

**Sygn. akt: KIO 226/14**

**WYROK**  
**z dnia 21 lutego 2014 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:**

**Przewodniczący: Marek Koleśnikow**

**Protokolant: Agata Dziuban**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **19 lutego 2014 r.** w Warszawie odwołania z dnia **7 lutego 2014 r.** wniesionego przez wykonawcę **Eco-Plan S.A. z siedzibą w Słupsku, ul. Szczecińska 99, 78-200 Słupsk** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Jednostka Wojskowa 4620, ul. Okólna 37, 87-100 Toruń**

przy udziale wykonawcy **Impel Cleaning Sp. z o. o. z siedzibą we Wrocławiu, ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

**orzeka:**

- 1. Oddala odwołanie.**

2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego wykonawcę **Eco-Plan S.A. z siedzibą w Słupsku, ul. Szczecińska 99, 78-200 Słupsk**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczone przez wykonawcę **Eco-Plan S.A. z siedzibą w Słupsku, ul. Szczecińska 99, 78-200 Słupsk**, tytułem kosztów postępowania odwoławczego;
- 2) dokonać wpłaty kwoty **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez wykonawcę **Eco-Plan S.A. z siedzibą w Słupsku, ul. Szczecińska 99, 78-200 Słupsk** na rzecz zamawiającego **Jednostka Wojskowa 4620, ul. Okólna 37, 87-100 Toruń** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907, poz. 984 i poz. 1047) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Toruniu**.

**Przewodniczący:**

.....

## Uzasadnienie

Zamawiający **JEDNOSTKA WOJSKOWA NR 4620, ul. Okólna 37, 87-100 Toruń** wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą „Usługa kompleksowego utrzymania czystości w obiektach kubaturowych na terenie kompleksów wojskowych w miejscowościach Toruń, Inowrocław, Ciechocinek, Włocławek” – Część nr 1: świadczenie usługi polegającej na utrzymaniu czystości w obiektach kubaturowych na terenie kompleksów wojskowych w Toruniu.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 19.11.2013 r. pod nrem 2013/S 224-390185.

Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907, poz. 984 i poz. 1047) zwanej dalej w skrócie Pzp lub ustawą bez bliższego określenia.

Zamawiający zawiadomił 05.02.2014 r. o wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy Impel Cleaning sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu.

Wykonawca **ECO-PLAN SA z siedzibą w Słupsku, ul. Szczecińska 99, 76-200 Słupsk**, zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 1 Pzp, wniósł 07.02.2014 r. do Prezesa KIO odwołanie w zakresie Części nr 1 wobec sprzecznej z przepisami ustawy czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej.

Zdaniem odwołującego zamawiający naruszył zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców wskazanych w art. 7 ust. 1 i 3<sup>1</sup> Pzp w związku z:

- 1) naruszeniem art. 90 ust. 1<sup>2</sup> Pzp przez zaniechanie wezwania wykonawcy Impel do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty, mających wpływ na wysokość ceny, pomimo że zachodzą przesłanki uzasadniające takie wezwanie, gdyż cena zawarta w ofercie wykonawcy Impel ma znamiona ceny rażąco niskiej w stosunku do przedmiotu zamówienia i cen pozostałych ofert;

---

<sup>1</sup> **Art. 7. (1.)** Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. (3.) Zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.

<sup>2</sup> **Art. 90. 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) naruszeniem **art. 91** ust. 1<sup>3</sup> **Pzp** w związku z wadliwym wyborem oferty najkorzystniejszej, przez jej wybór bez wyjaśnienia ceny wg procedury wskazanej w **art. 90 ust. 1 Pzp** mimo istnienia przesłanek do dokonania tej czynności oraz w konsekwencji ewentualnych podstaw do odrzucenia oferty, jako oferty z rażąco niską ceną lub ceną dumpingową, w rozumieniu **art. 15 ust. 1 pkt 1<sup>4</sup> ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503, z 2004 r. Nr 96, poz. 959, Nr 162, poz. 1693 i Nr 172, poz. 1804, z 2005 r. Nr 10, poz. 68, z 2007 r. Nr 171, poz. 1206 oraz z 2009 r. Nr 201, poz. 1540)**;
- 3) zaniżeniem kwoty, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, którą zamawiający podał na otwarciu ofert (30.01.2014 r.), co jest sprzeczne z **art. 86 ust. 3<sup>5</sup> Pzp w związku z art. 32** ust. 1<sup>6</sup> i **art. 34** ust. 1 i 3<sup>7</sup> **Pzp**.

Odwołujący wniósł o:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty, złożonej przez wykonawcę Impel;
- 2) powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz dokonania czynności wezwania wykonawcy Impel, zgodnie z **art. 90 ust. 1 Pzp**, do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty, mających wpływ na wysokość ceny w celu ustalenia czy oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

#### Argumentacja odwołującego

---

<sup>3</sup> **Art. 91. 1.** Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

<sup>4</sup> **Art. 15. 1.** Czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez:

1) sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców;

<sup>5</sup> **Art. 86. 3.** Bezpośrednio przed otwarciem ofert zamawiający podaje kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

<sup>6</sup> **Art. 32. 1.** Podstawą ustalenia wartości zamówienia jest całkowite szacunkowe wynagrodzenie wykonawcy, bez podatku od towarów i usług, ustalone przez zamawiającego z należytą starannością.

<sup>7</sup> **Art. 34. 1.** Podstawą ustalenia wartości zamówienia na usługi lub dostawy powtarzające się okresowo jest łączna wartość zamówień tego samego rodzaju:

1) udzielonych w terminie poprzednich 12 miesięcy lub w poprzednim roku budżetowym, z uwzględnieniem zmian ilościowych zamawianych usług lub dostaw oraz prognozowanego na dany rok średniorocznego wskaźnika cen towarów i usług konsumpcyjnych ogółem, albo

2) których zamawiający zamierza udzielić w terminie 12 miesięcy następujących po pierwszej usłudze lub dostawie.

