

**Sygn. akt: KIO 684/14**

**WYROK**

**z dnia 15 kwietnia 2014 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Honorata Łopianowska**

**Protokolant: Paulina Nowicka**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 kwietnia 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 kwietnia 2014 r. przez wykonawcę DC System „Company” Sp. z o. o. sp. k. w Warszawie, w postępowaniu prowadzonym przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad - Oddział w Warszawie

**orzeka:**

- 1. oddala odwołanie;**
- kosztami postępowania obciąża DC System „Company” Sp. z o. o. sp. k. w Warszawie i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez DC System „Company” Sp. z o. o. sp. k. w Warszawie tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2013 r. 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 Warszawie.

**Przewodniczący:**

## Uzasadnienie

I. Zamawiający – Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad - Oddział w Warszawie prowadzi postępowanie, którego przedmiotem jest „Wykonanie usług w zakresie utrzymania czystości w budynkach biurowych, socjalnych, magazynowych i innych oraz wyznaczonego terenu w Rejonach i Obwodach Drogowych administrowanych przez Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Warszawie w podziale na 6 zadań”. Szacunkowa wartość zamówienia jest niższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

II. Zamawiający rozstrzygnął przedmiotowe postępowanie, dokonując wyboru w zakresie zadań I, III i IV oferty wykonawcy Somerw sp. z o.o. w Warszawie.

Powyższa czynność została poprzedzona wezwaniem do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny następujących dwóch wykonawców: Somerw sp. z o.o. oraz ZPUH ORDO. Obaj wykonawcy złożyli takie wyjaśnienia na wezwanie Zamawiającego.

III. W dniu 4 kwietnia 2014 r., Odwołujący złożył odwołanie w zakresie zadań I, II i IV, wskazując na następujące zaniechania i naruszenia przepisów:

**1) dla zadania nr I:**

- 1) art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień Publicznych, poprzez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców,
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 w związku z art. 90 ust. 1-3 ustawy Prawo zamówień Publicznych, poprzez zaniechanie przez Zamawiającego wezwania wybranego Wykonawcy: Somerw Sp. z o.o., Wykonawcy Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe VIVA AQUA oraz Wykonawcy MIKO P..... J....., do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny oraz zaniechania odrzucenia ofert złożonych przez Wykonawców jako zawierających rażąco niską cenę do przedmiotu zamówienia, a ponadto stanowiących czyn nieuczciwej konkurencji;
- 3) art. 91 ust 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez wadliwy wybór oferty najkorzystniejszej.

**2) dla zadania nr III:**

- 1) art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców,
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 w związku z art. 90 ust. 1-3 ustawy Prawo zamówień,

publicznych poprzez zaniechanie przez Zamawiającego wezwania wybranego Wykonawcy: Wnerw Sp. z o.o., Wykonawcy ZPUH "ORDO" G. W....., Wykonawcy Przedsiębiorstwo Usługowe "ROKA" ZPChr, Wykonawcy: Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe VIVA AQUA oraz Wykonawcy MIKO P..... J....., do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny oraz zaniechania odrzucenia ofert złożonych przez Wykonawców jako zawierających rażąco niską cenę do przedmiotu zamówienia, a ponadto stanowiących czyn nieuczciwej konkurencji;

3) art. 91 ust 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez wadliwy wybór oferty najkorzystniejszej.

### **3) dla zadania nr VI;**

1) art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców,

2) art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 w związku z art. 90 ust. 1-3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie przez Zamawiającego wezwania wybranego Wykonawcy: Somerw Sp. z o.o., Wykonawcy ZPUH "ORDO" G. W....., Wykonawcy Czyste Wnętrza E. J....., Wykonawcy: Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe VIVA AQUA oraz Wykonawcy MIKO P..... J....., do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny oraz zaniechania odrzucenia ofert złożonych przez Wykonawców jako zawierających rażąco niską cenę do przedmiotu zamówienia, a ponadto stanowiących czyn nieuczciwej konkurencji;

3) art. 91 ust 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez wadliwy wybór oferty najkorzystniejszej.

W związku z postawionymi zarzutami Odwołujący postawił następujące żądania:

#### **1) w zakresie zadania I:**

1) uchylenie czynności wyboru jako najkorzystniejszej w postępowaniu ofercie złożonej przez Wykonawcę: Somerw Sp. z o.o.;

2) nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert, w szczególności w zakresie wezwania Wykonawców: Somerw Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe VIVA AQUA oraz MIKO P..... J..... do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny w trybie art. 90 ust. 1 ustawy prawo zamówień publicznych;

3) nakazanie Zamawiającemu odrzucenia na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt. 3 i 4 ustawy Prawo zamówień publicznych - ofert złożonych przez Wykonawców: Somerw Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe VIVA AQUA oraz MIKO P..... J..... gdyż:

a) zawierają rażąco niską cenę;

b) ich złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji;

4) nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownej oceny ofert i wybór najkorzystniejszej oferty spośród niepodlegających odrzuceniu ofert złożonych przez Wykonawców niewykluczonych z postępowania.

**2) w zakresie zadania III:**

1) uchylenie czynności wyboru jako najkorzystniejszej w postępowaniu oferty złożonej przez Wykonawcę: Somerw Sp. z o.o.;

2) nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert, w szczególności w zakresie wezwania Wykonawcy Somerw Sp. z o.o., Wykonawcy ZPUH "ORDO" G. W....., Wykonawcy Przedsiębiorstwo Usługowe "ROKA" ZPCLir, Wykonawcy: Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe VIVA AQUA oraz Wykonawcy MIKO P..... J..... do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny w trybie art. 90 ust. 1 ustawy prawo zamówień publicznych;

3) nakazanie Zamawiającemu odrzucenia na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt, 3 i 4 ustawy prawo zamówień publicznych - oferty Wykonawcy Somerw Sp. z o.o., Wykonawcy ZPUH "ORDO" G. W....., Wykonawcy Przedsiębiorstwo Usługowe "ROKA" ZPChr, Wykonawcy: Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe VIVA AQUA oraz Wykonawcy MIKO P..... J..... gdyż:

a) zawierają rażąco niską cenę;

b) ich złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji;

4) nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownej oceny ofert i wybór najkorzystniejszej oferty spośród niepodlegających odrzuceniu ofert złożonych przez Wykonawców niewykluczonych z postępowania.

**1) w zakresie zadania VI:**

1) uchylenie czynności wyboru jako najkorzystniejszej w postępowaniu oferty złożonej przez Wykonawcę: Somerw Sp. z o.o.;

2) nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert, w szczególności w zakresie wezwania Wykonawcy: Somerw Sp. z o.o., Wykonawcy ZPUH "ORDO" G. W....., Wykonawcy Czyste Wnętrze E. J....., Wykonawcy: Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe VIVA AQUA oraz Wykonawcy MIKO P..... J..... do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny w trybie art. 90 ust. 1 ustawy prawo zamówień publicznych;

3) nakazanie Zamawiającemu odrzucenia na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt. 3 i 4 ustawy prawo zamówień publicznych - oferty Wykonawcy: Somerw Sp. z o.o., Wykonawcy ZPUH "ORDO" G. W....., Wykonawcy Czyste Wnętrze E. J....., Wykonawcy: Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe VIVA AQUA oraz Wykonawcy MIKO P..... J..... gdyż :

- a) zawierają rażąco niską cenę;
- b) ich złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji;
- 4) nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownej oceny ofert i wybór najkorzystniejszej oferty spośród niepodlegających odrzuceniu ofert złożonych przez Wykonawców niewykluczonych z postępowania.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podał, że w postępowaniu złożono następujące ważne nieodrzucone oferty dla zadania I:

- 1. Somerw Sp. z o.o.
- 2. Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe VIVA AQUA
- 3. MIKO Piotr
- 4. DC System „Company” Sp. z o.o.

