

**WYROK**  
**z dnia 3 stycznia 2013 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Sylwester Kuchnio**

**Protokolant: Łukasz Listkiewicz**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 stycznia 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 grudnia 2012 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Spółdzielnia Inwalidów Naprzód w Krakowie i IZAN+ Sp. z o.o. w Łodzi w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym przez Szpital Kliniczny im. Ks. Anny Mazowieckiej w Warszawie,

przy udziale:

- A. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Impel Cleaning Sp. z o.o. we Wrocławiu, Hospital Serwis Partner Sp. z o.o. Sp. k. we Wrocławiu zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,
- B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: EVER Grupa Sp. z o.o. w Warszawie, Propel System Sp. z o.o. w Warszawie zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

**orzeka:**

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Szpitalowi Klinicznemu im. Ks. Anny Mazowieckiej w Warszawie dokonanie powtórnej oceny ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia na utrzymanie czystości z obsługą sanitarną szpitala, w tym wezwanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: EVER Grupa Sp. z o.o. w Warszawie, Propel System Sp. z o.o. w Warszawie oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Deresław Sp. z o.o. w Połańcu, DGP DOZORBUD Grupa Polska Sp. z o.o. w Legnicy, DGP Clean Partner Sp. z o.o. w Legnicy, PU GOS-ZEC Sp. z o.o. w Poznaniu do

złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny w ich ofertach na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

2. kosztami postępowania obciąża Szpital Kliniczny im. Ks. Anny Mazowieckiej w Warszawie i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Spółdzielnia Inwalidów Naprzód w Krakowie i IZAN+ Sp. z o.o. w Łodzi tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Szpitala Klinicznego im. Ks. Anny Mazowieckiej w Warszawie na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Spółdzielnia Inwalidów Naprzód w Krakowie i IZAN+ Sp. z o.o. w Łodzi kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

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 Warszawie.

.....

## **UZASADNIENIE**

Zamawiający, Szpital Kliniczny im. Ks. Anny Mazowieckiej w Warszawie, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) – zwanej dalej "ustawą" lub "Pzp" – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na utrzymanie czystości z obsługą sanitarną szpitala.

Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11. ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w dniu 22.09.2012 r. w Dz.Urz. UE pod numerem 2012/S 183-300923.

W dniu 7 grudnia 2012 r. zamawiający poinformował wykonawców biorących udział w postępowaniu o wynikach oceny ofert, w tym o wyborze najkorzystniejszej oferty.

W dniu 17 grudnia 2012 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Spółdzielnia Inwalidów Naprzód w Krakowie i IZAN+ Sp. z o.o. w Łodzi (zwani dalej jako „Konsorcjum Naprzód”) wnieśli odwołanie od ww. czynności zamawiającego.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu (zarzuty i żądania odwołania referowane w zakresie podtrzymanym i popieranym przez odwołującego) naruszenie art. 7 ust. 1, art. 90 ust. 1 i art. 91 ust. 1 ustawy przez przeprowadzenie oceny ofert i wybór najkorzystniejszej oferty bez uprzedniego wyjaśnienia czy oferta wybrana, złożona przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: EVER Grupa Sp. z o.o. w Warszawie, Propel System Sp. z o.o. w Warszawie (zwanym dalej „Konsorcjum Ever”) oraz oferta wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Deresław Sp. z o.o. w Połańcu, DGP DOZORBUD Grupa Polska Sp. z o.o. w Legnicy, DGP Clean Partner Sp. z o.o. w Legnicy, PU GOS-ZEC Sp. z o.o. w Poznaniu (zwanym dalej „Konsorcjum Deresław”), nie zawierają cen rażąco niskich w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Odwołujący wniósł o powtórzenie czynności badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

W uzasadnieniu odwołania wskazano m.in., że zamawiający przeznaczył na realizację przedmiotu zamówienia kwotę 2 850 000 zł. brutto tj. 190 000 miesięcznie brutto.

Cena oferty Konsorcjum Ever wynosiła 2 242 425 zł. brutto, tj. 145 000 zł. netto miesięcznie i 149 495 zł brutto miesięcznie.