**3.** Jeżeli zamówienia udziela się na czas:

1) nieoznaczony, wartością zamówienia jest wartość ustalona z uwzględnieniem okresu 48 miesięcy wykonywania zamówienia;

2) oznaczony:

a) nie dłuższy niż 12 miesięcy, wartością zamówienia jest wartość ustalona z uwzględnieniem okresu wykonywania zamówienia,

b) dłuższy niż 12 miesięcy, wartością zamówienia jest wartość ustalona z uwzględnieniem okresu wykonywania zamówienia, a w przypadku zamówień, których przedmiotem są dostawy nabywane na podstawie umowy dzierżawy, najmu lub leasingu z uwzględnieniem również wartości końcowej przedmiotu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W treści ogłoszenia o zamówieniu zamawiający nie podał wartości szacunkowej zamówienia wyrażonej w kwocie, zarówno łącznej wartości jak wartości poszczególnych części zamówienia. Stąd w toku postępowania do terminu otwarcia ofert wartość szacunkowa zamówienia nie była znana, a tym samym nie było możliwości jej kwestionowania.

Odwołujący, jako wykonawca dotychczas świadczący usługi w ramach:

- 1) umowy nr 1 (651/2011/WOG) zawartej w 30.12.2011 r. realizowanej przez okres 35 miesięcy od 01.01.2012 r. do 30.11.2013 r. oraz
  - 2) umowy nr 853/2013 zawartej 29.11.2013 r. na okres od 01.12.2013 r. do 28.02.2014 r.
- doskonale zna wymagania i standardy, zakres i warunki realizacji usług stanowiących przedmiot przetargu oraz ma wiedzę o liczbie osób, środków, materiałów, maszyn niezbędnych do realizacji tego zamówienia.

Na tej podstawie odwołujący uważa, że kwota w wysokości: 3 761 891,34 zł, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, podana na otwarciu ofert **30.01.2014 r.** (zgodnie z informacją przekazaną przez zamawiającego odwołującemu w trybie **art. 86 ust. 5 Pzp** faksem z 31.01 2014 r., Nr 143/KJ/14/ZP jest znacznie zaniżona (o ok. 1 mln zł) w stosunku do:

- 1) faktycznej wartości szacunkowej zamówienia ustalonej zgodnie z przepisami ustawy;
- 2) faktycznych kosztów składających się na realizację zamówienia wg opisu przedmiotu zamówienia zawartego w Załączniku nr 1 do specyfikacji (Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia).

Odwołujący uważa również, że cena zawarta w ofercie złożonej przez wykonawcę Impel jest ceną nierealną i zaniżoną o ok. 1,2 mln zł.

Powyższe fakty odwołujący zgłosił zamawiającemu kierując przed wyborem oferty pismo z 05.02.2014 r., znak 29/W/14 wskazujące na:

- 1) niedoszacowanie kwoty, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia w stosunku do dotychczas realizowanych umów;
- 2) domniemanie rażąco niskiej ceny w ofercie złożonej przez wykonawcę Impel.

Do ww. pisma zostały dołączone następujące załączniki:

- 1) kalkulacja kwoty, jaką zamawiający powinien przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia ustalona na podstawie umowy nr 1 (651/2011AA/OG) zawartej 30.12.2011 r.;
- 2) kalkulacja wskazująca, że cena za realizację zamówienia zawarta w ofercie wykonawcy Impel, ma znamiona ceny rażąco niskiej.

Kalkulacja wskazuje, że zamawiający określając kwotę jaką powinien przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia nie tylko jej nie zwiększył w stosunku do kwoty wynikającej z dotychczasowej umowy nr 1 (651/2011/WOG) zawartej w 2011 r., ale jeszcze ją obniżył,

pomimo, że wzrosła częstotliwość części usług sprzątania. **W dotychczasowej umowie z 2011 r. cena jednostkowa netto wynosiła 1,4 zł/m<sup>2</sup>/m-c**, zaś cena jednostkowa netto wyliczona na podstawie ww. kwoty, jaką **zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia wynosi 1,39 zł/m<sup>2</sup>/m-c**.

W ocenie odwołującego kwota podana na otwarciu ofert jest być może wynikiem niezamierzonego błędu, niemożliwa jest realizacja usług sprzątania wg cen niższych niż wskazane 3 lata temu w 2011 r. Kwota, jaką zamawiający powinien przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, powinna być określona z uwzględnieniem wartości szacunkowej zamówienia ustalonej:

- 1) z należytą starannością (**art. 32** ust. 1 **Pzp**) jako całkowite szacunkowe wynagrodzenie wykonawcy, bez podatku od towarów i usług;
- 2) z uwzględnieniem **art. 34** ust. 1 pkt 1 **Pzp** jako łączna wartość zamówień tego samego rodzaju udzielonych w terminie poprzednich 12 miesięcy lub w poprzednim roku budżetowym;
- 3) z uwzględnieniem zmian ilościowych zamawianych usług oraz prognozowanego na dany rok średniorocznego wskaźnika cen towarów i usług konsumpcyjnych ogółem.

Tym samym, wartość wynikająca z dotychczasowej umowy nr 1 (651/2011/WOG) zawartej w 2011 r. powinna być zwiększona (a nie zmniejszona) z uwzględnieniem:

- 1) wzrostu kosztów zatrudnienia, które mają decydujący wpływ na wartość zamówienia tj. wzrostu minimalnej płacy w stosunku do 2011 r. aż o 21,2%, co stanowiłoby wywiązanie się z obowiązku dołożenia należytej staranności przy ustalaniu wartości zamówienia zgodnie z **art. 32** ust. 1 **Pzp**;
- 2) zwiększonej częstotliwości sprzątania części powierzchni, które dotychczas sprzątane były rzadziej (co potwierdza Załącznik Nr 1 do specyfikacji w zestawieniu z zakresem dotychczasowych umów), co stanowiłoby wywiązanie się z **art. 34 ust. 1** pkt 1 **Pzp** oraz
- 3) prognozowanego na dany rok średniorocznego wskaźnika cen towarów i usług konsumpcyjnych ogółem, który w dacie przed wszczęciem postępowania wynosił zgodnie z art. 18 ustawy budżetowej na 2013 r. – 2,7%, co stanowiłoby wywiązanie się z **art. 34 ust. 1** pkt 1 **Pzp**.

