

WYROK

z dnia 16 października 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 października 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 września 2013 r. przez **Impel Cleaning Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu** w postępowaniu prowadzonym przez **Skarb Państwa – Jednostkę Wojskową Nr 4352 w Giżycku**

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu – **Skarbowi Państwa – Jednostce Wojskowej Nr 4352 w Giżycku** – unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w zakresie zadania I i IV, wezwanie wykonawców: Andrzeja Ireneusza K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usługowe ROKA Zakład Pracy Chronionej Andrzej Ireneusz K. w Piotrkowie Trybunalskim (w zakresie zadania I), ECO-PLAN Spółkę Akcyjną w Słupsku (w zakresie zadania I) oraz Zakład Sprzątania Wnętrz MOP 83 Józef J. Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Gronowie Górnym (w zakresie zadania IV) do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny i dokonanie ponownej oceny ofert z uwzględnieniem złożonych wyjaśnień oraz wyjaśnień złożonych przez Zakład Sprzątania Wnętrz MOP 83 Józef J. Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Gronowie Górnym (w zakresie zadania I) i Andrzeja Ireneusza K., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą

Przedsiębiorstwo Usługowe ROKA Zakład Pracy Chronionej Andrzej Ireneusz K. w Piotrkowie Trybunalskim (zakresie zadania IV)

2. kosztami postępowania obciąża **Skarb Państwa – Jednostkę Wojskową Nr 4352 w Giżycku** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Impel Cleaning Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu** tytułem wpisu od odwołania.

2.2. zasądza od **Skarbu Państwa – Jednostki Wojskowej Nr 4352 w Giżycku** na rzecz **Impel Cleaning Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

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

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Jednostka Wojskowa Nr 4352 w Giżycku – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na usługi sprzątnięcia powierzchni wewnętrznych utwardzonych oraz utrzymania terenów zielonych w jednostkach i instytucjach wojskowych zlokalizowanych na terenie administrowanym przez Jednostkę Wojskową nr 4352 Giżycko.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 roku, poz. 907), zwanej dalej ustawą Pzp.

W dniu 26 września 2013 roku wykonawca Impel Cleaning Sp. z o.o. we Wrocławiu (dalej: odwołujący) wniósł odwołanie wobec czynności zamawiającego, zarzucając zamawiającemu naruszenie:

W zakresie zadania I:

- 1) Art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców
- 2) Art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 w zw. z art. 90 ust. 1-3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie przez zamawiającego wezwania wykonawcy Zakład Sprzątnięcia Wnętrz MOP 83 Józef J. Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny oraz zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez tego wykonawcę jako zawierającej rażąco niską cenę do przedmiotu zamówienia, a ponadto stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji
- 3) Art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 w zw. z art. 90 ust. 1-3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy Przedsiębiorstwo Usługowe ROKA ZPCHr Andrzej Ireneusz K. do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny oraz zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez tego wykonawcę jako zawierającej rażąco niską cenę do przedmiotu zamówienia a ponadto stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji
- 4) Art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 w zw. z art. 90 ust. 1-3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy ECO-PLAN SA do złożenia wyjaśnień oraz rażąco niskiej ceny oraz zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez tego wykonawcę jako zawierającą rażąco niską cenę do przedmiotu zamówienia, a ponadto stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji,
- 5) Art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wadliwy wybór oferty najkorzystniejszej

W zakresie zadania IV:

- 1) Art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców
- 2) Art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 w zw. z art. 90 ust. 1-3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie przez zamawiającego wezwania wykonawcy Przedsiębiorstwo Usługowe ROKA ZPCHr Andrzej Ireneusz K. do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny oraz zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez tego wykonawcę jako zawierającej rażąco niską cenę do przedmiotu zamówienia, a ponadto stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji
- 3) Art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 w zw. z art. 90 ust. 1-3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy Zakład Sprzątania Wnętrz MOP 83 Józef J. do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny oraz zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez tego wykonawcę jako zawierającej rażąco niską cenę do przedmiotu zamówienia a ponadto stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji
- 4) Art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wadliwy wybór oferty najkorzystniejszej

Odwołujący wniósł o:

W zakresie zadania I:

- 1) Uchylenie czynności wyboru jako najkorzystniejszej w postępowaniu oferty złożonej przez wykonawcę Zakład Sprzątania Wnętrz MOP 83 Józef J. Sp. z o.o.
- 2) Nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert, w szczególności w zakresie wezwania wykonawców: Zakład Sprzątania Wnętrz MOP 83 Józef J. Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Usługowe ROKA ZPCHr Andrzej Ireneusz K. oraz ECO-PLAN SA do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp
- 3) Nakazanie zamawiającemu odrzucenia na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 ustawy Pzp ofert złożonych przez wykonawców.: Zakład Sprzątania Wnętrz MOP 83 Józef J. Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Usługowe ROKA ZPCHr Andrzej Ireneusz K. oraz ECO-PLAN SA, gdyż zawierają rażąco niską cenę i ich złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji

- 4) Nakazanie zamawiającemu dokonania ponownej oceny ofert i wybór najkorzystniejszej ofert spośród niepodlegających odrzuceniu ofert złożonych przez wykonawców niewykluczonych z postępowania,

W zakresie zadania IV:

- 1) Uchylenie czynności wyboru jako najkorzystniejszej w postępowaniu oferty złożonej przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Usługowe ROKA ZPCHr Andrzej Ireneusz K.
- 2) Nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert, w szczególności w zakresie wezwania wykonawców: Zakład Sprzątań Wnętrz MOP 83 Józef J. Sp. z o.o. oraz Przedsiębiorstwo Usługowe ROKA ZPCHr Andrzej Ireneusz K.
- 3) Nakazanie zamawiającemu odrzucenia na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 ustawy Pzp ofert złożonych przez wykonawców.: Zakład Sprzątań Wnętrz MOP 83 Józef J. Sp. z o.o. oraz Przedsiębiorstwo Usługowe ROKA ZPCHr Andrzej Ireneusz K., gdyż zawierają rażąco niską cenę i ich złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji
- 4) Nakazanie zamawiającemu dokonania ponownej oceny ofert i wybór najkorzystniejszej ofert spośród niepodlegających odrzuceniu ofert złożonych przez wykonawców niewykluczonych z postępowania,

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o oddalenie odwołania i obciążenie odwołującego kosztami postępowania, w tym obowiązkiem zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika. Stwierdził, iż oferta uznana przez zamawiającego za najkorzystniejszą w zakresie zadania 1 (Zakład Sprzątań Wnętrz MOP 83 Józef J. Sp. z o.o.) jest niższa od wartości brutto przedmiotu zamówienia o kwotę 3.621.771,31 zł i stanowi 55,11% wartości kwoty przeznaczonej na realizację zadania oraz nieznacznie odbiega od pozostałych ofert złożonych w tym zadaniu:

- Przedsiębiorstwo Usługowe ROKA ZPCHr Andrzej Ireneusz K. o 4,72%,

- ECO-PLAN SA o 20,14%,

Odwołującego o 30,88%.

Oferta uznana przez zamawiającego za najkorzystniejszą w zakresie zadania IV (Przedsiębiorstwo Usługowe ROKA ZPCHr Andrzej Ireneusz K.) jest niższa od wartości brutto przedmiotu zamówienia w tej części zamówienia o kwotę 3.514.259,11 zł i stanowi

55,12% wartości kwoty przeznaczonej na realizację zadania oraz nieznacznie odbiega od pozostałych złożonych ofert w tym zadaniu:

- Zakładu Sprzątania Wnętrz MOP 83 Józef J. Sp. z o.o. o 4,07%

- odwołującego o 19,67%.

Jednocześnie zamawiający przyznał, że przeszacował zamówienie na świadczenie usług sprzątania ustalając swój budżet na zbyt wysokim poziomie.

Izba ustaliła, co następuje:

Szacunkowa wartość zamówienia została ustalona w zakresie zadania I na kwotę 6.884.393,09, w zakresie zadania IV – na kwotę 6.865.494,18 zł. W zakresie zadania I złożono 5 ofert:

- 1) ECO-PLAN SA w Słupsku z ceną 5.568.865,39 zł
- 2) CLAR SYSTEM SA w Poznaniu z ceną 3.098.948,52 zł
- 3) Zakład Sprzątania Wnętrz MOP 83 Józef J. Sp. z o.o. w Gronowie Górnym z ceną 4.447.535,35 zł
- 4) Impel Cleaning Sp. z o.o. we Wrocławiu z ceną 6.434.463,60 zł
- 5) Przedsiębiorstwo Usługowe ROKA Zakład Pracy Chronionej Andrzej Ireneusz K. w Piotrkowie Trybunalskim z ceną 4.667.657,30 zł.

W zakresie zadania IV złożono cztery oferty:

- 1) ECO-PLAN SA w Słupsku z ceną 3.417.405,19 zł
- 2) Zakład Sprzątania Wnętrz MOP 83 Józef J. Sp. z o.o. z ceną 4.394.982,32 zł
- 3) IMPEL Cleaning Sp. z o.o. we Wrocławiu z ceną 5.248.098,01 zł
- 4) Przedsiębiorstwo Usługowe ROKA Zakład Pracy Chronionej Andrzej Ireneusz K. w Piotrkowie Trybunalskim z ceną 4.216.177,82 zł.

W zakresie zadania 1 zamawiający wybrał jako najkorzystniejszą ofertę złożoną przez Zakład Sprzątania Wnętrz MOP 83 Józef J. Sp. z o.o., zaś w zakresie zadania IV – ofertę Przedsiębiorstwa Usługowego ROKA ZPCHr Andrzej Ireneusz K..

