Sygn. akt: KIO 337/13

WYROK
z dnia 5 marca 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Agnieszka Bartczak-Żuraw**

Protokolant: **Paulina Nowicka**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **4 marca 2013 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 lutego 2013 r. przez **Odwołującego – W…….. B…… prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe ,,CERBER" W…….. B……., ul. Chrobrego 14, 68-100 Żagań** w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego - Jednostkę Wojskową 4213, ul. Obornicka 100/102, 50-984 Wrocław,**

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

orzeka:

1. **uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie zadania 13, ponowne badanie i ocenę ofert, odrzucenie oferty wykonawcy Impel Cleaning Sp. z o.o., ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych.**

2. kosztami postępowania obciąża **Impel Cleaning Sp. z o.o., ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław,** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego – W…… B…….. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe ,,CERBER" W…… B……., ul. Chrobrego 14, 68-100 Żagań**, tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **Impel Cleaning Sp. z o.o., ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław** na rzecz **W…… B…….. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe ,,CERBER" W……. B……, ul. Chrobrego 14, 68-100 Żagań** kwotę **16 467 zł 53 gr** (słownie: szesnaście tysięcy czterysta sześćdziesiąt siedem złotych pięćdziesiąt trzy grosze) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i kosztów udziału;

2.3. zasądza od **Impel Cleaning Sp. z o.o., ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław** na rzecz **Jednostki Wojskowej 4213, ul. Obornicka 100/102, 50-984 Wrocław,** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego we **Wrocławiu**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Jednostka Wojskowa nr 4213, ul. Obornicka 100-102, 50-984 Wrocław (dalej „Zamawiający") prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759, z późn. zm.) (dalej „ustawa Pzp") na „Świadczenie usług utrzymania czystości obiektów, utrzymania terenów zielonych oraz czyszczenie terenów utwardzonych w kompleksach administrowanych przez JW 4213 w 2013 roku". Wartość przedmiotowego zamówienia na usługi oszacowano na kwotę większą niż wyrażona w złotych równowartość kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp (zamówienie podzielone na 19 zadań).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z 3 października 2012 r. pod numerem 2012/S 190-312776.

W dniu 15 lutego 2013 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy W…….. B……. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe CERBER W……. B……..., Ul. Chrobrego 14, 68-100 Żagań (dalej „Odwołujący") od niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu. Odwołujący wskazywał, że informację o czynności Zamawiającego stanowiącej podstawę wniesienia odwołania powziął w dniu 6 lutego 2013r. W tym dniu Odwołujący otrzymał od Zamawiającego za pośrednictwem faksu informację o wyborze dla zadania nr 13 - Zadanie nr 13: WAK/SOI - Jastrzębie (ok. Namysłowa) oferty nr 17927/12 Impel Cleaning Sp. z o.o. , 53-111 Wrocław ul. Ślężna 118 (dalej "Impel Cleaning Sp. z o.o.") z oferowaną ceną brutto oferty 353 122,13 zł. Odwołanie dotyczyło czynności Zamawiającego polegającej na wybraniu oferty Impel Cleaning Sp. z o.o. dla zadania nr 13. W związku z zaskarżoną czynnością Zamawiającego Odwołujący zarzucał Zamawiającemu rażące naruszenie przepisów ustawy Pzp mające wpływ na wynik postępowania, poprzez podjęcie czynności niezgodnie z ustawą Pzp, jak też zaniechanie czynności wykluczenia Impel Cleaning Sp. z o.o. z postępowania tj. nieodrzuceniu, dopuszczeniu do końcowej oceny ofert i wyborze jako najkorzystniejszej w ocenie kryteriów oceny ofert i ich znaczenia oraz spełniających warunki udziału w postępowaniu postawione przez Zamawiającego, pomimo zaistnienia

przesłanek obligujących Zamawiającego do odrzucenia oferty tego wykonawcy jako mającej rażąco niską cenę, jak też przez nieudzielenie przez Impel Cleaning Sp. z o.o. merytorycznych wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, mimo wezwania go do wyjaśnienia treści oferty w zakresie elementów mających wpływ na wysokość ceny za całość wykonania zamówienia. Odwołujący wskazywał także na zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w ocenie kryteriów oceny ofert i ich znaczenia oraz spełniającej warunki udziału w postępowaniu postawione przez Zamawiającego z prawidłowo złożonych i niepodlegających odrzuceniu dla zadania 13 WAK/SOI - Jastrzębie (ok. Namysłowa).