W odpowiedzi na ww. pismo odwołującego zgłaszające nieprawidłowości we wskazaniu kwoty, jaką zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia, zamawiający w faksie z 06.02.2014 r., Nr 181/KJ/2014/ZP wskazał, że w toku ustalania kwoty, jaką podał na otwarciu ofert, zastosował prognozowany wskaźnik cen na 2014 r. w wysokości 1,7%, a zgodnie z **art.**

**18<sup>8</sup> ustawy budżetowej na rok 2014 z dnia 24 stycznia 2014 r. (Dz. U. poz. 162)** wynosi on 2,4%.

**Z załącznika nr 1 i nr 3 do odwołania wynika jednoznacznie**, że zamawiający nie uwzględnił żadnego wskaźnika wzrostu, gdyż **kwota zamówienia nie uległa zwiększeniu, lecz się zmniejszyła**.

Ponadto zamawiający przyznał **w powyższym piśmie**, że nie uwzględnił w **ww. kwocie** faktycznego wzrostu minimalnej płacy o 21,2 %, wskazując, że przedmiot umowy może być wykonywany w drodze umów cywilnoprawnych, do których nie mają zastosowania przepisy o płacy minimalnej.

Zgodnie z obowiązującymi przepisami koszty zatrudnienia na umowę zlecenie i na umowę o pracę są bardzo zbliżone, gdyż obydwie te formy zatrudnienia są obciążone podatkiem dochodowym oraz składkami ZUS. Ponadto nierealne jest wykonywanie usług opisanych w przetargu w oparciu o płacę mniejszą niż płaca minimalna, gdyż praca ta jest ciężka i nie można pozyskać do tej pracy osób, które zgodziłyby się pracować za wynagrodzenie niższe niż płaca minimalna. Natomiast zatrudnienie w mniejszym niż pełny wymiar pracy w żaden sposób nie zapewni należytego wykonania umowy, bo zamawiający żąda w przetargu wykonywania usług w godz. 7:30-15:30, a na części obiektów wymaga pracy na dwie zmiany.

Koszty osobowe stanowią ponad 70% wartości zamówienia, a więc fakt nieuwzględnienia wzrostu minimalnej płacy od 2011 r. przesądza o znaczącym zaniżeniu kwoty, jaką zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

Zamawiający ma prawo przeszacować wartość szacunkową zamówienia, nawet w toku jego realizacji, celem ustalenia realnej faktycznej kwoty, jaką powinien przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, zwłaszcza gdy zamawiający uzyska informacje, że ceny rynkowe się znacznie zmieniły.

29.11.2013 r. została zawarta umowy nr 853/2013 na świadczenie usług wskazanych w przetargu, którą zamawiający powinien uwzględnić w toku ustalania kwoty na sfinansowanie zamówienia. W umowie cena jednostkowa netto wynosi 1,61 zł/m<sup>2</sup>/m-c, zaś cena jednostkowa netto wyliczona z kwoty jaką zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia jest znacząco niższa i wynosi 1,39 zł/m<sup>2</sup>/m-c.

Odwołujący składa **Kalkulację kwoty, jaką zamawiający powinien przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia ustaloną na podstawie umowy nr 853/2013 zawartej 29.11.2013 r.**, która wskazuje na zaniżenie ww. kwoty o ok. 1 mln zł. Na podstawie formularza ofertowego (Załącz. nr 3 do specyfikacji) uwzględniającego zestawienie powierzchni, częstotliwości sprzątnięcia w zestawieniu z cenami jednostkowymi zawartymi w dotychczasowych

---

<sup>8</sup> **Art. 18.** Prognozowany średnioroczny wskaźnik cen towarów i usług konsumpcyjnych ogółem wynosi 102,4%.

umowach obliczono, że nastąpił wzrost zakresu zamówienia o 6,6% w stosunku do dotychczas realizowanych umów.

W przetargu zamawiający zaniżył kwoty, jakie zamierza przeznaczyć na realizację zamówień na wszystkich 4 częściach zamówienia, co potwierdza dokumentacja przetargowa np. w Części nr 4 – Włocławek zniżenie kwoty przeznaczonej na realizację zamówienia w stosunku do oferty z najniższą ceną wynosi ok. 400%, w Części nr 2 – Inowrocław zniżenie kwoty przeznaczonej na realizację zamówienia w stosunku do oferty z najniższą ceną wynosi ok. 20%. Zniżenie kwoty przeznaczonej na realizację zamówienia w stosunku do oferty odwołującego wynosi ok. 20%.

W postępowaniu zostały złożone 3 oferty:

- 1) oferta Nr 2 złożona przez wykonawcę **SOEN** z ceną w kwocie: 4 734 702,81 zł;
- 2) oferta Nr 3 złożona przez wykonawcę **Impel** z ceną w kwocie. 3 550 184,84 zł;
- 3) oferta Nr 4 złożona przez **odwołującego** z ceną w kwocie: 4 547 716,25 zł.

W postępowaniu wpłynęły 2 oferty zbliżone cenowo (tj. oferta wykonawcy SOEN i oferta odwołującego) i oferta wykonawcy Impel, której cena znacznie odbiega od cen pozostałych ofert. Jest ona niższa o:

- 1) 1 184 517,97 zł (czyli o 25 %) od ceny zawartej w ofercie wykonawcy SOEN oraz
- 2) 997 531,41 zł (czyli o 22 %) od ceny zawartej w ofercie odwołującego.

Cena zawarta w ofercie wykonawcy Impel jest o ok. 1,2 mln (czyli o ok. 25 %) niższa od kwoty jaką powinien zamawiający przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

Z uwagi na specyfikę usług, różnica zarówno procentowa jak i kwotowa jest bardzo duża. Jest to, różnica znacznie przewyższająca przeciętny zysk końcowy na usługi utrzymywania czystości w obiektach kubaturowych administrowanych przez jednostki wojskowe, który od wielu lat sukcesywnie spada i w 2013 r. kształtował się na poziomie ok. 2-10%.

Uwzględniając fakt, że od 2011 r. znacznie wzrosły koszty realizacji przedmiotowych usług, w tym w szczególności płace minimalne pracowników (o 21,2%), zamawiający powinien wyjaśnić cenę oferty wykonawcy Impel w okolicznościach, kiedy jest ona relatywnie znacząco niższa:

- 1) od ceny zawartej w dotychczas realizowanych umowach oraz
- 2) od cen zawartych w pozostałych ofertach, złożonych.

