakresie:

- 1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2015 r. poz. 2008 oraz z 2016 r. poz. 1265);

- 2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.

Izba wskazuje na brzmienie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy P.z.p., odnoszącego cenę do wartości przedmiotu zamówienia – ma to być „cena rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia”. Tym samym, to realna, rynkowa wartość danego zamówienia jest punktem odniesienia dla oceny i ustalenia ceny tego typu. Cena rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia będzie ceną odbiegającą od jego rzeczywistej wartości, a rzeczona różnica nie będzie uzasadniona obiektywnymi względami pozwalającymi danemu wykonawcy bez strat i finansowania wykonania zamówienia z innych źródeł niż wynagrodzenie umowne, zamówienie to wykonać. Reasumując, cena rażąco niska jest więc ceną nierealistyczną, nieadekwatną do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, zakładającą wykonanie zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów i w takim sensie nie jest ceną rynkową, tzn. generalnie nie występuje na rynku, na którym ceny wyznaczone są m.in. poprzez ogólną sytuację gospodarczą panującą w danej branży i jej otoczeniu biznesowym, postęp technologiczno-organizacyjny oraz obecność i funkcjonowanie uczciwej konkurencji podmiotów racjonalnie na nim działających... etc. Definicja tego typu została wypracowana w orzecznictwie i nie występują w tym zakresie kontrowersje.

Analiza treści wskazanego przepisu pozwala na wniosek, iż zamawiający jest obowiązany żądać od wykonawcy udzielenia stosownych wyjaśnień każdorazowo, gdy tylko poweźmie wątpliwości co do zaoferowanej ceny pod względem jej rażącego zaniżenia. Podkreślenia wymaga, że sformułowanie „budzą wątpliwości” wskazuje na wrażenie zamawiającego charakteryzujące się dużym stopniem subiektywności. Ustawa w tym zakresie nie wskazuje żadnych przesłanek uzasadniających konieczność wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień. Zamawiający może powziąć wątpliwości w oparciu o szereg czynników, w tym doświadczenie nabyte przy udzielaniu tego rodzaju usług, znajomość cen obowiązujących na rynku, ceny innych ofert złożonych w postępowaniu itp.

Fakt, iż w przedmiotowym postępowaniu, w odniesieniu do oferty przystępującego, zamawiający tego rodzaju wątpliwości podjął, wynika z pisma z dnia 6 grudnia 2016 roku, gdzie zamawiający wprost stwierdził, że „(...) cena oferty w części I wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z określonymi wymaganiami”.

Tym samym nie przekonują Izby wyjaśnienia zamawiającego zawarte w odpowiedzi na odwołanie oraz powtórzone na rozprawie w dniu 13 stycznia 2017 roku, jakoby zwrócił się o wyjaśnienie ceny jedynie po to, by dokonać rzetelnej oceny ofert, wypełnić zapis art. 44 ust. 3 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych oraz skłonić wykonawcę do ponownego przeanalizowania zaoferowanej ceny. Izba podkreśla, że art. 90 ust. 1 ustawy P.z.p., na który powołał się zamawiający w piśmie z dnia 6 grudnia 2016 roku, ma na celu

uzyskanie od wykonawcy wyjaśnień dla ustalenia, czy zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niska. Ustawa P.z.p. nie przewiduje możliwości skłonienia wykonawcy do ponownej analizy zaoferowanej ceny ani też art. 90 ust. 1 ustawy P.z.p. nie jest instrumentem służącym zamawiającemu do realizacji jego obowiązków wynikających z innych ustaw. Ponadto Izba podkreśla, iż negatywnie ocenia argumentację zamawiającego, który w skierowanym do przystępującego wezwaniu wprost stwierdza, iż podjął wątpliwości w zakresie zaoferowanej przez niego ceny, później zaś, w postępowaniu przez Izbą, z tego stwierdzenia się wycofuje.