Za wykonanie przedmiotu zamówienia w pełnym rzeczowym zakresie objętym Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia ww. firmy przedstawiły oferty cenowe kształtujące się następująco:

| LP. | Nazwa Oferenta                               | Wartość oferty brutto za całość zamówienia | Wartość oferty brutto miesięcznie |
|-----|--|--|-----------------------------------|
| 1   | Somerw Sp. z o.o.                            | 80 719,96 zł                               | 3 363,33 zł                       |
| 2   | Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe VIVA AQUA | 193 704,00 zł                              | 8 071,00 zł                       |
| 3   | MIKO P..... J.....                           | 197 996,62 zł                              | 8 249,86 zł                       |
| 4   | DC System „Company” Sp. z o.o.               | 321 731,75 zł                              | 13 405,49 zł                      |

Zamawiający przeznaczył na realizację całości zadania I budżet w wysokości 326 137,10 zł brutto.

Odwołujący stwierdził, iż w postępowaniu złożono następujące ważne nieodrzucone oferty dla zadania III:

- 1. Somerw Sp. z o.o.
- 2. ZPUH "ORDO" G. W.....
- 3. Przedsiębiorstwo Usługowe "ROKA" ZPChr
- 4. Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe VIVA AQUA
- 5. MIKO P..... J.....
- 6. DC System „Company” Sp. z o.o.

Za wykonanie przedmiotu zamówienia w pełnym rzeczowym zakresie objętym Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia ww. firmy przedstawiły oferty cenowe kształtujące się następująco:

| LP. | Nazwa Oferenta    | Wartość oferty brutto za całość zamówienia | Wartość oferty brutto miesięcznie |
|-----|-------------------|--|-----------------------------------|
| 1   | Somerw Sp. z o.o. | 72 586,22 zł                               | 3 024,43 zł                       |

|   |  |               |              |
|---|--|---------------|--------------|
| 2 | ZPUH "ORDO" G.                               | 113 082,91 zł | 4 711,79 zł  |
| 3 | Przedsiębiorstwo Usługowe "ROKA" ZPChr       | 196 613,83 zł | 8 192,24 zł  |
| 4 | Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe VIVA AQUA | 206 064,00 zł | 8 586,00 zł  |
| 5 | MIKO P..... J.....                           | 214 423,49 zł | 8 934,31 zł  |
| 6 | DC System „Company” Sp. z o.o.               | 400 897,94 zł | 16 704,08 zł |

Zamawiający przeznaczył na realizację całości zadania III budżet w wysokości 461 073,89 zł brutto.

Odwołujący stwierdził, iż w postępowaniu złożono następujące ważne nieodrzucone oferty dla zadania VI:

1. Somerw Sp. z o.o.
2. ZPUH "ORDO" G. W.....
3. Czyste Wnętrza E. J.....
4. Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe VIVA AQUA
5. MIKO P..... J.....
6. DC System „Company” Sp. z o.o.

Za wykonanie przedmiotu zamówienia w pełnym rzeczowym zakresie objętym Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia ww. firmy przedstawiły oferty cenowe kształtujące się następująco:

| LP. | Nazwa Oferenta                               | Wartość oferty brutto za całość zamówienia | Wartość oferty brutto miesięcznie |
|-----|--|--|-----------------------------------|
| 1   | Somerw Sp. z o.o.                            | 95 763,16 zł                               | 3 990,13 zł                       |
| 2   | ZPUH "ORDO" G.                               | 125 726,35 zł                              | 5 238,60 zł                       |
| 3   | Czyste Wnętrza E. J.....                     | 170 758,80 zł                              | 7 114,95 zł                       |
| 4   | Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe VIVA AQUA | 175 824,00 zł                              | 7 326,00 zł                       |
| 5   | MIKO P..... J.....                           | 199 636,60 zł                              | 8 318,19 zł                       |
| 6   | DC System „Company” Sp. z o.o.               | 349 396,20 zł                              | 14 558,18 zł                      |

Zamawiający przeznaczył na realizację całości zadania VI, budżet w wysokości 365 166,14 zł brutto.

Z analizy powyższego zestawienia wyraźnie widać ogromne różnice dzielące oferty cenowe firm Somerw Sp. z o.o., ZPUH "ORDO" G. W....., Czyste Wnętrza E. J....., Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe VIVA AQUA, MIKO P..... J....., Przedsiębiorstwo Usługowe "ROKA" ZPChr do budżetu oszacowanego przez Zamawiającego. Zaoferowane wartości cenowe ww. firm również znacznie odbiegają od ceny zaoferowanej przez Odwołującego tj. firmę DC System „Company” Sp. z o.o.,

Na dowód zobrazowania, jak rażąco niskie ceny firm Somerw Sp, z o.o., ZPUH "ORDO" G. W....., Czyste Wnętrza E. J....., Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe

VIVA AQUA, MIKO P..... J....., Przedsiębiorstwo Usługowe "ROKA" ZPChr obiegają od budżetu Zamawiającego i ceny zaoferowanej przez DC System „Company” Sp. z o.o. przedstawiamy poniższe wyliczenia:

Zadanie I:

1- Oferta Somerw Sp. z o.o.:

- różnica do budżetu Zamawiającego wynosi - 245 417,14 zł, co daje wartość 75 % niższą niż zaplanowany budżet Zamawiającego
- różnica ceny brutto do oferty Odwołującego wynosi - 241 011,79 zł

2. Oferta Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe VIVA AOUA:

- różnica do budżetu Zamawiającego wynosi - 132 433,10 zł, co daje wartość 41 % niższą niż zaplanowany budżet Zamawiającego
- różnica ceny brutto do oferty Odwołującego wynosi -128 027,75 zł

3. Oferta MIKO P..... J.....:

- różnica do budżetu Zamawiającego wynosi - 128140,48 zł, co daje wartość 39 % niższą niż zaplanowany budżet Zamawiającego
- różnica ceny brutto do oferty Odwołującego wynosi -123 735,13 zł

4. Oferta DC System „Company” Sp. z o.o.:

- różnica do budżetu Zamawiającego wynosi - 4 405,35 zł, co daje wartość 1 % niższą niż zaplanowany budżet Zamawiającego

Zadanie III:

1. Oferta Somerw Sp. z o.o.:

- różnica do budżetu Zamawiającego wynosi - 388 487,67 zł, co daje wartość 84 % niższą niż zaplanowany budżet Zamawiającego
- różnica ceny brutto do oferty Odwołującego wynosi - 328 311,72 zł

2. Oferta ZPUH "ORPO" G. W.....:

- różnica do budżetu Zamawiającego wynosi - 347 990,98 zł, co daje wartość 75% niższą niż zaplanowany budżet Zamawiającego
- różnica ceny brutto do oferty Odwołującego wynosi - 287 815,03 zł

3. Oferta Przedsiębiorstwo Usługowe "ROKA" ZPChr:

- różnica do budżetu Zamawiającego wynosi - 264 460,06 zł, co daje wartość 57% niższą niż zaplanowany budżet Zamawiającego
- różnica ceny brutto do oferty Odwołującego wynosi - 204 284,11 zł

4. Oferta Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe VIVA AOUA:

- różnica do budżetu Zamawiającego wynosi - 255 009,89 zł, co daje wartość 55% niższą niż zaplanowany budżet Zamawiającego
- różnica ceny brutto do oferty Odwołującego wynosi -194 833,94 zł