Porównanie z faktyczną wartością przedmiotu zamówienia oraz z cenami pozostałych ofert, w tym najbliższą cenowo ofertą odwołującego, uzasadnia domniemanie rażąco niskiej ceny w ofercie złożonej przez wykonawcę Impel.



Z kalkulacji zawartej w Załączniku nr 2 do odwołania wynika, że minimalna liczba osób niezbędnych do realizacji zamówienia wynosi **38 osób**, co oznacza, że na 1 pracownika przypada ok. **1750 m<sup>2</sup>** powierzchni do sprzątnięcia w ciągu jednego dnia (**219 m<sup>2</sup>**). Z ceny zawartej w ofercie wykonawcy Impel wynika, że maksymalna liczba osób wykonujących usługę sprzątnięcia wynosi jedynie **26 osób** (tj. o 12 osób mniej), co oznacza, że na 1 pracownika przypada ok. **2560 m<sup>2</sup>** powierzchni do sprzątnięcia w ciągu jednego dnia (**320 m<sup>2</sup>**). W tego rodzaju usługach przyjmuje się, że na 1 pracownika powinno przypadać maksymalnie 1800 m<sup>2</sup> powierzchni do sprzątnięcia w ciągu jednego dnia (**225 m<sup>2</sup>**), a to oznacza, że:

- 1) 1 pracownik nie jest w stanie wykonać sprzątnięcia powierzchni **2560 m<sup>2</sup>** w ciągu jednego dnia;
- 2) cena zawarta w ofercie wykonawcy Impel nie gwarantuje świadczenia usług na całej powierzchni objętej przetargiem.

Cena za realizację zamówienia, zawarta w ofercie wykonawcy Impel jest ceną nierealną, która nie daje rękojmi należytego wykonania zamówienia na warunkach wskazanych w przetargu, co potwierdza **Kalkulacja wskazująca, że cena za realizację zamówienia zawarta w ofercie wykonawcy Impel nosi znamiona ceny rażąco niskiej w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych**, stanowiąca załącznik nr 2 do odwołania. Kalkulacja przedstawiona przez odwołującego w załączniku nr 2 dowodzi, że cena ofertowa nie pozwala na zrealizowanie zamówienia, zgodnie z zasadami uczciwej konkurencji, w szczególności na wypracowanie zysku, czy nawet pokrycie kosztów wykonania zamówienia. Nie pokrywa ona kosztów bezpośrednich wykonania usługi, kosztów ogólnych, zysku i należnego VAT.

Zasadnym jest zastosowanie przez zamawiającego w odniesieniu do oferty wykonawcy Impel procedury wskazanej w **art. 90 ust. 1 Pzp**, co potwierdza między innymi wyrok KIO (sygn. akt KIO 2470/11, 2480/11), w którym Izba stwierdziła, że: **„Prawo zamówień publicznych wymaga, by przeprowadzić wyjaśnienia, które umożliwią ocenę, czy cena jest rażąco niska i czy możliwe jest wykonanie zamówienia za zaproponowaną kwotę”**.

Ponadto w wyroku z 8 lutego 2013 r., sygn. akt KIO 177/13, wskazano, że zgodnie z utrwalonym orzecznictwem procedurę wyjaśnienia ceny oferty należy wszcząć nie tylko wtedy, gdy cena w oczywisty sposób jest zaniżona, ale także wtedy, gdy wydaje się, czy też istnieje podejrzenie albo zamawiający uzyskał informacje, że oferta przedstawia rażąco niską cenę. Stanowisko takie przedstawił Europejski Trybunał Sprawiedliwości:

„Art. 29 ust. 5 Dyrektywy Rady 71/305, od stosowania, którego Kraje Członkowskie nie mogą odstąpić w żadnym istotnym stopniu, zakazuje Krajom Członkowskim wprowadzania przepisów, które wymagają automatycznej dyskwalifikacji ofert w postępowaniu o udzielenie

zamówienia, według kryterium arytmetycznego, zobowiązuje natomiast zamawiającego do zastosowania procedury analizy ofert, przewidzianej w tej dyrektywie, która daje oferentowi sposobność przedstawienia wyjaśnień. Państwa członkowskie mogą wymagać analizowania ofert, kiedy wydaje się, że przedstawiają rażąco niskie ceny, a nie tylko kiedy w oczywisty sposób są zaniżone”. (Wyrok ETS z 18 czerwca 1991 r. w sprawie C – 295/89 Impresa Dona Alfonsa).

Zamawiający uzyskał informacje, że cena za realizację zamówienia, zawarta w ofercie wykonawcy Impel może przedstawiać rażąco niską cenę. Dokumentacja przetargowa zawiera bowiem:

1) faks nr 29/W/14 z 05.02.2014 r. złożone przez odwołującego, w którym przedstawiono Kalkulację nr 2 wskazującą, że omawiana cena nie pokrywa kosztów wykonania zamówienia i nie zapewnia wypracowania zysku;

**2) oświadczenie wykonawcy Impel złożone 31.01.2014 r., że cena wskazana w złożonej przez niego ofercie nie zawiera wszystkich kosztów koniecznych do realizacji zamówienia, bowiem nie doszacowano kosztów osobowych ujętych w ofercie, a tym samym nie jest możliwe świadczenie usługi opisanej w przetargu za taką cenę.**

Zamawiający mógł i powinien wezwać wykonawcę Impel do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty złożonej, mających wpływ na wysokość ceny w celu ustalenia, czy oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem odwołujący podnosząc zarzut naruszenia **art. 90 ust. 1 Pzp** nie ma obowiązku udowodnienia, że cena oferty zawarta w wybranej ofercie jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia. Ma wykazać jedynie zaistnienie możliwości (podejrzenia) zaferowania ceny rażąco niskiej, które to podejrzenie (możliwość zaferowania ceny rażąco niskiej) obliguje zamawiającego do wszczęcia procedury wyjaśniającej. Stosownie do **art. 90 ust. 1 Pzp** 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. Dopiero skutkiem oceny złożonych wyjaśnień jest ustalenie lub nie, zaferowania ceny rażąco niskiej (**art. 90 ust. 3 Pzp**). W orzecznictwie wskazano, że procedurę wyjaśnienia ceny oferty należy wszcząć nie tylko wtedy, gdy cena w oczywisty sposób jest zaniżona, ale także wtedy, gdy wydaje się, czy też istnieje podejrzenie, że oferta przedstawia rażąco niską cenę.