Cena oferty Konsorcjum Deresław wynosiła 2 246 955 zł brutto, tj. 138 900 zł netto miesięcznie i 149 797 zł brutto miesięcznie.

Natomiast cena ofertowa odwołującego wynosiła odpowiednio 2 637 180 zł. brutto, tj. 169 400 zł. netto miesięcznie i 175 812 zł brutto miesięcznie.

Cena oferty Konsorcjum: Impel Cleaning Sp. z o.o.. Hospital Servis Partner Sp. z o.o. Sp. Komandytowa opiewała na kwotę 2 676 442,95 zł brutto, 171 155,44 zł. netto miesięcznie i 178 429,53 zł. brutto miesięcznie.

Zamawiający w załączniku nr 3 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SWIZ) - wykaz obsady stanowisk - wskazał minimalną obsadę osobową. Jak wynika z przeliczeń godzin wykonywania czynności w poszczególnych komórkach organizacyjnych wskazanych w ww. załączniku wraz z minimalną liczbą osób - wykonawcy winni przyjąć do kalkulacji kosztów 81,5 etatów plus zastępstwa chorobowe i urlopowe.

Tymczasem koszt kalkulacyjny przywołanej minimalnej obsady osobowej po uwzględnieniu wzrostu minimalnego wynagrodzenia, regulowanego rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 14.09.2012 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę, które będzie obowiązywało od dnia 01.01.2013r, kształtuje się średnio w wysokości ok. 150 tys. zł, tj. powyżej kwot zaoferowanych przez Konsorcjum Ever i Konsorcjum Deresław za cały przedmiot zamówienia.

Dodatkowo odwołujący podniósł, iż wykonawcy oprócz kosztów wynagrodzeń ponosić będą również koszty w postaci amortyzacji sprzętu, zakupu środków do dezynfekcji i mycia oraz materiałów higienicznych, co tylko potwierdza, iż zaoferowane przez ww. wykonawców ceny są cenami rażąco niskimi w stosunku do przedmiotu zamówienia a wykonawcy deklarują realizację zamówienia poniżej kosztów wytworzenia.

Natomiast pomimo powyższego oczywistego faktu zamawiający zaniechał wezwania ww. wykonawców do wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp.

**Uwzględniając treść dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia przekazanej przez zamawiającego oraz stanowiska i oświadczenia stron, Izba ustaliła, co następuje.**

W treści odwołania zgodnie z rzeczywistością podano wartości cen ofertowych i kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia – co zreferowano powyżej. Ponadto w postępowaniu złożono jeszcze dwie oferty, oprócz ofert wskazanych w treści odwołania, z cenami: 2 641 526,24 zł i 2 249 517,23 zł. (karta 258 dokumentacji postępowania przekazanej przez zamawiającego).

Zgodnie z rozdziałem VIII lit a) SIWZ zamawiający wymagał przedstawienia wraz z ofertą, wykazu stanowisk pracy w poszczególnych jednostkach organizacyjnych w zakresie wykonywania sprzątnia i transportu wewnętrznego z określeniem ilości osób potrzebnych do obsady stanowiska – stanowiącego zał. nr 3 do SIWZ – wykaz obsady stanowisk.

Według postanowień ww. wykazu zamawiający przywidywał wymaganą minimalną ilość osób niezbędnych do obsadzenia wskazanych przezeń stanowisk na poziomie 74 osoby. Przy czym tak jak podano w odwołaniu, w przypadku zestawienia z ilości wymaganych stanowisk z narzuconą ilością godzin, w których stanowiska winny pozostać obsadzone, przy uwzględnieniu 160 godzinowego, miesięcznego wymiaru pracy, daje to ilość etatów wskazanych w odwołaniu (81,5).

**Uwzględniając powyższe Izba zważyła, co następuje:**

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi art. 179 ust. 1 Pzp.

Podając zgodnie z art. 196 ust. 4 ustawy podstawę prawną rozstrzygnięcia należy wskazać, iż zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp zamawiający odrzuca ofertę, która zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Natomiast zgodnie z kolejnymi jednostkami redakcyjnymi art. 90 ustawy:

1. Zamawiający w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zwraca się do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.
2. Zamawiający, oceniając wyjaśnienia, bierze pod uwagę obiektywne czynniki, w szczególności oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania

techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy, oryginalność projektu wykonawcy oraz wpływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.