1. Oferta MIKO P J.....:

- różnica do budżetu Zamawiającego wynosi - 246 650,40 zł, co daje wartość 53% niższą niż zaplanowany budżet Zamawiającego

- różnica ceny brutto do oferty Odwołującego wynosi -186 474,45 zł

2. Oferta DC System „Company” Sp. z o.o.:

- różnica do budżetu Zamawiającego wynosi - 60 175,95 zł, co daje wartość 13% niższą niż zaplanowany budżet Zamawiającego

Zadanie VI:

1. Oferta Somerw Sp. z o.o.,:

- różnica do budżetu Zamawiającego wynosi - 269 402,98 zł, co daje wartość 74 % niższą niż zaplanowany budżet Zamawiającego

- różnica ceny brutto do oferty Odwołującego wynosi - 253 633,04 zł

2. Oferta ZPUH "ORDO" G. W.....:

- różnica do budżetu Zamawiającego wynosi - 239 439,79 zł, co daje wartość 66% niższą niż zaplanowany budżet Zamawiającego

- różnica ceny brutto do oferty Odwołującego wynosi - 223 669,85 zł

3. Oferta Czyste Wnętrza E. J.....:

- różnica do budżetu Zamawiającego wynosi -194 407,34 zł, co daje wartość 53% niższą niż zaplanowany budżet Zamawiającego

- różnica ceny brutto do oferty Odwołującego wynosi -178 637,40 zł

4. Oferta Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe VIVA AOUA:

różnica do budżetu Zamawiającego wynosi - 189 342,14 zł, co daje wartość 52% niższą niż zaplanowany budżet Zamawiającego

- różnica ceny brutto do oferty Odwołującego wynosi -173 572,20 zł

5. Oferta MIKO P. J.....:

- różnica do budżetu Zamawiającego wynosi -165 529,54 zł, co daje wartość 45% niższą niż zaplanowany budżet Zamawiającego

- różnica ceny brutto do oferty Odwołującego wynosi -149 759,60 zł

5. Oferta DC System „Company” Sp. z o.o.:

- różnica do budżetu Zamawiającego wynosi - 15 769,94 zł, co daje wartość 4% niższą niż zaplanowany budżet Zamawiającego

Analizując powyższe dane wartościowe można, zdaniem Odwołującego, z całą pewnością jednoznacznie stwierdzić, iż oferty firm Somerw Sp. z o.o., ZPUH "ORDO" G. W....., Czyste Wnętrza E. J....., Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe VIVA AOUA, MIKO P..... J....., Przedsiębiorstwo Usługowe "ROKA" ZPChr zawierają warunki cenowe, które są wadliwie i nieprawidłowo skalkulowane z dużym elementem niedoszacowania kosztów, bez uwzględnienia aktualnych cen rynkowych oraz uwzględnienia większości parametrów realizacji usługi wskazanych przez Zamawiającego w Specyfikacji



Istotnych Warunków Zamówienia. Trudno inaczej jest odczytać, w ocenie Odwołującego, tak rażące różnice na poziomie do 84 % między ofertami ww. firm a budżetem Zamawiającego czy ofertą Odwołującego. Dla podkreślenia należy wziąć pod uwagę, że kwoty te Uchzone są w setkach tysięcy złotych.

Oferta Odwołującego tj. firmy DC System „Company” Sp, z o.o. różni się do budżetu Zamawiającego na poziomie tylko od 1 % do 13 %. To z kolei nasuwa wniosek, iż Odwołujący wycenił usługę zgodnie z szacunkiem Zamawiającego.

Z wieloletniego doświadczenia Odwołującego wynika, iż największym kosztem Wykonawcy przy świadczeniu usług porządkowych są koszty pracy, które wg wyceny usługi firmy Somerw Sp. z o.o., ZPUH "ORDO" G. W....., Czyste Wnętrza E. J....., Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe VIVA AQUA, MIKO P..... J....., Przedsiębiorstwo Usługowe "ROKA" ZPChr nie zakładają ryzyka zmian gospodarczych. Zastanawiające jest w, jaki sposób firmy Somerw Sp. z o.o., ZPUH "ORDO" G. W....., Czyste Wnętrza E. J....., Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe VIVA AQUA, MIKO P..... J....., Przedsiębiorstwo Usługowe "ROKA" ZPChr pragną świadczyć z należyłą starannością usługi dla Zamawiającego w zadaniu nr I, III, VI przez kolejne 24 miesiące nie uwzględniając żadnej waloryzacji wynagrodzeń, zmniejszenia dofinansowania osób niepełnosprawnych oraz planowanych znaczących zmian w zakresie zatrudnienia w formie umów cywilnoprawnych,

Ewidentnie, przy tak rozproszonych miejscach świadczenia usługi skali poszczególnych zadań oraz ich złożoności, powyższe wartości ofert firm Somerw Sp. z o.o., ZPUH "ORDO" G. W....., Czyste Wnętrza E. J....., Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe VIVA AQUA, MIKO P..... J....., Przedsiębiorstwo Usługowe "ROKA" ZPChr jednoznacznie przesądzają o zastosowaniu cen nieuczciwych lub noszących znamiona ogromnej pomyłki w liczeniu, nie uwzględniającej wszystkich kosztów usługi bądź ich nierealne zaniżenie, co wskazujemy przy powyższej analizie ofert pozostałych Wykonawców oraz poniższej rzeczywistej kalkulacji usługi opisanej w SIWZ.

Potwierdzeniem wyżej przedstawionych wyliczeń i kolejnym bardzo istotnym i znaczącym dowodem w sprawie, mającym wskazywać na fakt kompletnego niedoszacowania kosztów realizacji usługi przez firmy Somerw Sp. z o.o., ZPUH "ORDO" G. W....., Czyste Wnętrza E. J....., Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe VIVA AQUA, MIKO P..... J....., Przedsiębiorstwo Usługowe "ROKA" ZPChr w poszczególnych zadaniach, a co za tym idzie zaoferowania rażąco niskiej ceny, będzie odniesienie się do zapisów Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, która rzeczowo opisuje przedmiot usługi oczekiwany przez Zamawiającego.

Zamawiający bardzo skrupulatnie i szczegółowo wyspecyfikował rzeczowy zakres przedmiotu usługi. Zamawiający w Tomie III dla części I, III, VI tj. „ *Opis przedmiotu zamówienia* ” bardzo precyzyjnie określił poszczególne parametry usługi tj.:

- rodzaje powierzchni przeznaczonych do sprzątania
- zakres i częstotliwość prac dla poszczególnych powierzchni
  - postanowienia końcowe opisujące pozostałe uwarunkowania związane z realizacją przedmiotu usługi.