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp: art. 7 ust. 1, art. 7 ust.3, art. 89 ust. 1 pkt 3 , 4, art. 90 ust. 2 i 3 ustawy Pzp, poprzez wybór oferty Impel Cleaning Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej,

Wskazując na powyższe zarzuty, Odwołujący wnosił o:

1) uwzględnienie odwołania oraz o nakazanie Zamawiającemu wyrokiem:

- unieważnienia czynności Zamawiającego polegających na wyborze oferty Impel Cleaning Sp. z o.o. dotyczącej Zadania 13 WAK/SOI - Jastrzębie (ok. Namysłowa), Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej "SIWZ") jako najkorzystniejszej w ocenie kryteriów oceny ofert i ich znaczenia oraz spełniającej warunki udziału w postępowaniu postawione przez Zamawiającego;

- powtórnego dokonania czynności Zamawiającego polegających na badaniu i ocenie ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu dotyczących Zadania 13 WAK/SOI - Jastrzębie (k. Namysłowa), szczególnie w zakresie oceny ofert pod kątem rażąco niskiej ceny zastosowanej przez Impel Cleaning Sp. z o.o. i nieudzieleniem merytorycznych wyjaśnień mimo wezwania przez Zamawiającego;

- odrzucenia oferty Impel Cleaning Sp. z o.o. dotyczącej Zadania 13 WAK/SOI - Jastrzębie (ok. Namysłowa), z uwagi na to, że zawiera ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, i wyjaśnienia złożone przez Impel Cleaning Sp. z o.o nie spełniają warunku określonego w ustawie Pzp art. 90 ust. 2;

- nakazanie wyboru Zamawiającemu oferty Odwołującego dla Zadania 13 WAK/SOI - Jastrzębie (k. Namysłowa) jako najkorzystniejszej w ocenie kryteriów oceny ofert i ich znaczenia oraz spełniającej warunki udziału w postępowaniu postawione przez Zamawiającego z prawidłowo złożonych i niepodlegających odrzuceniu;

2) wpłaty na rzecz Odwołującego zgodnej z przepisanymi normami kwoty stanowiącej uzasadnione koszty poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz kosztów dojazdu, przesyłek i innych.

Ponadto wnosił o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentów znajdujących się w aktach przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia określony jest w załączniku nr 5 do SIWZ oraz w formularzach ofertowych dotyczących poszczególnych zadań (zał. 1a - 1t do SIWZ), akta postępowania przed KIO 2844/12 na okoliczności podniesione w niniejszym piśmie, ze szczególnym uwzględnieniem zaistnienia przesłanek obligujących Zamawiającego do odrzucenia oferty wykonawcy Impel Cleaning Sp. z o.o., jako że zawiera ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia; dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentów dołączonych do niniejszego odwołania na okoliczności w nim podniesione, ze szczególnym uwzględnieniem zaistnienia przesłanek obligujących Zamawiającego do odrzucenia oferty wykonawcy Impel Cleaning Sp. z o.o., jako że zawiera ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, jak też braku merytorycznych wyjaśnień ze stronny firmy Impel Cleaning Sp. z o.o.

Wnosił o dokonanie ponownej oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ofert ważnych.