3. 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.

Następnie, tytułem wprowadzenia dla rozstrzygnięcia zarzutów odwołań, Izba wskazuje na regulacje dotyczące formalnych podstaw wyrokowania w danej sprawie. Mianowicie zgodnie z art. 191 ust. 2 ustawy, wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania. Według art. 190 ust. 1 Pzp strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Tak samo zgodnie z ogólną zasadą rozkładu ciężaru dowodu wyrażoną w art. 6 Kodeksu cywilnego ciężar udowodnienia faktu spoczywa na wywodzącym zeń skutki prawne. Ponadto powyższe skorelowane jest z ekonomiką postępowania przed Izba wynikającą z dyspozycji art. 189 ust. 1 Pzp określającego piętnastodniowy termin na rozpoznanie odwołania.

Przed omówieniem kwestii powstania obowiązku obligatoryjnego zastosowania przepisu art. 90 ust. 1 Pzp do wyjaśnienia ceny w danej ofercie, konieczne jest zdefiniowanie samego pojęcia ceny rażąco niskiej. Przede wszystkim wskazać tu należy na brzmienie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp 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 finansowych, 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.

Jak wynika z przytoczonych wyżej przepisów, ustawodawca przyjął następującą konstrukcję zapobiegania przyjmowania ofert z ceną rażąco niską: oferty tego typu odrzucane są na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp. Materialną podstawą odrzucenia oferty w oparciu o ww. przepis jest więc realne wystąpienie zaoferowania ceny rażąco niskiej w stosunku do przedmiotu zamówienia. Jednakże

powyższe nie może nastąpić bez uprzedniego umożliwienia wykonawcy wyjaśnienia, że zaoferowana przezeń cena nie jest zaniżona w stosunku do wartości przedmiotu zamówienia (art. 90 ust. 1).

Podstawą i powodem wszczęcia procedury wyjaśniającej, o której mowa w art. 90 ust. 1 ustawy jest więc nic innego jak zaistnienie podejrzenia wystąpienia okoliczności opisanych w dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp. To wystąpienie określonych faktów, czy powzięcie informacji, wskazujących na możliwość ziszczenia się przesłanki odrzucenia oferty opisanej w art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy, prowadzi po stronie zamawiającego do obowiązku wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień, a w następstwie, po stronie wykonawcy do ich przedstawienia (obowiązek ten sankcjonowany jest przez przepis art. 90 ust. 3 ustawy).

Odnosząc się natomiast do wspomnianego wyżej rozkładu ciężaru dowodu w przedmiocie wykazania, iż cena rażąco niska wystąpiła, tj. sposobu ustalenia i wykazania faktu jej wystąpienia, lub też, że wystąpiły okoliczności wskazujące na możliwość jej wystąpienia i tym samym obowiązek zastosowania dyspozycji art. 90 ust. 1 ustawy, wskazać należy, iż w tym zakresie ogólne zasady rozkładu ciężaru dowodu wynikające z wyżej wskazanych przepisów ustawy i Kodeksu cywilnego nie doznają wyłączenia. Danych okoliczności dowodzić więc powinna strona, która je podnosi i na nie się powołuje a także strona, która wystąpienia danych faktów podnosi, a nie im przeczy (*Ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat*). Wyżej opisany rozkład ciężaru dowodu może ulec odwróceniu, a przynajmniej bardziej skomplikowanemu rozłożeniu, jedynie w wypadku powstania domniemania faktycznego, że określone okoliczności powstały (a więc uprawnionego wniosku o wystąpieniu jednych faktów, na podstawie innych faktów, które oczywiście winny wystąpić w należyтым nagromadzeniu, wadze, a także zostać wykazane).

Odnosząc powyższe do stanu faktycznego niniejszej sprawy, Izba uznała, że odwołujący w stopniu wystarczającym wykazał okoliczności wskazujące na możliwość wystąpienia w ofertach Konsorcjum Ever i Konsorcjum Deresław, cen zaniżonych w stosunku do wartości przedmiotu zamówienia, przy jednoczesnym braku skutecznego podważania jego twierdzeń przez przeciwników procesowych. Zamawiający powoływał się w tym zakresie na okoliczności mniejszej wagi i znaczenia dla oceny charakteru cen w ww. ofertach. Natomiast przystępujący, Konsorcjum Ever, podawał okoliczności hipotetyczne i niekonkretne.