W związku z powyższym Odwołujący przedstawił wyliczenie kosztów realizacji usługi bazując na minimalnych oczekiwaniach Zamawiającego przedstawionych w załącznikach do umowy.

| <i>Szczegółowa kalkulacja kosztów za realizację usługi sprzątania dla zadania nr 1 Boża Wola</i>  |                       |
|---|-----------------------|
| Teren wewnętrzny  | 992,35 m2             |
| Teren utwardzony zewnętrzny   | 4 400 m2              |
| Teren zielony zewnętrzny  | 10 432m2              |
| Liczba lokalizacji  | 4                     |
| Liczba przewidzianych do zatrudnienia pracowników   | 6                     |
| Koszty robocizny wraz z ZUS i pochodnymi  | 193 039,05 pln brutto |
| Koszt chemii i art. higienicznych   | 48 259,76 pln brutto  |
| SPRZĘT:<br>1. Odkurzacz -1 szt. może przypadać na maksimum 1000 m2 sprzątanej powierzchni wewnętrznej - ilość powierzchni przewidziana do obsługi wynosi 992,35 m2. Ilość lokalizacji, to 4 odległe od siebie miejscowości - 4 szt, | 12 869,27 pln brutto  |
| Pozostałe koszty  | 35 390,49 pln brutto  |
| Łączny koszt brutto za cały okres trwania usługi ( 24   | 289 558,58 pln brutto |
| Narzut na koszty  | 32 173,18, pln brutto |
| Łączna OFERTA brutto za cały okres trwania usługi (24 miesiące)   | 321 731,75 pln brutto |

Wyliczając koszty pracy należy zwrócić uwagę, zdaniem Odwołującego, w każdym zadaniu, na ilość lokalizacji względem metrażu. Odwołujący wskazuje, że nie można wyliczyć kosztów pracy na podstawie średniej normy wydajnościowej na jeden etat ponieważ powierzchnie są zbyt małe aby na tej podstawie wyliczać wynagrodzenie dla pracownika. Należy pamiętać, że niewielkie metraże w danej lokalizacji, uniemożliwiają Wykonawcy, który nie jest w stanie zatrudnić osoby, tylko na jedną godzinę, gdyż takie rozwiązanie jest nierealne. Dlatego też jest konieczne zatrudnienie odpowiedniej liczby osób, które według naszego wieloletniego doświadczenia powinny wykonywać usługę na wskazanych przez Zamawiającego powierzchniach. Odwołujący przedstawił przykład z zadania nr 1 -Rejon Boża Wola, lokalizacja Dziekanów Leśny. Teren wewnętrzny powyższej lokalizacji

odpowiada 149 m<sup>2</sup>. Chcąc obliczyć ilość etatów dzieląc metraż poprzez normę wydajnościową, przypadającą na jeden etat (1 300 m<sup>2</sup>) wynika, że Wykonawca powinien zatrudnić osobę na 0,11 etatu, co odpowiada 53 minutom. Takie założenie jest nierealne, gdyż miesięczna kwota, jaką zarabiałaby osoba zatrudniona do wykonywania usługi sprzątnięcia w danej lokalizacji równała by się 189,60 zł brutto. Odwołujący ze swojego wieloletniego doświadczenia wie i stwierdza fakt, że powyższe założenie jest niewykonalne. W związku z powyższym Odwołujący przedstawił realny poziom wynagrodzenia, jaki musi otrzymać osoba skierowana do wykonania pracy w tych lokalizacjach z uwzględnieniem wszelkich uwarunkowań. Należy zauważyć, iż zakres prac ustalony przez zamawiającego jest bardzo szeroki i należy go realizować na kilku oddzielnych obiektach.

Istotną informacją jest, iż podana wartość kosztu amortyzacji całości sprzętu wskazanego przez Zamawiającego uwzględnia bardzo wysokie rabaty, jakie otrzymuje firma DC System „Company” Sp. z o.o. będąca liderem branży.

Biorąc pod uwagę powyższe wyliczenia, w ocenie Odwołującego, wartości zaoferowane przez firmy Somerw Sp, z o.o., Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe VIVA AQUA, MIKO P..... J..... są nierealistyczne i są to ceny rażąco niskie. Takie skalkulowanie przedmiotu zamówienia uniemożliwia bezpieczne, prawidłowe i należyte wykonanie zadania zgodnie z zapisami i jasno określonymi minimalnymi wymogami Zamawiającego zawartymi w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.

Dowodem na to jest fakt, iż oferta firmy Somerw Sp. z o.o. wynosi brutto za całość zamówienia 80 719,96 pln brutto. Jest to wartość, która jest niższa o kwotę 112 319,09 pln od samych kosztów robocizny, które wynoszą 193 039,05 pln. Licząc pozostałe koszty związane z realizacją usługi okazuje się, że oferta firmy Somerw Sp. z o.o. jest nie do szacowana na poziomie 208 838,62 pln brutto w skali całości zamówienia.

Niemalże identyczna sytuacja i również gigantyczne niedoszacowanie kosztów zawiera oferta firm:

- PUH Viva Aqua. Wartość za całość zamówienia wynosi 193 704,00 pln brutto. Jest to kwota, która również nie pokrywa minimalnych kosztów 289 558,58 pln ( suma kosztów robocizny i sprzętu ),

jeżeli do tego doliczyć pozostałe koszty to różnica jaka wynika z niedoszacowania przedmiotu usługi przez ww. firmę wynosi 95 854,58 pln.

- MIKO P..... J..... Wartość za całość zamówienia wynosi 197 996,62 pln brutto. Jest to kwota, która również nie pokrywa minimalnych kosztów 289 558,58 pln ( suma kosztów robocizny i sprzętu ), jeżeli do tego doliczyć pozostałe koszty to różnica jaka wynika z niedoszacowania przedmiotu usługi przez ww. firmę wynosi 91 561,96 pln.

Zadanie III.

| <i>Szczegółowa kalkulacja kosztów za realizację usługi sprzątnia dla zadania nr III<br/>Mińsk<br/>Mazowiecki</i>  |                       |
|---|-----------------------|
| Teren wewnętrzny  | 720 m2                |
| Teren utwardzony zewnętrzny   | 12 413m2              |
| Teren zielony zewnętrzny  | 18 214m2              |
| Liczba lokalizacji  | 4                     |
| Liczba przewidzianych do zatrudnienia pracowników   | 8                     |
| Koszty robocizny wraz z ZUS i pochodnymi  | 240 538,76 pln brutto |
| Koszt chemii i art. higienicznych   | 60 134,69 pln brutto  |
| SPRZĘT:<br>1, Odkurzacz -1 szt. może przypadać na maksimum 1000 m2 sprzątej powierzchni wewnętrznej - ilość powierzchni przewidziana do obsługi wynosi 992,35 m2. Ilość lokalizacji, to 4 odległe od siebie miejscowości - 4 szt.<br>2, Zamiatarka spalinowa - 4 szt. | 16 035,92 pln brutto  |
| Pozostałe koszty  | 44 098,77 pln brutto  |
| Łączny koszt brutto za cały okres trwania usługi (24  | 360 808,15 pln brutto |
| Narzut na koszty  | 40 089,79 pln brutto  |
| Łączna OFERTA brutto za cały okres trwania usługi (24   | 400 897,94 pln brutto |

Biorąc pod uwagę powyższe wyliczenia, w ocenie Odwołującego, wartości zaoferowane przez firmy Somerw Sp. z o.o., ZPUH "ORDO" G. W....., Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe VIVA AQUA, MIKO P..... J....., Przedsiębiorstwo Usługowe "ROKA" ZPChr są nierealistyczne i są to ceny rażąco niskie. Takie skalkulowanie przedmiotu zamówienia uniemożliwia bezpieczne, prawidłowe i należyte wykonanie zadania zgodnie z zapisami i jasno określonymi minimalnymi wymogami Zamawiającego zawartymi w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.

Dowodem na to jest fakt, iż oferta firmy Somerw Sp. z o.o. wynosi brutto za całość zamówienia 72 586,22 pln brutto. Jest to wartość, która jest niższa o kwotę 167 952,54 pln od samych kosztów robocizny, które wynoszą 240 538,76 pln. Licząc pozostałe koszty związane z realizacją usługi okazuje się, że oferta firmy Somerw Sp. z o.o. jest nie do szacowana na poziomie 288 221,93 pln brutto w skali całości zamówienia.