Odnośnie interesu prawnego wskazywał, że wyraża się on w tym, że w przypadku prawidłowego zastosowania przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp nie doszłoby do naruszenia istotnych zasad udzielania zamówień publicznych mających wpływ na wynik postępowania, a Odwołujący mógłby pozyskać zamówienie w przedmiotowym postępowaniu, ponieważ jego oferta jest ważna i nie podlega odrzuceniu, a w przypadku uwzględnienia odwołania jest ofertą najkorzystniejszą w zadaniu 13. Zgodnie z aktualnym brzmieniem przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy, jeżeli ma interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy. Tym samym w ślad za opinią pt. „Środki ochrony prawnej" (opublikowaną na stronach www.uzp.pl dnia 17.05.2010 r.) przyjąć należy, że legitymacja do wniesienia odwołania przysługuje podmiotowi, który wykaże, że posiada lub posiadał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz jednocześnie poniósł lub może ponieść szkodę, a poniesiona lub ewentualna szkoda jest wynikiem naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. W przedmiotowym stanie faktycznym podnoszone w Odwołaniu zarzuty dotyczą prowadzenia niniejszego postępowania w sposób naruszający przepisy ustawy Pzp w tym zasadę równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji, w szczególności poprzez nieuznanie, iż oferta Odwołującego jest

najkorzystniejsza pod kątem ceny i możliwości realizacji wykonania zadania dla Zamawiającego. Podnoszone przez Odwołującego naruszenia wskazują wprost na uszczerbek w jego interesie prawnym, poprzez realne ryzyko pozbawienia go szans na uzyskanie zamówienia. Zatem w przypadku, gdyby Zamawiający zachował się zgodnie z literą prawa, Odwołujący uzyskałby zamówienie. Tym samym interes Odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia doznał konkretnego uszczerbku (szkody) w sferze praw wykonawcy oraz interesu gospodarczego, objawiającego się w możliwości utraty dostępu do zamówienia i przewidywanych z tytułu jego realizacji zysków. Ponadto szkoda jakiej może doznać Odwołujący będzie wynikiem naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp.

W uzasadnieniu Odwołujący podnosił, iż w dniu 6 lutego 2013 r. otrzymał fax nr 1176/13 od Zamawiającego informujący o wyborze najkorzystniejszej oferty w niniejszym postępowaniu przetargowym dla zadania 13 - wybrano ofertę firmy Impel Cleaning Sp z o.o. z ceną w kwocie 353 122,13 zł za całość zadania.

Zdaniem Odwołującego wybranie oferty nastąpiło niezgodnie z ustawą o ochronie konkurencji oraz ustawą Pzp z uwagi na brak kompleksowego wyjaśnienia składników cenotwórczych oferty Impel Cleaning Sp. z o.o., jak też przyjęcie oferty z rażąco niską ceną. Zamawiający w dniu 9 stycznia 2013 r. wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej KIO 2844/12 został zobowiązany do unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej dla zadania 13 usługa utrzymania czystości WAK /SOI Jastrzębie k/ Namysłowa. Ponadto nakazano Zamawiającemu wezwanie wykonawcy Impel Cleaning Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp oraz ponownego dokonania oceny złożonych ofert. Zamawiający w dniu 30 stycznia 2013 r. wezwał pismem nr 980/13 Oferenta Impel Cleaning Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny. W dniu 4 lutego 2013 r. Impel Cleaning Sp. z o.o. pisemnie (pismo RH-II/0102/2013) poinformował Zamawiającego w zakresie wyjaśnień zaoferowanej ceny dla zdania 13 w postępowaniu nr INFR 299/2013 zad 13. Zamawiający na podstawie analizy pisma oferenta podjął decyzję, iż zaoferowana cena firmy Impel Cleaning Sp. z o.o. jest najkorzystniejsza w porównaniu z pozostałymi ofertami, a otrzymane wyjaśnienia za kompletne i wystarczające.