Mianowicie odwołujący dla wykazania swoich twierdzeń powołał się na nieodzowny składnik kosztów wykonania niniejszego zamówienia, jakim pozostaje koszt wynagrodzeń pracowników, koniecznych do realizacji usług składających się na jego zakres. Wyjściowym parametrem dla oceny i wyliczenia tego typu kosztu jest ilość stanowisk i godzin (etatów) wymaganych przez zamawiającego do stałego obsadzenia w czasie realizacji zamówienia, odniesiona do minimalnego wynagrodzenia za pracę narzucanego przepisami rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 14 września 2012 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę w roku 2013 (Dz. U. z 17 września 2012 r., poz. 1026). Przemnożenie płacy minimalnej (1600 zł) z ilością etatów przewidzianych przez zamawiającego (81,5)

daje kwotę 130400 zł, która powiększona o koszty ubezpieczeń społecznych wyczerpuje całość cen ofertowych ww. wykonawców. Powyższa sytuacja, w zestawieniu z innymi koniecznymi kosztami wykonania zamówienia (typu koszty materiałów eksploatacyjnych, sprzętu, wyposażenia... etc.), prowadzi do przyjęcia, iż ceny na takim poziomie, jaki zaoferowały ww. Konsorcja, budzą wątpliwości, co do ich ekonomicznej kalkulacji. Wobec tego typu wyliczeń drugorzędną okolicznością pozostaje natomiast fakt, iż ceny tego typu zaoferowano w połowie ofert złożonych w przetargu, albo okoliczność, iż szacunkowa wartość zamówienia jest w stosunku do realnych kosztów wykonania przedmiotu zamówienia ewentualnie zawyżona i nie może stanowić podstawy do oceny cen ofertowych. Izba stwierdza, iż przy tego typu rozkładzie cen zawartych w ofertach i szacunkowej wartości zamówienia, samo ich porównanie nie wystarczyłoby dla powzięcia wątpliwości, co do poziomu cen w najtańszych ofertach. Jednakże przedstawione przez odwołującego zakładany poziom kosztów pozostaje w tym względzie przemożny. Wskazanie podstawowego kosztu realizacji zamówienia, który z jakichś względów nie zostaje w pełni uwzględniony w cenach ofertowych, powinno skutkować obligatoryjnym wszczęciem procedury wyjaśniającej w trybie art. 90 ust. 1 Pzp.

Przy czym oceny powyższego nie zmienia podnoszona przez przystępującego, Konsorcjum Ever, okoliczność, iż wykonawca może obniżyć koszty wynagrodzeń swoich pracowników przez uzyskiwanie ich refundacji. Ponoszenie pełnego kosztu wynagrodzeń pracowników pozostaje sytuacją „normalną” i niejako wyjściową, natomiast jakiegokolwiek ich obniżanie jest wyjątkiem, który tak jak np. w przypadku refundacji wynagrodzeń pracowników z określonym stopniem niepełnosprawności, wymaga spełnienia określonych warunków i podjęcia określonych zabiegów. Tak więc podnoszenie jedynie, że wykonawca może przecież tego typu obniżenie kosztów uzyskać, bez przedstawienia konkretnych danych i wyjaśnień, w jakim stopniu i na jakiej podstawie powyższe będzie rzeczywiście miało miejsce, pozostaje jedynie pewną hipotezą, która nie może posłużyć do obalenia podstawowej zasady czy domniemania. W konsekwencji, Konsorcjum Ever i Konsorcjum Deresław, nie przedstawiając wystarczających wyjaśnień i informacji na temat wyliczenia ich cen ofertowych, szczególnie przyjętego realnego poziomu wynagrodzeń pracowników i sposobów ich obniżania, na etapie postępowania odwoławczego – będą mogły przedstawić tego typu informacje zamawiającemu, wykonującemu wyrok Izby.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy orzeczono jak w sentencjach. O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt 1 oraz § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).