Niemalże identyczna sytuacja i również gigantyczne niedoszacowanie kosztów zawiera oferta firm;

- ZPUH "ORDO" O. W..... Wartość za całość zamówienia wynosi 113 082,91 pln brutto. Jest to kwota, która również nie pokrywa minimalnych kosztów 240 538,76 pln (suma kosztów robocizny i sprzętu ), jeżeli do tego doliczyć pozostałe koszty to różnica jaka wynika z niedoszacowania przedmiotu usługi przez ww. firmę wynosi 247 725,24 pln.

- Przedsiębiorstwo Usługowe "ROKA" ZPChr. Wartość za całość zamówienia wynosi

196 613,83 pln brutto. Jest to kwota, która również nie pokrywa minimalnych kosztów 240 538,76 pln (suma kosztów robocizny i sprzętu), jeżeli do tego doliczyć pozostałe koszty to różnica jaka wynika z niedoszacowania przedmiotu usługi przez ww. firmę wynosi 164 194,32 pln.

- Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe VIVA AQUA. Wartość za całość zamówienia wynosi 206 064,00 pln brutto. Jest to kwota, która również nie pokrywa minimalnych kosztów 240 538,76 pln (suma kosztów robocizny i sprzętu), jeżeli do tego doliczyć pozostałe koszty to różnica jaka wynika z niedoszacowania przedmiotu usługi przez ww. firmę wynosi 154 744,15 pln.

- MIKO P..... J..... Wartość za całość zamówienia wynosi 214 423,49 pln brutto. Jest to kwota, która również nie pokrywa minimalnych kosztów 240 538,76 pln (suma kosztów robocizny i sprzętu), jeżeli do tego doliczyć pozostałe koszty to różnica jaka wynika z niedoszacowania przedmiotu usługi przez ww. firmę wynosi 146 384,66 pln.

#### Zadanie VI.

| <i>Szczegółowa kalkulacja kosztów za realizację usługi sprzątnia dla zadania nr VI Siedlce</i>  |                       |
|---|-----------------------|
| Teren wewnętrzny  | 821 m2                |
| Teren utwardzony zewnętrzny   | 13 634m2              |
| Teren zielony zewnętrzny  | 7 682 m2              |
| Liczba lokalizacji  | 3                     |
| Liczba przewidzianych do zatrudnienia pracowników   | 6                     |
| Koszty robocizny wraz z ZUS i pochodnymi  | 209 637,72 pln brutto |
| Koszt chemii i art. higienicznych   | 52 409,43 pln brutto  |
| SPRZĘT:<br>1. Odkurzacz -1 szt. może przypadać na maksimum 1000 m2 sprzątej powierzchni wewnętrznej - ilość powierzchni przewidziana do obsługi wynosi 992,35 m2. Ilość lokalizacji, to 4 odległe od siebie miejscowości - 3 szt.<br>2. Zamiatarka spalinowa - 3 szt.<br>3. Kosiarki spalinowe - 2 szt.<br>4. Mikrociągnik do koszenia dużych powierzchni -1 szt. | 13 975,85 pln brutto  |
| Pozostałe koszty  | 38 433,58 pln brutto  |
| Łączny koszt brutto za cały okres trwania usługi (24 miesiące)  | 314 456,58 pln brutto |
| Narzut na koszty  | 34 939,62 pln brutto  |
| Łączna OFERTA brutto za cały okres trwania usługi (24 miesiące)   | 349 396,20 phi brutto |

Biorąc pod uwagę powyższe wyliczenia, w ocenie Odwołującego, wartości zaoferowane przez firmy Somerw Sp. z o.o., ZPUH "ORDO" G. W....., Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe VIVA AQUA, MIKO P..... J....., Czyste

Wnętrza E. J..... są nierealistyczne i są to ceny rażąco niskie. Takie skalkulowanie przedmiotu zamówienia uniemożliwia bezpieczne, prawidłowe i należyte wykonanie zadania zgodnie z zapisami i jasno określonymi minimalnymi wymogami Zamawiającego zawartymi w Specyfikacji istotnych Warunków Zamówienia.

Dowodem na to jest fakt, iż oferta firmy Soinerw Sp. z o.o. wynosi brutto za całość zamówienia 95 763,16 pln brutto. Jest to wartość, która jest niższa o kwotę 113 874,56 pln od samych kosztów robocizny, które wynoszą 209 637,72 phi. Licząc pozostałe koszty związane z realizacją usługi okazuje się, że oferta firmy Somerw Sp, z o.o. jest nie do szacowana na poziomie 218 693,42 pln brutto w skali całości zamówienia.

Niemalże identyczna sytuacja jak wyżej i również gigantyczne niedoszacowanie kosztów zawiera oferta firm:

- ZPUH "ORDO" G. W..... Wartość za całość zamówienia wynosi 125 726,35 pln brutto. Jest to kwota, która również nie pokrywa minimalnych kosztów 209 637,72 pln (suma kosztów robocizny i sprzętu ), jeżeli do tego doliczyć pozostałe koszty to różnica jaka wynika z niedoszacowania przedmiotu usługi przez ww. firmę wynosi 188 730,23 pln.

- Czyste Wnętrza E. J..... Wartość za całość zamówienia wynosi 170 758,80 pln brutto. Jest to kwota, która również nie pokrywa minimalnych kosztów 209 637,72 pln (suma kosztów robocizny i sprzętu), jeżeli do tego doliczyć pozostałe koszty to różnica jaka wynika z niedoszacowania przedmiotu usługi przez ww. firmę wynosi 143 697,78 pln,

- Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe VIVA AQUA, Wartość za całość zamówienia wynosi 175 824,00 pln brutto. Jest to kwota, która również nie pokrywa minimalnych kosztów 209 637,72 pln ( suma kosztów robocizny i sprzętu ), jeżeli do tego doliczyć pozostałe koszty to różnica jaka wynika z niedoszacowania przedmiotu usługi przez ww. firmę wynosi 138 632,58 pln.

- MIKO P..... J..... Wartość za całość zamówienia wynosi 199 636,60 pln brutto. Jest to kwota, która również nie pokrywa minimalnych kosztów 209 637,72 pln ( suma kosztów robocizny i sprzętu ), jeżeli do tego doliczyć pozostałe koszty to różnica jaka wynika z niedoszacowania przedmiotu usługi przez ww. firmę wynosi 114 819,98 pln.

Zdaniem Odwołującego, firmy drastycznie zaniżyły swoje ceny w przedstawionych ofertach, co ma przełożenie na fakt, iż nie są w stanie pokryć minimalnych kosztów związanych z realizacją przedmiotu Zamówienia nie wspominając o wygenerowaniu jakichkolwiek zysków, gdyż przy tym poziomie cen jest to nierealne.

Biorąc pod uwagę powyższe, realizacja przedmiotu zamówienia przez firmy Somerw Sp. z o.o., ZPUH "ORDO" G. W....., Czyste Wnętrza E. J....., Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe VIVA AQUA, MIKO P..... J....., Przedsiębiorstwo Usługowe "ROKA" ZPChr jest dużym niebezpieczeństwem dla Zamawiającego i naraża go na wadliwe wykonanie przyszłej Umowy.

Cena zaoferowana przez ww. Wykonawców, znacznie odbiega od wartości jaką Zamawiający przeznaczył na realizację zamówienia tj. cena oferty najkorzystniejszej jest niższa od wartości jaką Zamawiający przeznaczył na realizację zamówienia. Można z całą pewnością sądzić, iż cena ofert tak znacznie odbiegająca od wartości przeznaczonej przez Zamawiającego na realizację zamówienia została skalkulowana wadliwie i nieprawidłowo z dużym elementem niedoszacowania kosztów bez uwzględnienia aktualnych cen rynkowych oraz realizacji szeregu prac podanych w zakresie czynności.