Odwołujący stoi na stanowisku, iż wyjaśnienia firmy Impel Cleaning Sp. z o.o. nie odpowiadają na żadne z pytań wskazanych w piśmie nr 980/2013 wystosowanym przez Zamawiającego do firmy Impel Cleaning Sp. z o.o. jak też nie spełniają wymogu wskazanego w art. 90 p. 2 ustawy Pzp Zamawiający żądał szczegółowych wyjaśnień m.in.

a) wobec „ ...pozycji dotyczącej utrzymania terenów zielonych - koszenie, które było w poprzednim postępowaniu 110700 m/2, dwa razy w roku, a obecnie usługa polegająca na

konserwacji i pielęgnacji terenów zielonych na poziomie 122000m/2 z częstotliwością 2 razy w miesiącu, w sezonie trwającym III-X , bądź razie potrzeby częściej (zgodnie z poprzednim zamówieniem)..."

b) „... dlatego też zwracam się o wskazanie w szczególności:

- Oszczędności w metodzie wykonania zamówienia
- Wyjątkowo sprzyjających warunków wykonania zamówienia dostępnych wykonawcy
- Wpływu pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów
- Innych czynników kształtujących cenę

Oferent Impel Cleaning Sp. z o.o. w udzielonej pisemnej odpowiedzi bezsprzecznie nie odpowiedział na żadne pytanie Zamawiającego lub udzielił odpowiedzi wymijającej, niepełnej.

Odpowiedzi na wniosek Zamawiającego winny być wyczerpujące i to na wykonawcy ciąży obowiązek udzielenia szczegółowych wyjaśnień co do zakresu oferowanej ceny jak też elementów składowych i czynników mających wpływ na jej obliczenie. Odpowiedź nie może być wymijająca, niepełna, jakakolwiek. Zamawiający winien dogłębnie przeanalizować uzyskane informacje, a nie przyjmować a priori niepełne wyjaśnienia oferenta Impel Cleaning Sp. z o.o., mimo nieuzyskania odpowiedzi na wskazane w swoim piśmie nr 980/13 zagadnienia do wyjaśnienia przez oferenta, wybrał jego ofertę.

Oferent - Impel Cleaning Sp. z o.o. udzielił następujących informacji:

"1) Oszczędności metody wykonania usługi - wpływ na zaproponowaną przez nas w niniejszym postępowaniu cenę ma kilka czynników, które szczegółowo przedstawiamy poniżej tj. wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne Wykonawcy, oryginalność projektu oraz wpływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.

2) Wyjątkowo sprzyjające Warunki wykonania zamówienia dostępne dla Wykonawcy - do realizacji niniejszego zamówienia zostaną zaangażowani zatrudnieni w pobliżu Jastrzębia już przez nas pracownicy, a którzy na dzień dzisiejszy nie są w pełni przez nas wykorzystywani . W związku z tym nie będą przez nas generowane dodatkowe koszty związane z zatrudnieniem nowych pracowników) (odzież robocza, odzież bhp, koszty opieki medycznej , obsługi personalnej itp. oraz koszty związane z dowożeniem pracowników - oszczędność na kosztach robocizny ok. 20%".

Odwołujący stwierdzał, iż stoi na stanowisku, że z tak udzielonej informacji nie można wywnioskować, skąd się mają wziąć oszczędności. Niezaprzeczalnie nie wskazano ilości pracowników proponowanych do wykonania pracy na terenie JW. Jastrzębie k/