Zamawiający wezwał do wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp wykonawców CLAR SYSTEM SA (zadanie 1 i 2), ECO-PLAN SA (Zadanie 4) i Zakład Sprzątania Wnętrz MOP 83 Józef J. Sp. z o.o. o (zadanie 3). Na podstawie złożonych wyjaśnień zamawiający uznał, że oferta CLAR SYSTEM w zakresie zadania 1 i 2 oraz oferta ECO-PLAN SA w zakresie zadania 4 podlegają odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 ustawy Pzp, gdyż stanowią czyn nieuczciwej konkurencji i zawierają rażąco niską cenę.

W dniach 2 i 3 października 2013 roku, już po wniesieniu odwołania, zamawiający – w celu ustosunkowania się do zarzutów odwołania – wezwał wykonawców, którzy złożyli najkorzystniejsze oferty w zakresie zadania 1 i 4 – do wyjaśnienia zaoferowanej ceny. Złożone wyjaśnienia ocenił jako wiarygodne i wykazujące, że wykonawcy nie zaoferowali rażąco niskich cen.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie jest zasadne.

Izba stwierdziła, że odwołujący jest uprawniony do wnoszenia środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Stosownie do art. 90 ust. 1 ustawy – Pzp zamawiający w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zwraca się w formie pisemnej do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. 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. Zamawiający obowiązany jest zbadać zaoferowaną cenę w odniesieniu do danych, którymi dysponuje. Izba stoi na stanowisku, iż punktem odniesienia dla zamawiającego powinna być ustalona przez niego wartość zamówienia oraz ceny zaoferowane przez innych wykonawców, biorących udział w postępowaniu.

A zatem, jeśli w trakcie oceny ofert zamawiający ma do czynienia z ofertą zawierającą cenę odbiegającą w istotny sposób od wartości przedmiotu zamówienia oraz innych ofert, w celu ustalenia, czy oferta zawiera cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia, obowiązany jest zwrócić się do wykonawcy o szczegółowe wyjaśnienie powodów zaproponowania tak niskiej ceny.

W przedmiotowym postępowaniu zamawiający zwrócił się o wyjaśnienia dotyczące zaoferowanej ceny do wykonawców, którzy złożyli najkorzystniejsze oferty w zakresie zadania 1 i 4, tj. Zakład Sprzątania Wnętrz MOP 83 Józef J. Sp. z o.o. oraz Andrzej Ireneusz K., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usługowe ROKA ZPCHr Andrzej Ireneusz K., jednakże zrobił to dopiero wówczas, gdy jego decyzja została zaskarżona w drodze wniesionego odwołania. W odpowiedzi na odwołanie podnosił, że zrobił to w celu ustosunkowania się do wniesionego do KIO odwołania.

Ze stanowiska zamawiającego wynika, iż w jego ocenie brak było podstaw do wszczęcia postępowania wyjaśniającego w kwestii rażąco niskiej ceny wobec wskazanych wykonawców. Izba zbadała zatem przesłanki ewentualnego przeprowadzenia takiego postępowania i skonstatowała, iż w przypadku cen zaoferowanych przez wykonawców wskazanych w sentencji orzeczenia istniały podstawy do żądania złożenia przez nich wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Zaoferowane ceny w sposób znaczny odbiegają zarówno od wartości szacunkowej zamówienia, jak i cen pozostałych wykonawców.

Izba wskazuje na brzmienie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy 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 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 wyznaczane 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.

Odnosząc się do argumentacji zamawiającego, iż przeszacował on wartość zamówienia opierając się wyłącznie na kwotach, które zostały mu narzucone przez Inspektorat Wsparcia Sił Zbrojnych, Izba stwierdza, że nie są to okoliczności

usprawiedliwiającego zamawiającego. Zgodnie z art. 32 ust. 1 ustawy Pzp podstawą ustalenia wartości zamówienia jest całkowite szacunkowe wynagrodzenie wykonawcy, ustalone przez zamawiającego z należytą starannością. Przepis ten zobowiązuje zamawiającego do starannego szacowania wartości zamówienia i jednocześnie stwarza domniemanie i zamawiający e sposób należyty takiego szacunku dokonał. Nieprawidłowości w dokonanym szacunku nie mogą obciążać wykonawców, biorących udział w postępowaniu.

Z uwagi na fakt, że zamawiający wezwał już wykonawców, których oferty zostały uznane za najkorzystniejsze w ramach poszczególnych zadań, Izba nie nakazywała zamawiającemu ponownego ich wzywania. Izba nakazała wezwanie tych wykonawców, którzy w zadaniach 1 i 4 nie byli wzywani do składania wyjaśnień w kwestii, czy ich oferty nie zawierają rażąco niskich cen.

Zważywszy na to, iż zamawiający dopiero na podstawie złożonych wyjaśnień dokona ponownej oceny ofert zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia ofert wykonawców, którzy złożyli oferty z cenami rażąco niskimi, przez co naruszyli uczciwą konkurencję, należy uznać za przedwczesny.

Biorąc pod uwagę powyższe orzeczono jak w sentencji.

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

.....