Mając na uwadze powyższe, Odwołujący podkreślił, iż posiada pełną wiedzę i wieloletnie doświadczenie we współpracy z Zamawiającym przy wykonywaniu usługi określonych w SIWZ dotyczących zadania nr I, III, VI. Wiedza dotycząca obiektów wymienionych w zadaniu SE, III, VI, ale przede wszystkim wspomniane powyżej wieloletnie doświadczenie pozwala oszacować realne koszty wykonania usługi.

Zgodnie z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, 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. Zaoferowane przez Wykonawców: Somerw Sp. z o.o., ZPUH "ORDO" G. W....., Czyste Wnętrze E. J....., Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe VIVA AQUA, MIKO P..... J....., Przedsiębiorstwo Usługowe "ROKA" ZPChr, ceny za realizację zamówienia, w ocenie Odwołującego rażąco niskie, stanowi *de facto* sprzedaż usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia, co wypełnia dyspozycję przepisu art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Odwołujący podkreśla, iż przedstawione stanowisko potwierdza opinia Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 4 lutego 2003 r. "Interpretacja przepisów nowelizacji ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. Urz. UOKiK z 2003 r. Nr 1. poz. 240). W opinii tej UOKiK napisał m.in.,<sup>^</sup> "Na wstępie należy wskazać, że nie każde utrudnianie dostępu do rynku jest czynem nieuczciwej konkurencji. Jest nim tylko takie utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, które może być uznane za sprzeczne z ustawą czyli nieuczciwe. Aby tak się stało, muszą być spełnione przesłanki z art. 15 uznk. Za takie będą więc uznawane tylko działania, które naruszają klauzulę generalną ustawy (art. 3 ust. 1) są sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami oraz zagrażają lub naruszają interes innego przedsiębiorcy lub klienta, a równocześnie skutkują utrudnianiem dostępu do rynku i polegają w szczególności na zachowaniach wskazanych w przepisie szczególnym, którym w tym wypadku jest art. 15 ustawy. Utрудnianie dostępu do rynku ma miejsce wtedy, gdy przedsiębiorca podejmuje działania, które uniemożliwiają innemu przedsiębiorcy rynkową konfrontację produkowanych przez

niego towarów, w efekcie czego swoboda uczestniczenia w działalności gospodarczej, czyli swoboda wejścia na rynek, oferowania na nim swoich towarów lub usług lub wyjścia z danego rynku, ulega ograniczeniu. Jeżeli działania te nie wynikają z istoty konkurencji, lecz są podejmowane w celu utrudnienia dostępu do rynku i przy pomocy środków nieznanających usprawiedliwienia w mechanizmie wolnej konkurencji, stanowią one czyn nieuczciwej konkurencji". Oferowanie towarów lub usług poniżej ceny ich wytworzenia (cena dumpingowa do której kwalifikowana jest również cena rażąco niska) jest działaniem mającym na celu utrudnianie dostępu do rynku, co stanowi czyn nieuczciwej konkurencji i tym samym wypełnia przesłanki, o których mowa zarówno w przywołanej powyżej ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji jak również stanowi przesłankę odrzucenia oferty z art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Niezależnie od powyższego Odwołujący podkreślił fakt, iż Zamawiający udzielając zamówienia publicznego, a więc *de facto* dysponując środkami publicznymi, działa w celu zaspokojenia potrzeb ludności i zobligowany jest mieć pewność, że wybrany Wykonawca daje rękojmię należytego, wykonania zamówienia a złożona przez niego oferta jest ofertą realistyczną, gwarantującą świadczenie usługi zgodnie ze standardem wskazanym w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Niedopuszczalnym jest więc, w ocenie Odwołującego, nie tylko z uwagi na treść i znaczenie podstawowych zasad Prawa zamówień publicznych, ale również z uwagi na ww. cel, któremu służyć ma prawidłowe procedowanie o udzielenie zamówienia publicznego, zaniechanie przez Zamawiającego, jakiegokolwiek czynności wskazanej w Ustawie służącej wyborowi oferty najkorzystniejszej a w konsekwencji narażenie Zamawiającego na ponoszenie wszelkich negatywnych skutków uzyskania świadczenia o niewłaściwej jakości.

Odwołujący podkreślił końcowo, że jako Wykonawca obecnie świadczący na rzecz Zamawiającego aktualnie podobną usługę z przedmiotem zamówienia Postępowania, posiada wiedzę pozwalającą jednoznacznie twierdzić, że ryzyka związane z wykonywaniem przedmiotu zamówienia, wycenione zostały przez ww. Wykonawców rażąco poniżej poziomu, który powinien być zakładany jako realistyczny, a tym samym gwarantujący prawidłowe wykonanie umowy o zamówienie publiczne.

**IV.** Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania.



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

Odwołanie – ze względów formalnych - nie mogło wywołać pozytywnego dla Odwołującego rezultatu, w postaci jego uwzględnienia.

Dla uwzględnienia odwołania konieczne jest bowiem wykazanie przez Odwołującego przesłanek materialnoprawnych, jakimi są interes w uzyskaniu zamówienia a także poniesienie lub możliwość poniesienia szkody [art. 179 ust. 1 ustawy] a następnie wykazanie takich naruszeń prawa, które mają lub mogą mieć wpływ na wynik postępowania [art. 192 ust. 2 ustawy].

Ponadto, każdorazowo Krajowa Izba Odwoławcza jest związana podniesionymi w odwołaniu zarzutami [art. 192 ust. 7 ustawy].

Lektura odwołania, w tym postawione wobec czynności i zaniechań Zamawiającego zarzuty oraz uzasadnienie faktyczne i prawne odwołania, nie pozwalają na uznanie, by Odwołujący kwestionował okoliczności oraz podstawę dokonanego wyboru jako najkorzystniejszych ofert w zakresie zadania I, III i IV, a tylko to mogłoby prowadzić do uzyskania rezultatu w postaci możliwości uzyskania przez Odwołującego zamówienia. Podkreślenia wymaga, że przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych traktują odwołanie jako środek ochrony prawnej skierowany na zmianę sytuacji wykonawcy, polegającej na możliwości uzyskania w danym postępowaniu zamówienia [wybór oferty wykonawcy odwołującego się w danym postępowaniu]. Odwołanie, w świetle ustawy Prawo zamówień publicznych nie stanowi środka mającego na celu uzyskanie ogólnej zgodności działań zamawiającego z prawem, ale środek zmierzający do wyboru oferty odwołującego. Tym samym, odwołanie musi być skierowane wobec tych czynności Zamawiającego, co do których potwierdzenie podniesionych zarzutów pozwoli Odwołującemu na uzyskanie zamówienia. Przedmiotowe odwołanie wskazuje natomiast na zaniechanie przez Zamawiającego w zakresie trzech kwestionowanych zadań [zadania I, III i IV] wezwania do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny kilku wykonawców, przy czym każdorazowo, wykonawca którego oferta została uznana za najkorzystniejszą [Somew sp. z o.o. – w zakresie zadania I, III i IV], a także wykonawca którego oferta w zadaniach III i IV była kolejna co do wysokości ceny [oferta ZPUH ORDO] złożyli takie wyjaśnienia. Tym samym, zasadnym jest wniosek, że Odwołujący stawia zarzuty wskazujące – w odniesieniu do ofert uznanych za najkorzystniejsze [a także drugie w kolejności – w zadaniu III i IV] na zaniechanie czynności, które zostały jednak przez Zamawiającego dokonane w sposób zgodny z postulatami Odwołującego. W każdym z kwestionowanych zadań, wykonawca Somew sp. z o.o. został wezwany do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na

wysokość ceny, zaś wykonawca ZPUH – w tych zadaniach, w których złożył ofertę, tj. zadaniu III i IV.