Namysłowa, nie wskazano faktycznych kosztów dowożenia do pracy „niewykorzystanych pracowników", pracownicy niewykorzystani w pełni mogą oznaczać, iż mają „ wolną " część etatów, np. tylko 3 godziny z tzw. dniówki roboczej, co powoduje konieczność użycia większego środka transportu dla osób częściowo wykorzystanych w innych miejscach, nie wyliczono czasu i kosztów płacy pracodawcy dla pracowników przewożonych w nowe miejsce wykonywania usługi. Według Kodeksu Pracy czas na przewiezienie pracowników do innego miejsca pracy jest wliczany do wymiaru czasu pracy i winien być opłacony. Impel Cleaning Sp. z o.o. nie wskazuje od kiedy „niewykorzystani pracownicy" są zatrudnieni, uniemożliwia to faktyczne wyliczenie domniemanych oszczędności przy odzieży BHP itp. (tzw. resurs odzieży i innych elementów BHP), do kiedy są ważne badania lekarskie itp. Nie wskazano skąd będą oni dowożeni do miejsca wykonywania zadania np. z - Brzegu - ok. 37 km, Oleśnicy - ok. 40 km, Namysłowa - ok. 11 km. Odwołujący podnosił, iż pierwszy raz spotyka się z argumentacją, iż koszt dowożenia pracowników obniża koszt wykonania usługi i powoduje znaczniejsze obniżenie kosztów usługi niż zatrudnienie miejscowych pracowników. Należy przyjąć tylko koszt 1 km wg stawek za tzw. kilometrówkę 0,8358 zł za 1 km dla pojazdów powyżej 900cm/3 (bez zysku z wynajmu pojazdu - tylko zwrot ogólnych kosztów przejazdu) z - Brzegu - ok. 2 x37 km x 0,8358 zł = 61,85 zł dziennie - x 21 dniówek =1298,85 zł miesięcznie, Oleśnicy -ok. 2 x 40 km x 0,8358 zł = 66,86 zł x 21 dni = 1404,06 zł miesięcznie nie wliczono kosztu zatrudnienia kierowcy (średnio 2000 zł bez kosztów urlopu, zwolnień lekarskich) (użycie pojazdu generuje koszty inne - czasu postoju pojazdu itp. kosztu zakupu pojazdu, ewentualnego kosztu rat leasingowych itp.

"3) Wpływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów- Impel Cleaning jest zakładem pracy chronionej i z tego tytułu Impel zatrudni do obsługi ww. zamówienia pracowników posiadających status pracownika niepełnosprawnego.

W przypadku zatrudnienia pracowników ze stopniem niepełnosprawności Firma otrzymuje dofinansowanie do kosztów zatrudnienia i zakupu sprzętu, zgodnie z ustawą z dnia 27 sierpnia 1997 r. o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnieniu osób niepełnosprawnych Dz. U 97.123.776 z póź. zm. Uśredniona w okresie trwania kontraktu wysokość dotacji w sposób znaczący obniża koszty zatrudnienia, nawet o ok. 50%".

Odwołujący uważa, iż Impel Cleaning Sp. z o.o. nie przedstawił żadnego dowodu, iż korzysta z dopłat na podstawie wskazanej ustaw, i że jest zakładem pracy chronionej. Do pisma nie załączono żadnego dokumentu poświadczającego twierdzenia firmy Impel. Odpis z Krajowego Rejestru Sądowego na dzień 11 lutego 2013 r. nie potwierdza, iż Firma Impel jest zakładem pracy chronionej, jak też otrzymuje jakiekolwiek dopłaty. Gdyby nawet tak było, to brak tego dokumentu dołączonego do odpowiedzi, uniemożliwia przyjęcie twierdzeń

firmy IMPEL, a nie jest możliwe obecnie w świetle ustawy Pzp uzupełnienie przesłanego pisma nr RH-II/0102/2013 Impel Cleaning Sp. z o.o. o jakiekolwiek dokumenty.

Dowód - wydruk z KRS firmy Impel Cleaning Sp. z o.o.

Impel Cleaning Sp. z o.o. nie wskazuje także ilu pracowników zamierza zatrudnić do wykonania zadania, co uniemożliwia się odnieść do wyliczeń, ewentualnych kosztów wykonania usługi w zakresie zatrudnienia pracowników.

"4) Inne czynniki kształtujące cenę - istotnym aspektem uwzględnionym przez nas w wycenie usługi był fakt wykonywania już wcześniej przez naszą firmę usługi w tej jednostce wojskowej - w Jastrzębiu, co pozwoliło nam wykorzystać pozyskaną wcześniej wiedzę na temat obiektów, terenów zewnętrznych oraz Państwa oczekiwań i wymogów w stosunku do firmy sprzątającej."