Postępując się opisem zamieszczonym w streszczeniu sprawozdania Trybunału Europejskiego – orzeczenie Trybunału z 22 czerwca 1989 r., sprawa C-103/88 („Costanzo”) – można uznać, że tryb z **art. 90 ust. 1-3 Pzp** wraz z konsekwencjami określonymi w tym

przepisie ma zastosowanie w przypadku podejrzenia rażąco niskiej ceny, natomiast z **art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp**, gdy w sposób oczywisty oferta przedstawia rażąco niską cenę (wyrok KIO z 27 czerwca 2013 r., sygn. akt KIO 1382/13). W przedmiocie rażąco niskiej ceny w sądownictwie wskazano: Sąd Okręgowy w Katowicach w wyroku z 28 kwietnia 2008 r., sygn. akt XIX Ga 128/08 stwierdził, że „Istotna jest [...] cena końcowa i ta powinna zostać oceniona pod kątem rażąco niskiej ceny w rozumieniu **art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp**. [...] Punktem odniesienia do określenia jest przedmiot zamówienia i przyjąć można, że cena rażąco niska, to taka, która jest nierealistyczna, niewiarygodna w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień i ewentualnie innych ofert złożonych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego”.

W orzeczeniu KIO z 23 grudnia 2008 r. o sygn. akt KIO/UZP 1443/08 wskazuje się:

„Celem **art. 90 Pzp** jest ochrona zamawiającego przed nienależytym wykonaniem zamówienia w przyszłości, wspieranie zasady uczciwej konkurencji w postępowaniach o zamówienie publiczne i dbałość o to, aby środki publiczne były wydatkowane efektywnie. Na aprobatę zasługuje stanowisko, że odwołując się do doświadczeń państw Unii Europejskiej istnieje obowiązek wszczęcia procedury wyjaśniającej elementów cenowych oferty, gdy cena oferty odbiega o 10% od średniej ceny grupy ofert o zbliżonych cenach, względnie o 20% od wartości szacunkowej zamówienia”.

Kalkulacje dołączone do odwołania wskazują, że:

- 1) kwota w wysokości: 3 761 891,34 zł, jaką zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia jest niedoszacowana o kwotę ok. 1 mln zł;
- 2) cena zawarta w ofercie wykonawcy Impel:
  - a) nie pozwala na zrealizowanie zamówienia, zgodnie z zasadami uczciwej konkurencji, w szczególności na wypracowanie zysku, czy nawet pokrycie kosztów wykonania zamówienia, bowiem nie pokrywa kosztów bezpośrednich wykonania usługi, kosztów ogólnych, zysku i należnego VAT,
  - b) odbiega o ok. 25% od faktycznej wartości przedmiotu zamówienia oraz o 24% od średniej ceny pozostałych ofert

– co zgodnie z orzecznictwem jest podstawą do wszczęcia procedury w trybie **art. 90 ust. 1 Pzp**.

Odwołujący żąda dokonania czynności wezwania wykonawcy Impel zgodnie z dyspozycją wyrażoną w **art. 90 ust. 1 Pzp**, której efektem może być czynność określona w **art. 90 ust. 3 Pzp**, czy w **art. 89 ust. 1 pkt 3 lub 4 Pzp** z uwzględnieniem **art. 15 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji**, tj. odrzucenie oferty złożonej przez wykonawcę Impel i wybór oferty złożonej przez odwołującego.

W orzecznictwie jednoznacznie przyjęto, że zaniechanie procedury określonej we wskazanym przepisie **art. 90 ust. 1 Pzp**, jest samodzielną przesłanką określającą obowiązek zamawiającego, podlegającą ocenie z zastosowaniem środków ochrony prawnej.

Informacje z otwarcia ofert zamawiający przekazał odwołującemu 31.01.2014 r. faks nr 143/KJ/14/ZP.

Zawiadomienie o wyborze ofert zamawiający przekazał odwołującemu faksem nr 170/KJ/2014/ZP z 05.02. 2014 r.

Odwołujący przesłał w terminie kopię odwołania zamawiającemu **07.02.2014 r.** (art. 180 ust. 5 i art. 182 ust. 1-4 Pzp).

Zamawiający przesłał w terminie 2 dni kopię odwołania innym wykonawcom **10.02.2014 r.** (art. 185 ust. 1 in initio Pzp).

**12.02.2014 r.** wykonawca **Impel Cleaning sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu** złożył (1) Prezesowi KIO, z kopiami dla (2) zamawiającego i (3) odwołującego, pismo o zgłoszeniu przystąpienia po stronie odwołującego do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania (**art. 185 ust. 2 Pzp**).

Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy **19.02.2014 r.** (art. 186 ust. 1 Pzp). Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

**Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie dokumentacji postępowania, wyjaśnień oraz stanowisk stron zaprezentowanych podczas rozprawy, a także dowodu złożonego przez odwołującego:**

- 1) (dowód nr 1) kalkulacja kwoty dokonana przez odwołującego, która zamawiający powinien przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia na wykazanie, że zamawiający błędnie określił kwotę, którą podał przed otwarciem ofert, jako kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia;
- 2) (dowód nr 2) zestawienie dokonane przez odwołującego różnych cen jednostkowych i zmian ilościowych na wykazanie występowania różnych cen jednostkowych i zmiany ilościowe w zamówieniu;
- 3) (dowód nr 3) zestawienie cen złożonych w obecnym przetargu na wykazanie znamion rażąco niskiej ceny w ofercie wykonawcy Impel;
- 4) (dowód nr 4) porównanie kosztów zatrudnienia na umowę o pracę i umowę cywilnoprawną na wykazanie, że w zasadzie nie ma różnic w ponoszeniu

**kosztów przez wykonawcę bez względu na formę zatrudnienia osób wykonujących usługę**

**– Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:**

Skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie nie jest zasadne.