Także uzasadnienie prawne i faktyczne odwołania nie dają podstawy do przyjęcia, że Odwołujący kwestionuje dokonaną przez Zamawiającego ocenę, że złożone przez wykonawców, których oferty okazały się najkorzystniejsze wyjaśnienia dotyczące kalkulacji ceny potwierdzają, że cena nie jest rażąco niska a także, że złożenie oferty stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji. Postawione zarzuty wskazujące na naruszenie art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez zaniechanie wezwania do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w warunkach, gdy takie wyjaśnienie zostało złożone przez wykonawcę, który złożył najkorzystniejszą ofertę, a także kolejnego wykonawcę – w zadaniu III i IV, nie zmiierzają do obalenia podstawy dokonanej oceny oferty, to jest tego wyjaśnienia.

Uzasadnienie odwołania wskazuje, że Odwołujący kwestionuje zaniechanie zbadania przez Zamawiającego poprawności kalkulacji ceny oferty; potwierdza to również podstawowy zarzut podniesiony w odwołaniu, to jest zarzut naruszenia art. 90 ust. 1 ustawy, poprzez zaniechanie wezwania do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

Zgodzić się zatem trzeba z tezami, że istotne różnice w złożonych ofertach a także między wartością oferty a wartością szacunkową zamówienia, stanowią powód dla wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Istotne jest jednak, że w analizowanej sprawie Zamawiający wezwał do takich wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy dwóch wykonawców, w tym każdorazowo tego, który złożył najkorzystniejszą ofertę. Tym samym, argumentacja odwołania pozostaje niejako obok postulowanej przez Odwołującego podstawy odrzucenia ofert wskazywanych w odpowiednich zadaniach wykonawców.

Każdorazowo, zakres rozstrzygnięcia – po myśli art. 192 ust. 7 ustawy wyznacza treść odwołania – kwestionowana w nim czynność, oraz podniesione zarzuty. Zgodnie z treścią tego przepisu, Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Zatem, odwołanie może podlegać rozstrzygnięciu wyłącznie w zakresie, jaki wynika z podniesionych zarzutów i zakreślonej przez Odwołującego czynności lub zaniechania, które jest kwestionowane. W ramach środków ochrony prawnej następuje - w zakresie wyznaczonym treścią zarzutów odwołania - kontrola poprawności działania zamawiającego [podejmowanych przez niego czynności w postępowaniu bądź bezprawnych zaniechań], pod względem zgodności z przepisami ustawy. Zgodnie z treścią art. 180 ust. 3 ustawy [analogicznie stanowi § 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 22 marca 2010 r.

w sprawie regulaminu postępowania przy rozpatrywaniu odwołań], odwołanie powinno wskazywać czynność lub zaniechanie czynności zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, określać żądanie oraz wskazywać okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania.

Powyższe oznacza, że odwołanie powinno konkretyzować postawiony zarzut, zawierać wskazanie okoliczności faktycznych, które uzasadniają stawianie Zamawiającemu wyartykułowanych w odwołaniu zastrzeżeń. Podkreślenia następnie wymaga, że orzecznictwo wskazuje na potrzebę ścisłego odczytywania treści zarzutu, w tym przede wszystkim niedopuszczalność wykraczania poza jego treść. O treści zarzutu decyduje przytoczona podstawa faktyczna, wskazane przez danego odwołującego okoliczności faktyczne, wskazywane uzasadnienie, jak i przypisana im kwalifikacja prawna, szczególnie, że ta kwalifikacja prawna decyduje o uwzględnieniu żądania odwołania. Jak wskazano w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Gliwicach z 29 czerwca 2009 r. w spr. X Ga 110/09, *„O tym jakie twierdzenia lub zarzuty podnosi strona w postępowaniu nie przesądza bowiem proponowana przez nią kwalifikacja prawna ale okoliczności faktyczne wskazane przez tę stronę. Jeśli więc strona nie odwołuje się do konkretnych okoliczności faktycznych to skład orzekający nie może samodzielnie ich wprowadzić do postępowania tylko dlatego, że można je przyporządkować określonej, wskazanej w odwołaniu kwalifikacji prawnej.”* Na potrzebę ścisłego traktowania pojęcia zarzutu wskazał również Sąd Okręgowy w Rzeszowie w uzasadnieniu wyroku z dnia 18 kwietnia 2012 r. w spr. o sygn. I Ca 117/12: *„W zakresie postępowania odwoławczego art. 180 ust. 1 i 3 pzp stanowi, że odwołanie które powinno zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której jest zobowiązany na podstawie ustawy. Natomiast w myśl art. 192 ust. 7 pzp KIO nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Z jednej strony zostało więc wprowadzone przedmiotowe ograniczenie dla odwołującego się w postaci niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego, a z drugiej strony dla KIO, które nie może orzekać co do zarzutów niezwartych w odwołaniu. (...) Z analizy powyższych przepisów można wyciągnąć dwa zasadnicze wnioski dla niniejszej sprawy. Po pierwsze, zarówno granice rozpoznania sprawy przez KIO jak i Sąd są ściśle określone przez zarzuty odwołania, oparte na konkretnej i precyzyjnej podstawie faktycznej. Sąd w postępowaniu toczącym się na skutek wniesienia skargi jest związany podniesionymi w odwołaniu zarzutami i wyznaczonymi przez nie granicami zaskarżenia.”* We wskazanym orzeczeniu, Sąd uznał – podobnie jak ma to miejsce w analizowanej sprawie - za niedopuszczalne rozstrzygnięcie przez Krajową Izbę Odwoławczą o zasadności

odwołania, w którym Odwołujący kwestionował zaniechanie zastosowania art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, nie podnosząc zarazem zarzutów dotyczących oceny wyjaśnień wykonawcy dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, które w postępowaniu zostały przez kwestionowanego wykonawcę złożone.