Odwołujący zauważał, iż powyższe stwierdzenie w 100% nie polega na prawdzie. Impel Cleaning Sp. z o.o. świadomie wprowadza w błąd Zamawiającego (a Zamawiający tego nie weryfikuje), iż wykonywał prace w tym obiekcie i zna oczekiwania Zamawiającego. Bezsprzecznie Zamawiający pierwszy raz jako następca Rejonowego Zarządu Infrastruktury we Wrocławiu zorganizował przetarg na usługę sprzątania w Jastrzębiu na rok 2013. Impel Cleaning Sp. z o.o. nigdy nie wykonywał usługi sprzątania w JW. Jastrzębie w zamówieniu publicznym organizowanym przez Zamawiającego

Dowód - akta postępowania przed KIO 2844/12 - w posiadaniu Krajowej Izby Odwoławczej

Impel Cleaning Sp. z o.o. w przed styczniem 2011 r. wykonywała usługę dla RZI Wrocław JW Jastrzębie w części administracyjnej, co stanowi około 20% obecnego zadania. Nie wykonywała prac na tzw. terenie technicznym bowiem w RZI we Wrocławiu nie organizowało takiego przetargu, tak więc jest nieuprawnione twierdzenie wykonawcy Impel Cleaning Sp. z o.o., iż zna teren i rzetelnie mógł się przygotować do wyceny zadania - a Zamawiający bezkrytycznie uznaje te elementy wyjaśnień za pewnik.

Dowód:
a) zakres prac w postępowaniu 301/V/SGKiE/10/U RZI we Wrocławiu - zadanie Jastrzębie k/ Namysłowa
b) wydruk zakresu prac, wydruk mapa sytuacyjna teren administracyjny,
c) wydruk mapa z zakreślonym terenem nr 1 (jaki mógł sprzątać Impel Cleaning Sp. z o.o.) i nr 2 - teren zwiększony w obecnym zamówieniu,
d) zakres prac w JW. Jastrzębie obecnie - akta postępowania przed KIO 2844/12

Teren oznaczony na wydruku terenu JW Jastrzębie nr 2 obejmuje obszar podlegający szczególnej ochronie i wątpliwe jest, aby Impel Cleaning Sp. z o.o. przed 2010 r. mógł się z nim zapoznać (teren nie był sprzątany przez firmy zewnętrzne w zakresie terenów utwardzonych oraz zielonych do dnia 24.01.2012 r. (od dnia 25.01.2012 firmą sprzątającą teren techniczny był Odwołujący) - poruszanie się osób spoza kadry tylko za specjalną przepustką, w określonym obszarze w obecności upoważnionego pracownika Jednostki Wojskowej łub służby ochronnej.)

cd. Punktu 4 pisma firmy Impel Cleaning Sp. z o.o.

"Firma Impel Cleaning Sp. z o.o. biorąc pod uwagę powyższe przygotowała ofertę rzetelnie, obejmując swym zakresem wszystkie składniki cenotwórcze, które zostały przedstawione w załączonej tabeli...."

Poz. Koszty robocizny 125000 zł netto - Odwołujący uważa, iż wskazanie kwoty wynagrodzenia pracowników (bez wskazania ilu pracowników zamierza zatrudnić, ilu z nich będzie tzw. wykorzystanych z innych miejsc zatrudnienia (wyjaśnienia z punktu 2 pisma), ilu z nich ma niepełnosprawność (lekka, umiarkowana, znaczna), ile osób będzie zatrudnione przy usłudze wewnątrz obiektu, ilu na powierzchniach utwardzonych i zielonych) - nie jest kwotą adekwatną do rzeczywistych potrzeb;

Poz. Koszty zużycia środków chemicznych i eksploatacyjnych (w tym piasek i sól zimą) 117000 zł - Odwołujący z uwagi na brak enumeratywnego wskazania, jakie koszty przypadają np. na zakup paliwa, koszty dojazdu nadzoru- dowożenia pracowników, piasek, sól itp.; nie jest w stanie merytorycznie odnieść się do tych twierdzeń.