W ocenie Izby zostały wypełnione łącznie przesłanki zawarte w art. 179 ust. 1 Pzp, to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz wystąpienia możliwości poniesienia szkody przez odwołującego.

Zarzut zamawiającego, że cena ofertowa odwołującego jest znacznie wyższa niż kwota, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia i wybór tej oferty nie przyniesie udzielenia zamówienia odwołującemu, a doprowadzi do unieważnienia postępowania nie może stanowić podstawy do oddalenia odwołania ze względu na brak interesu odwołującego.

Zdaniem składu orzekającego Izby zamawiający po dokonaniu wyboru oferty opiewającej na cenę przewyższającą kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia i którą to kwotę zamawiający podał przed otwarciem ofert ma obowiązek unieważnić postępowanie, zgodnie z **art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp**. Jednak zamawiający musi najpierw sprawdzić możliwość zwiększenia kwoty do wysokości ceny wybranej, najkorzystniejszej oferty. Wynika to z zakończenia przepisu **art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp**, której to części przepisu nie wziął pod uwagę zamawiający przedstawiając argument braku interesu odwołującego we wniesieniu odwołania. Cały przepis **art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp** brzmi „Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli [...] cena najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, chyba że zamawiający może zwiększyć tę kwotę do ceny najkorzystniejszej oferty”.

Po wyborze oferty opiewającej na cenę przewyższającą kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, zamawiający musi dokonać próby zwiększenia kwoty, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Taka próba przed wyborem konkretnej oferty nie może być faktycznie przeprowadzona, gdyż niejako w ciemno, teoretycznie zamawiający nie wie, jaka będzie różnica między ceną ofertową i założoną wysokością sfinansowania zamówienia. Ponad różnicę w kwotach przeznaczonych środków i ceny oferty istotną rolę odgrywa czas, jaki minął od zaplanowania wydatków na zrealizowanie zamówienia – może on być dosyć odległy, nawet kilka miesięcy przed wszczęciem postępowania, a zwykle co najmniej kilka tygodni przed dokonaniem wyboru najkorzystniejszej oferty. W tak długim czasie mogą zajść zdarzenia powodujące zwiększenie środków, które zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia,

np. wystąpią oszczędności dzięki tańszemu nabyciu dóbr ze względu na wybór tańszej oferty w innej procedurze, albo przeciwnie, zamawiający będzie dysponować mniejszą kwotą niż pierwotnie planował przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, bo mogą wystąpić nieprzewidziane wydatki spowodowane np. usuwaniem skutków awarii.

Skład orzekający Izby podkreśla, że sformułowania użyte w **art. 86 ust. 3 Pzp** i **art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp** o kwocie, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia mimo takiego samego brzmienia nie oznaczają tej samej kwoty ze względu na momenty w postępowaniu, do których odnoszą się wskazane przepisy. **Art. 86 ust. 3 Pzp** brzmi „Bezpośrednio przed otwarciem ofert zamawiający podaje kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia” a **art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp** brzmi „Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli [...] cena najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, chyba że zamawiający może zwiększyć tę kwotę do ceny najkorzystniejszej oferty”. Gdyby ustawodawca uważał, że w tych przepisach chodzi o tę samą kwotę zastosowałby podobną technikę formułowania przepisu jak to uczynił np. w przypadku **art. 94 ust. 1 pkt 1 Pzp**, który brzmi „Zamawiający zawiera umowę w sprawie zamówienia publicznego, z zastrzeżeniem art. 183, w terminie [...] nie krótszym niż 10 dni od dnia przesłania zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty, jeżeli zawiadomienie to zostało przesłane w sposób określony w art. 27 ust. 2, albo 15 dni – jeżeli zostało przesłane w inny sposób – w przypadku zamówień, których wartość jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 [Pzp]”. Przepis **art. 86 ust. 3 Pzp** dotyczy czasu bezpośrednio przed otwarciem ofert, a samo wyliczenie tej kwoty mogło mieć miejsce nawet jeszcze kilka miesięcy wcześniej, natomiast przepis **art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp** odnosi się do momentu po otwarciu ofert zwykle od kilku dni do kilku tygodni, a nawet się zdarza, że kilku miesięcy po otwarciu ofert.

Sam zamawiający stwierdza w akapicie 3 na str. 3 odpowiedzi na odwołanie z 18.02.2014 r., że zamawiający może dokonać przesunięć planu finansowego, jednak cyt. „Zamawiający musi przestrzegać obowiązujących w tym zakresie przepisów oraz wewnętrznych procedur z uwzględnieniem możliwości finansowych i aktualnych potrzeb”.

Dlatego skład orzekający Izby stwierdza, że zamawiający musi dopiero po wyborze najkorzystniejszej oferty zbadać swoją zdolność do pokrycia kosztów zamówienia i zawrzeć umowę z wykonawcą, który zaoferował najkorzystniejszą ofertę, zgodnie z **art. 94 Pzp**, albo zamawiający musi unieważnić postępowanie powołując się na **art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp**.

W zakresie interesu przystępującego do przystąpienia do postępowania odwoławczego, skład orzekający Izby stwierdza, że zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego było zgodne z **art. 185 ust. 2 zdanie pierwsze Pzp**,

mając na uwadze regułę koncentracji środków odwoławczych. **Art. 185 ust. 2 zdanie pierwsze Pzp** brzmi: „Wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania, wskazując stronę, do której przystępuje, i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje”. Nieobecność wykonawcy na posiedzeniu i rozprawie, skutkowałą brakiem możliwości złożenia w jakiegokolwiek formie pogłębionego, merytorycznego stanowiska wykonawcy w zakresie objętym odwołaniem, co spowodowało, że przystąpienie nie miało w istocie wpływu na treść rozstrzygnięcia Izby.

Izba postanowiła dopuścić, jako dowód, dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez zamawiającego, potwierdzoną za zgodność z oryginałem.

Izba ustaliła, że stan faktyczny postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz informacje zawarte w ogłoszeniu o zamówieniu) nie jest sporny.

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzut trzeci – zaniżenia kwoty, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, którą zamawiający podał na otwarciu ofert (30.01.2014 r.), co jest sprzeczne z **art. 86 ust. 3 Pzp w związku z art. 32 ust. 1 i art. 34 ust. 1 i 3 Pzp** – nie zasługuje na uwzględnienie.