Podkreślenia zatem wymaga, że zarzut w kształcie i treści, jak postawiony w niniejszym postępowaniu, nakierowany na zaniechanie wezwania do wyjaśnienia elementów ofert, mających wpływ na wysokość ceny [art. 90 ustawy] oraz odrzucenie ofert sześciu wykonawców, nie mógł być brany pod uwagę. Także przypisane mu żądanie odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy, wobec braku zarzutów co do oceny wyjaśnień złożonych przez Somerw sp. z o.o. oraz ZPUH ORDO nie mogłoby być uwzględnione. Skoro Odwołujący nie postawił jakichkolwiek zarzutów co do nieprawidłowej oceny wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, nie można było podzielić zarzutów i ich uzasadnienia, odnoszących się do obowiązku uznania cen ofert wykonawców za zawierających rażąco niską cenę. Orzeczenie o powyższym – za uzasadnieniem wyroku Sądu Okręgowego w Rzeszowie z dnia z dnia 18 kwietnia 2012 r. w spr. o sygn. I Ca 117/12 – stanowiłoby wyjście poza zakres stawianych zarzutów, czemu sprzeciwia się art. 192 ust. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Dostrzeżenia w tym miejscu wymaga, że wyjaśnienie przez Zamawiającego elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w razie powzięcia przez zamawiającego wątpliwości co do poprawności kalkulacji ceny na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy jest samodzielną, odrębną czynnością w postępowaniu, inną zaś czynnością jest podejmowana w konsekwencji oceny tych wyjaśnień decyzja o odrzuceniu oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy. Jednoznacznie co do tego wypowiedział się Sąd Okręgowy w Rzeszowie w uzasadnieniu wyroku z dnia 18 kwietnia 2012 r. w spr. o sygn. I Ca 117/12, uznając, że wykraczającym poza podniesione zarzuty wskazujące na naruszenie art. 90 ust. 1 ustawy było uznanie przez Krajową Izbę Odwoławczą, że cena w ofercie wykonawcy jest rażąco niska na podstawie złożonych przez wykonawcę wyjaśnień, co do których odwołujący w danym postępowaniu nie postawił zarzutów. Sąd wyraźnie podał, że: *„Najistotniejszym, zdaniem Sądu Okręgowego jest fakt, że odwołanie Infostrategii wobec złożenia przez Konsorcjum Itmed wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 1 u.p.z.p. winno sprowadzać się już nie do wykazania, że cena oferty Konsorcjum Itmed jest rażąco niska, a do wykazania jedynie nieprawidłowej oceny przez zamawiającego złożenia wyjaśnień. Na tym etapie postępowania przedmiotem zainteresowania może być jedynie dokonana przez Zamawiającego ocena złożonych wyjaśnień dotyczących ceny – czy te wyjaśnienia rozwiewają wątpliwości w odniesieniu do ceny, czy ich treść pozwala na kategorię*

*stwierdzenie, że cena została skalkulowana poprawnie uwzględnia wszystkie koszty wykonania zamówienia. Odwołanie złożone przez Infostrategię nie zawiera żadnego odniesienia się do wyjaśnień złożonych przez Konsorcjum Itmed. Podniesione w nim ogólne zarzuty dotyczą rażąco niskiej ceny w kontekście braku wezwania przez Zamawiającego Wykonawcy do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 u.p.z.p.”.*

Powyższe poglądy wyrażane w orzecznictwie wyraźnie wskazują na związaną Krajowej Izby Odwoławczej podniesionymi w odwołaniu zarzutami. Te, w analizowanej sprawie, skierowane są nie wobec czynności w kształcie, w jakim dokonał jej Zamawiający – nie zmierzają do wykazania, że dokonana przez Zamawiającego ocena złożonych przez wykonawców wyjaśnień, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny jest nieprawidłowa, ale skierowane zostały wobec domniemywanego przez Odwołującego zaniechania Zamawiającego, które jednak – w odniesieniu do oferty najkorzystniejszej a także kolejnej, w zadaniu III i IV – miało miejsce.

Argumentacja wskazująca na celowość wyjaśnienia elementów oferty, mających wpływ na wysokość ceny, a także postawiony zarzut naruszenia art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, postawione są zatem niejako w próżni, bez związku z zaniechaniem przypisywanym Zamawiającemu, skoro Zamawiający wezwał dwóch wykonawców, którzy złożyli oferty z najniższymi cenami do takiego wyjaśnienia. Odwołujący natomiast nie podnosił w odwołaniu jakichkolwiek zarzutów skierowanych wobec złożonych przez dwóch wykonawców, którzy złożyli najkorzystniejsze oferty wyjaśnień dotyczących kalkulacji ceny. Zawarte w odwołaniu argumenty wskazują na zaistnienie podstaw do powzięcia wątpliwości co do poprawności kalkulacji ceny, które powinny znaleźć wyraz w wezwaniu do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, tyle tylko, że to wezwanie, w odniesieniu do dwóch wskazywanych przez Odwołującego wykonawców, zostało przez Zamawiającego wystosowane. Także prezentowane w odwołaniu kalkulacje nawiązują do zawartości formularzy ofertowych a nie do złożonych przez odpowiednich wykonawców wyjaśnień dotyczących poprawności kalkulacji ceny.

Dopiero na rozprawie Odwołujący wyartykułował argumentację zmierzającą do zwalczania dokonanej przez Zamawiającego pozytywnej oceny złożonych przez tych wyjaśnień, nawiązując, przykładowo, do przyjętych w tych kalkulacjach wynagrodzeń, kosztów paliwa czy kosztów materiałów, wskazując na brak spójności między formularzem cenowym a wyjaśnieniem. Tego rodzaju argumentacja nie znalazła się jednak w odwołaniu, w związku z czym – po myśli art. 192 ust. 7 ustawy – należało ją uznać za spóźnioną i wykraczającą poza treść złożonego odwołania.

W tych okolicznościach zarzuty zaniechania wezwania innych wykonawców, którzy złożyli oferty droższe, aniżeli dwaj wezwani przez Zamawiającego wykonawcy, i co do których można byłoby ewentualnie rozważać zaniechanie wezwania do wyjaśnienia kalkulacji ceny, pozostają już bez wpływu na wynik postępowania, o którym stanowi art. 192 ust. 2 ustawy. Nie mógł też wywołać oczekiwanego rezultatu w postaci odrzucenia ofert wskazywanych w odniesieniu do różnych zadań wykonawców, zarzut wskazujący na popełnienie czynu nieuczciwej konkurencji [art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy, w zw. z art. 15 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji]. Argumentacja tłumacząca zasadność tego zarzutu jest bowiem pochodną wobec stanowiska Odwołującego dotyczącego podstaw do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Odwołujący nie wykazał zatem zasadności tego zarzutu.

Reasumując – biorąc pod uwagę podniesione zarzuty, które odnoszą się do zaniechania Zamawiającego wezwania do wyjaśnienia elementów ofert wykonawcy który złożył najkorzystniejszą ofertę w każdym z zadań, tj. Somerw sp. z o.o. a także kolejnego wykonawcy w zadaniu III i IV, tj. ORDO, które to wyjaśnienia zostały jednak złożone – odwołanie nie mogło być uwzględnione: zgodnie z treścią art. 192 ust. 7 ustawy, Krajowa Izba Odwoławcza jest związana zarzutami podniesionymi w odwołaniu, natomiast w myśl art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, dla uwzględnienia odwołania konieczne jest stwierdzenie takiego naruszenia przepisów ustawy, które ma lub może mieć wpływ na wynik postępowania.

Mając na uwadze powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 2) *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]. Nie uwzględniono wniosku Zamawiającego o zasądzenie kosztów postępowania, to jest wynagrodzenia pełnomocnika, na podstawie samego tylko wniosku zawartego w odpowiedzi na odwołanie - ustawodawca w przepisach dotyczących postępowania odwoławczego [*rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania*] nie przyjął, tak jak to byłoby na gruncie kpc [art. 109 kpc, postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 15 lutego 2002r., w spr. II CK 134/02], zasad przyznawania kosztów na podstawie oświadczenia [spisu kosztów], wymagając udokumentowania poniesienia odpowiednich, uzasadnionych kosztów rachunkiem składanym do akt sprawy. Pojęcie

rachunku definiują przepisy art. 87 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. *Ordynacja podatkowa* [tekst jedn. Dz. U. z 2005r. Nr 8 Poz. 60 z późn. zm.] oraz *Rozporządzenia Ministra Finansów z dnia 22 sierpnia 2005 r. w sprawie naliczania odsetek za zwłokę oraz opłaty prolongacyjnej, a także zakresu informacji, które muszą być zawarte w rachunkach* [Dz. U. z 2005 Nr 165 poz. 1373 z późn. zm.]. Skoro takiego rachunku nie złożono – wskazane wynagrodzenie pełnomocnika Zamawiającego nie mogło zostać zasądzone.

**Skład orzekający:**