Poz. Koszt narzędzi, sprzętu i maszyn - 32000 zł - Odwołujący z uwagi na brak wskazania jakie maszyny i urządzenia Impel Cleaning Sp. z o.o. zamierza użyć do wykonania usługi, nie jest w stanie merytorycznie odnieść się do tej kwoty. Nie jest wiadomo, czy w tym w koszcie są wózki, pady, polerki, drabiny do sprzątania wewnątrz obiektów, czy też kosy, traktory, kosiarki, odśnieżarki, pługi, zamiatarki itp. czy też tylko zmiotki i łopaty.

Poz. Koszt usług dodatkowych - 25000 zł - Odwołujący nie może z pisma wywnioskować o jakie usługi chodzi (może dowóz pracowników, ubezpieczenie kontraktu, wywóz śmieci ?) to Impel Cleaning Sp. z o.o. winien enumeratywnie wskazać o jakie usługi chodzi.

Poz. - inne koszty w tym koszty ogólne i zysk - 20705,87 zł - Odwołujący w tym zapisie nie jest w stanie ocenić czy Impel Cleaning Sp. z o.o. faktycznie osiągnie zysk w tym zadaniu czy zyskiem jest może 0,87 zł, a kwota 20705 zł jest kosztem ogólnym?.

Powoływanie się ogólnikowo przez Impel Cleaning Sp. z o.o., iż osiąga rabaty przy

zakupie sprzętu czy też środków chemicznych nie może być uznane jako wyjaśnienie niskiej ceny. Nie odniósł się w jakim zakresie uzyskane rabaty i inne upusty odnoszą się do możliwości wykonania zadania w oferowanej cenie w zadaniu 13 Jastrzębie. Nie poparł tego żadnymi dokumentami, oświadczeniami dostawców itp. Nie wskazał, jakie zunifikowane technologie, które są bardzo wydajne i generujące znaczne oszczędności w procesie realizacji usług - poprzez możliwość zastosowania ich na każdym obiekcie, w wyniku czego nie ponosi wysokich kosztów wdrożeń, szkoleń, sprzętu etc. - nie odniósł swoich wyjaśnień do obiektu w zadaniu 13 Jastrzębie.

Zamawiający praktycznie bezrefleksyjnie przyjął wyjaśnienia Impel Cleaning Sp. z o.o., nawet nie ocenił, czy w wyjaśnieniach Impel Cleaning Sp. z o.o. udzielono odpowiedzi na jego pytania, ze szczególnym wskazaniem na wycenę terenów zewnętrznych w tym zielonych. Zdaniem Odwołującego Zamawiający faktycznie pozorował działania w celu wyjaśnienia oferty cenowej Impel Cleaning Sp. z o.o. Zamawiający praktycznie nie wykonał w całości dyspozycji art. 90 ust. 1 i 2 ustawy 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. Zamawiający, oceniając wyjaśnienia, bierze pod uwagę obiektywne czynniki, w szczególności oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy, oryginalność projektu wykonawcy oraz wpływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.

Poza napisaniem pisma do oferenta zgodnie z wyrokiem KIO, Zamawiający nawet nie zauważył, że Impel Cleaning Sp. z o.o. nie udzielił odpowiedzi na jego pytania, a w szczególności nie wyjaśnił elementów składowych ceny w zakresie utrzymania terenów zielonych (a wręcz pominął to milczeniem).

Przedmiotem oceny Zamawiającego jest merytoryczna treść tych wyjaśnień nie zaś ich forma. To na podstawie merytorycznych argumentów zawartych w wyjaśnieniach wykonawcy Zamawiający ocenia czy w postępowaniu mamy do czynienia z przypadkiem rażąco niskiej ceny. Jeżeli Zamawiający żąda informacji co do pięciu zagadnień mających wpływ na cenę oferty, a przekonywające wyjaśnienia zawarte by były w odpowiedzi wykonawcy co do czterech kwestii przy pominięciu odpowiedzi na piąte zagadnienie, wtedy to zgodnie z zapisami art. 90 ust. 3 Zamawiający jest zmuszony do odrzucenia oferty, a w niniejszym przypadku w ogóle nie udzielono merytorycznych odpowiedzi na żadne pytania i wątpliwości Zamawiającego.