Zasadność podjętych przez zamawiającego wątpliwości nie była przedmiotem badania Izby. O ile przystępujący kwestionował celowość wezwania go do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny, był uprawniony do wniesienia odwołania na tę czynność zamawiającego. Skoro zaś – jak podnosił w piśmie procesowym z dnia 13 stycznia 2017 roku – nie miał interesu w kwestionowaniu wezwania – winien był złożyć wyjaśnienia zgodnie z wymaganiami zawartymi w ustawie.

Zgodnie z art. 90 ust. 2 ustawy P.z.p., obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu, spoczywa na wykonawcy.

W przedmiotowym postępowaniu odwoławczym ciężar ten spoczywał na przystępującym, który wszakże - w ocenie Izby - ciężarowi temu nie sprostał. Podkreślenia wymaga, że wykonawca broniący swojej oferty, winien w szczególności wykazać zasadność i rzetelność wyjaśnień złożonych w wyniku wezwania wystosowanego przez zamawiającego na mocy art. 90 ust. 1 ustawy P.z.p. Izba w postępowaniu odwoławczym ocenia bowiem zgodność z prawem czynności zamawiającego, czyli - w rozpoznawanym przypadku - trafność oceny przez zamawiającego złożonych wyjaśnień.

Dokonując analizy wyjaśnień złożonych przez przystępującego, Izba stwierdziła, iż wyjaśnienia te są zbyt ogólne, by uznać je za wystarczające do uznania, że wykonawca ten nie zaoferował rażąco niskiej ceny. Wyjaśnienia tego rodzaju mogą co najwyżej uzupełniać konkretne i szczegółowe analizy i wyliczenia, jednak nie mogą stanowić wyjaśnień samych w sobie. Przystępujący wskazał kilka okoliczności, które w jego ocenie wpływają na obniżenie ceny, ale nie wykazał sposobu tego wpływu, nie podał realnych wartości obniżających cenę i nie odniósł się do konkretów. Tymczasem dla wyjaśnienia elementów ceny mających wpływ na jej wysokość istotne są właśnie konkretne wartości i ich wpływ na cenę. Stanowisko wykonawcy, który nie wskazuje realnych i konkretnych budzi uzasadnione wątpliwości, ponieważ wykonawca ten skalkulował cenę oferty i winien wiedzieć, na podstawie czego i w jaki sposób mógł obniżyć cenę oferty.

Tymczasem złożone przez przystępującego wyjaśnienia w żaden sposób nie uzasadniają kwot wskazanych przez niego w formularzu ofertowym. Nie sposób ocenić, czy przyjęte stawki są stawkami realnymi, skoro nie zostały poparte żadną kalkulacją, pozwalającą na ustalenie wartości kosztów. Wobec braku jakichkolwiek konkretnych danych, ocena zasadności przyjętych wartości jest po prostu niemożliwa.