Sam odwołujący wykazał, że ma świadomość, że zamawiający zawarł już wcześniej umowy na bardzo zbliżony przedmiot zamówienia, jednak umowy te wygasają i dlatego zamawiający musi zawrzeć nowe umowy w trybie przetargowym (wygasające umowy były zawarte z odwołującym). Dlatego zamawiający dysponuje istotnymi danymi, aby dokonać ustalenia wartości z należytą starannością, zgodnie z **art. 32 ust. 1 Pzp**, który brzmi „Podstawą ustalenia wartości zamówienia jest całkowite szacunkowe wynagrodzenie wykonawcy, bez podatku od towarów i usług, ustalone przez zamawiającego z należytą starannością”.

Ponadto zamawiający zgodnie z **art. 34 ust. 1 Pzp** dokonał wyliczenia szacunkowego wartości nowego zamówienia. **Art. 34 ust. 1 Pzp** brzmi „Podstawą ustalenia wartości zamówienia na usługi lub dostawy powtarzające się okresowo jest łączna wartość zamówień tego samego rodzaju: [1] udzielonych w terminie poprzednich 12 miesięcy lub w poprzednim roku budżetowym, z uwzględnieniem zmian ilościowych zamawianych usług lub dostaw oraz prognozowanego na dany rok średniorocznego wskaźnika cen towarów i usług konsumpcyjnych ogółem, albo [2] których zamawiający zamierza udzielić w terminie 12 miesięcy następujących po pierwszej usłudze lub dostawie”.

Ustalając wartość zamówienia zamawiający uwzględnił zmiany ilościowe i standardy jakościowe przedmiotu zamówienia oraz zamawiający zastosował prognozowany wskaźnik wzrostu cen na rok 2014 w stosunku do roku 2013 w wysokości podanej w komunikacie GUS. Wskaźnik ten wynosił 101,7%.

Zarzut, że zamawiający nie zastosował wskaźnika wzrostu cen w wysokości 102,7% opublikowanego z ustawy budżetowej na rok 2014 nie może być brany pod uwagę przez Izbę z dwóch względów:

- 1) brak takiego wymogu w przepisach ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych, a zwłaszcza w przytaczanym **art. 34 ust. 1 Pzp**;
- 2) zamawiający dokonał otwarcia ofert 30.01.2014 r., a ustawa została opublikowana kilka dni później – 3 lutego 2014 r. w Dzienniku Ustaw poz. 162.

Wymaganie, aby zamawiający stosował się do przepisów ustawy budżetowej na rok 2014, które zostały opublikowane po fakcie otwarcia ofert można uznać za chybione, szczególnie, że przepisy ustawy budżetowej nie obowiązywały zamawiającego na podstawie przytoczonego **art. 34 ust. 1 pkt 1 Pzp**.

Jednak w rzeczywistości zamawiający – biorąc pod uwagę nie tylko minimalne wskazania ustawowe dotyczące prognozowanego wskaźnika wzrostu cen i zmian ilościowych zamawianych usług – zmienił cenę brutto sprzątnia 1 m<sup>2</sup> z 1,72 zł na 1,80 zł. Oznacza to, że zamawiający zwiększył o około 4,5% stawkę cenową za 1 m<sup>2</sup>. W związku z tym zamawiający zastosował wskaźnik wzrostu cen znacznie większy niż tego domagał się odwołujący. Dowodem tego są str. 19-23 i 270-275 dokumentacji.

Ponadto argumentacja odwołującego dotycząca wzrostu płacy minimalnej mogłaby być brana pod uwagę, gdyby odwołujący wykazał, że wszystkie lub prawie wszystkie osoby zatrudnione przez usługodawcę otrzymywały płacę na poziomie minimalnego wynagrodzenia. Również odwołujący nie wykazał, że w wykonaniu usługi nie można zastąpić pracy świadczonej przez pracowników pracą zmechanizowaną i że nie ma możliwości zwiększenia wydajności pracy dzięki zastosowaniu postępu technicznego czy zmiany technologii bądź organizacji wykonywanych czynności. Dlatego nie mogą zaważyć na stanowisku składu orzekającego Izby dowody złożone przez odwołującego dotyczące porównania kosztów pracodawcy z tytułu zatrudnienia na umowę o pracę i umowę cywilnoprawną (dowód 4).

Także na stanowisko składu orzekającego Izby nie mógł mieć wpływu dowód nr 3 zestawienie cen poszczególnych wykonawców, gdyż dowód ten nie wskazuje nic innego poza stosowaniem przez poszczególnych wykonawców indywidualnych wyliczeń oferowanych cen, a te każdy wykonawca może kalkulować zależnie od swoich możliwości.

Również dowód nr 2 wskazujący jak zdaniem odwołującego powinien postępować zamawiający podczas wyliczania kwoty, jaką zamawiający powinien przeznaczyć na



sfinansowanie zamówienia, nie może być podstawą do stwierdzenia, że zamawiający dokonał nieprawidłowego szacunku, skoro zamawiający postępował zgodnie z art. 34 ust. 1 pkt 1 Pzp i tak wyliczył stosowną kwotę. Nie można wykluczyć, że wyliczenia zamawiającego dokonane zgodnie z ustawą nie dadzą w praktyce kwoty, która będzie dokładnie odpowiadała późniejszym wysokościami cen ofertowych, ale nawet znaczna różnica między szacunkową wartością zamówienia i cenami ofertowymi nie będzie mogła być podstawą do kwestionowania prawidłowości postępowania zamawiającego podczas szacowania wartości zamówienia. Tym bardziej, gdy w złożonych ofertach znajdują się ceny zbliżone do szacunków zamawiającego. A tak stało się w rozpoznawanym postępowaniu, w którym jedna z cen ofertowych odbiega od szacunku tylko o około 7%.

Wreszcie w dowodzie nr 1 odwołujący pomylił wielkość powierzchni przeznaczonej do sprzątnięcia i do swoich obliczeń przyjmował wielkość 66 523,11 m<sup>2</sup> zamiast 63 035,10 m<sup>2</sup>. Spowodowało to, że obliczenia przedstawione w dowodzie nr 1 nie mogą być miarodajne dla Izby.

Z przytoczonych wyżej powodów nie może zostać uwzględniony zarzut trzeci zaniżenia kwoty, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzut pierwszy – naruszenia **art. 90 ust. 1 Pzp** przez zaniechanie wezwania wykonawcy Impel do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty, mających wpływ na wysokość ceny, pomimo że zachodzą przesłanki uzasadniające takie wezwanie, gdyż cena zawarta w ofercie wykonawcy Impel ma znamiona ceny rażąco niskiej w stosunku do przedmiotu zamówienia i cen pozostałych ofert – nie zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający otrzymał ofertę z ceną mniejszą o 7% niż powiększona o VAT szacunkowa wartość zamówienia. Nie spowodowało to powstania wrażenia u zamawiającego, że oferta tego wykonawcy zawiera rażąco niską cenę. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem tak mała różnica między szacunkiem zamawiającego i ceną ofertową nie może być przyczyną nakazania zamawiającemu, aby wszczął procedurę wyjaśniania, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, co zostało unormowane w **art. 90 ust. 1 Pzp**. **Art. 90 ust. 1 Pzp** brzmi „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”. Oczywiście zamawiający może wziąć pod uwagę różnice cenowe między poszczególnymi ofertami czy grupami ofert i wszcząć procedurę wyjaśniania, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, nawet gdy różnica ta jest niewielka. Jednak nie można nakazać zamawiającemu takiego postępowania w przypadku, który wystąpił w rozpoznawanym postępowaniu – niewielkiej różnicy między szacunkową

wartością a ceną ofertową. Skład orzekający Izby stwierdza, że nawet znacznie mniejsze różnice między cenami ofert lub wartością szacunkową dokonaną przez zamawiającego mogą stanowić podstawę do zwrócenia się przez zamawiającego o udzielenie wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny.

Jednak w takim zakresie różnic cen ofertowych i szacunku zamawiającego wszczęcie procedury wyjaśniania rażąco niskiej ceny bądź zaniechania tej procedury musi należeć wyłącznie do kompetencji zamawiającego. Podobnie orzekł Sąd Okręgowy w Poznaniu w wyroku z 8 stycznia 2014 r., sygn. akt X Ga 625/13, cyt. „Prawo do żądania wyjaśnień w celu zbadania, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia stanowi wyłączną kompetencję zamawiającego, jako podmiotu, który prowadzi postępowanie o udzielenia zamówienia publicznego. Brak jest jakichkolwiek podstaw do uznania, że na decyzję zamawiającego w tym zakresie mogą mieć wpływ wykonawcy”.

Dodatkowo skład orzekający Izby stwierdza, że zamawiający nie żądał w specyfikacji podania przez wykonawców liczby ludzi przewidzianych do wykonania zamówienia ani podania sprzętu mechanicznego czy innych czynników wpływających na cenę ofertową, ale zamawiający w specyfikacji żądał tylko efektu – utrzymania w czystości odpowiedniej liczby metrów kwadratowych powierzchni, w odpowiednich lokalizacjach, co zostało wskazane w załączniku do specyfikacji (opz). Dlatego żądanie później, po upływie terminu składania ofert, znacznie bardziej szczegółowych danych i ich analizowanie nie może być uznane za właściwe działanie zamawiającego, a coś takiego sugeruje odwołujący. Takie działanie byłoby sprzeczne z **art. 38 ust. 4 zdanie pierwsze Pzp**, które brzmi „W uzasadnionych przypadkach zamawiający może przed upływem terminu składania ofert zmienić treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia”.

Ponadto stwierdzenie przez jakiegokolwiek wykonawcę, a w tym przez autora oferty, dokonane po upływie terminu składania ofert, że wykonawca nie zawarł w ofercie jakichś elementów czy z innych powodów zaoferował zbyt niską cenę nie może być przyczyną do automatycznego wszczęcia procedury badania zastosowania rażąco niskiej ceny czy przeprowadzenia innych działań skutkujących nawet odrzuceniem oferty. Także w rozpoznawanym przypadku zamawiający nie jest zobligowany żadnym przepisem prawa brać pod uwagę kalkulacji wniesionej przez odwołującego sugerującej, że oferta złożona przez któregokolwiek wykonawcę jest niedoszacowana.

Wobec powyższych stwierdzeń składu orzekającego Izby zarzut pierwszy – zaniechania wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty, mających wpływ na wysokość ceny – nie może zasługiwać na uwzględnienie.

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzut drugi – naruszenia **art. 91 ust. 1 Pzp** w związku z wadliwym wyborem oferty najkorzystniejszej, przez jej wybór bez wyjaśnienia ceny

wg procedury wskazanej w **art. 90 ust. 1 Pzp** mimo istnienia przesłanek do dokonania tej czynności oraz w konsekwencji ewentualnych podstaw do odrzucenia oferty, jako oferty z rażąco niską ceną lub ceną dumpingową, w rozumieniu **art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji** – nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący nie wykazał, co zostało omówione powyżej, że w postępowaniu zaistniały przesłanki do ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a w związku z tym nie wykazał naruszenia przez zamawiającego art. 91 ust. 1 Pzp, który brzmi „Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia”. Również zamawiający nie wykazał naruszenia art. 15 ust. 1 pkt 1 **ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, który brzmi** „Art. 15 ust. 1. Czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez [...] sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców”.

W ocenie składu orzekającego Izby, ogólny zarzut pierwszy – naruszenia zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców wskazanych w **art. 7 ust. 1 i 3 Pzp** – nie zasługuje na uwzględnienie, ze względu na brak wykazania naruszenia zasad zamówień publicznych sformułowanych w tych przepisach oraz brak wykazania naruszenia jakiegokolwiek innego przepisu wskazanego w odwołaniu.

Zamawiający – podczas prowadzenia postępowania – nie naruszył wskazanych przez odwołującego przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych.

Skład orzekający Izby wziął pod uwagę dowody złożone przez strony.

Z powyższych względów oddalono odwołanie, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania uznając za uzasadnione koszty wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego w kwocie 3 600, 00 zł zgodnie z § 3 pkt 1 i pkt 2 lit. b 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. z 2010 r. Nr 41, poz. 238).

**Przewodniczący:**

.....