Odnosząc się do faktu złożenia przez przystępującego na rozprawie kalkulacji, Izba wskazuje, że kalkulacja ta winna być złożona przez przystępującego zamawiającemu, w związku z wystosowanym przez niego wezwaniem z dnia 6 grudnia 2016 roku, nie zaś dopiero w postępowaniu odwoławczym przed Izbą. W tym zakresie Izba podziela stanowisko wyrażone w wyroku Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 21.05.2008 r., sygn. akt: X Ga 127/08, gdzie wskazano, że *Przedstawienie w skardze wniosków dowodowych dla wykazania tej okoliczności w postaci zeznań świadków zestawienia wykonywanych umów na tym etapie postępowania jest niedopuszczalne, ponieważ ich uwzględnienie prowadziłyby do niczym nie uzasadnionego przedłużenia (...) terminu udzielonego do przedstawienia wyjaśnień. Z tego powodu wnioski dowodowe zamawiającego nie zostały dopuszczone, gdyż odmienna decyzja prowadziłyby do naruszenia art. 90 ust. 3 pzp, z którego wynika obowiązek udzielenia wyjaśnień w określonym terminie, a zachowanie terminu obarczone jest rygorem odrzucenia oferty. Konwalidacja, uzupełnianie wyjaśnień przez (...) na obecnym etapie postępowania stałoby także w sprzeczności z zasadą uczciwej konkurencji.* „ Wobec wykształconej w orzecznictwie zasady odrzucania ofert wykonawców, którzy złożyli niepełne albo niedostateczne wyjaśnienia w trybie art.90 ust. 1 pzp powtórne umożliwianie jednemu z wykonawców dokonywania tej czynności z pewnością naruszyłoby zasadę uczciwej konkurencji oraz w wyroku Sądu Okręgowego Warszawa-Praga w Warszawie z dnia 09.04.2010 r., sygn. akt IV Ca 1299/09, zgodnie z którym: *złożenie przez skarżącego dodatkowych wyjaśnień i przedstawienie nowych argumentów (w celu prawidłowości wyliczenia wskazanej w ofercie ceny) dopiero na rozprawie przed KIO było spóźnione i nie mogło być wzięte pod uwagę ani przez Izbę, ani tym bardziej przez Sąd Okręgowy. Definicja „określonego terminu” na złożenie wyjaśnień Zamawiającemu (art. 90 ust.1 ustawy Pzp) oznacza, że informacje i dowody przedstawione przez wykonawcę muszą być znane Zamawiającemu na konkretnym etapie postępowania przetargowego (celem umożliwienia mu podjęcia decyzji co do ewentualnego przyjęcia oferty lub jej odrzucenia), a nie w toku postępowania odwoławczego lub skargowego. Z powołanego przez skarżącego przepisu art. 188 ust.1 ustawy Pzp wynika wprawdzie, że „dowody na poparcie swych twierdzeń strony mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy”, jednak odnosząc ten przepis do sprawy niniejszej oznacza to dowodzenie, że wykonawca złożył na żądanie Zamawiającego wyjaśnienia w trybie art. 90 ustawy i jaka była ich treść, a nie uzupełnianie wyjaśnień po uznaniu, że nie są one wystarczające i nakazują odrzucenie oferty.*

W ocenie Izby brak jest podstaw do ponownego wezwania przystępującego do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny. Wezwanie takie byłoby możliwe w sytuacji, gdyby wykonawca złożył rzetelne i wyczerpujące wyjaśnienia, odpowiadające wystosowanemu wezwaniu, a koniecznym byłoby wyjaśnienie kwestii, o które zamawiający nie zapytał. W rozpoznawanym przypadku z taką sytuacją nie mieliśmy do czynienia. Wezwanie zamawiającego wskazywało na kwestie wymagające wyjaśnienia, do których przystępujący się nie ustosunkował. W szczególności przystępujący nie złożył żadnych wyjaśnień w zakresie kosztów pracy, których wartość przyjął dla ustalenia ceny, a do pozostałych kwestii odniósł się bardzo ogólnie. Jak wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 25 kwietnia 2014 r., sygn. akt KIO 725/14, „(...) prowadzona procedura wyjaśnień nie może usprawiedliwiać uchylania się przez wykonawcę od złożenia rzetelnych wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Brak rzetelności w składanych wyjaśnieniach nie może uzasadniać kolejnych wezwań kierowanych do wykonawcy”.

Z uwagi na powyższe Izba uznała, iż przystępujący nie wykazał, iż zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niska, co winno skutkować odrzuceniem jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy P.z.p.

Izba oddaliła żądania związane z zarzutem naruszenia przez zamawiającego - art. 26 ust. 4 w zw. z art. 26 ust. 2a, art. 22 ust. 5 art. 24 ust. 2 pkt 3 i art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p., poprzez zaniechanie przez zamawiającego podjęcia czynności celem wyjaśnienia, czy informacje zawarte w wykazie usług i referencjach składanych przez przystępującego celem wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu są prawdziwe. Wobec uwzględnienia zarzutu naruszenia art. 90 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 2 w zw. z art. 7 ustawy P.z.p. i nakazania zamawiającemu odrzucenia oferty przystępującego, rozpoznawanie wskazanych zarzutów należało uznać za bezcelowe, a żądania za bezprzedmiotowe.

Biorąc powyższe pod uwagę orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

.....