Wobec powyższego, biorąc pod uwagę: 1) stosunek ceny zaproponowanej przez firmę Impel Cleaning Sp. z o.o. do wartości przedmiotu zamówienia skalkulowanej przez Zamawiającego tj. 44% oraz 2) relację tej ceny do cen innych oferentów, jak również 3) „rozeznanie rynku" - wyceny innych oferentów dla zadania 13 Jastrzębie, a dodatkowo uznając wyjaśnienie Wykonawcy za niewystarczające - w rezultacie można uznać, iż zachodzą przesłanki do odrzucenia oferty na podstawie art. 90 ust. 1-3 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4) ustawy Pzp. Nie można bowiem uznać, że wyjaśnienia Impel Cleaning Sp. z o.o. są wystarczające, a Zamawiający właściwie ocenił zakres tych wyjaśnień, gdyż udzielenie jakichkolwiek wyjaśnień nie wypełnia dyspozycji art. 90 ust. 1 i 2 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4) ustawy Pzp. Zamawiający winien ofertę Impel Cleaning Sp. z o.o. odrzucić jako mającą rażąco niską cenę, stanowiącą czyn nieuczciwej konkurencji. Zamawiający zaniechał odrzucenia oferty Impel Cleaning Sp. z o.o. z uwagi na rażąco niską cenę oferty, nieudzielenie merytorycznej odpowiedzi przez Impel Cleaning Sp. z o.o. na pytania zadane w trybie art. 90 ustawy Pzp.

Należy tu zauważyć, że Zamawiający oparł się wyłącznie na gołosłownych twierdzeniach wygrywającego przetarg, niepopartych żadnym dowodem. Nie zwrócono bowiem uwagi na to, że o ile możliwe jest przyjęcie za zasadne twierdzeń oferującego w niektórych ogólnych aspektach, o tyle twierdzenia te muszą mieć walor realności i znacznego prawdopodobieństwa, tak aby można było uzyskać zgodną i logiczną całość, korespondującą z treścią oferty. Tymczasem m.in. w przypadku twierdzenia o przerzucaniu sił i środków, czy uzyskiwaniu zniżek na materiały przedstawiają się jako hipotezy nie mające pokrycia w żadnych faktach i nie uwiarygodnione choćby zaczątkiem dowodu. Niemniej jednak wykonawca wybrany poza tym, że wymienił ogólnikowo czynniki mające wpływ na zaoferowaną cenę, to ich nie wyjaśnił, nie opisał, nie przedstawił na okoliczność ich wystąpienia żadnych dowodów, czyli nie skonkretyzował obiektywnych czynników, zgodnie z wymogiem art. 90 ust.2 i 3 ustawy Pzp. Natomiast podał tylko ich skutki w postaci ogólnej informacji w pozycjach kosztowych kalkulacji ceny usługi sprzątania.

Wybrany Wykonawca wskazując na oszczędność metody wykonania, powinien wyjaśnić na czym ta metoda polega np.: zamiast maszyny do odśnieżania czy maszyny do koszenia trawy, które powodują koszt w określonej wysokości w szczególności koszt inwestycji czy amortyzacji środków, czy koszt paliwa, zastosował do wyceny np.: ręczne odśnieżanie przy użyciu łopaty i ręczne koszenie trawy przy użyciu kosy i uzyskał przez to różnicę pomiędzy metoda mechaniczną a ręczną odśnieżania i koszenia w kwocie w wysokości, przedstawiając stosowne wyliczenie rachunkowe. Z kolei z lokalizacji bazy jego działalności w miejscu wykonywania usługi uzyskuje następujące oszczędności w

następującej wysokości w stosunku do sytuacji gdy do kosztów trzeba doliczyć np.: noclegi, diety, bilety miesięczne, dowóz na stanowiska pracy, posiłki regeneracyjne itd., biorąc pod uwagę innych wykonawców, których baza jest odległa o x km od miejsca świadczenia usługi. Dalej dla przykładu: co do korzystnej umowy z kompostownią i upustami cenowymi hurtowni to polegają na tym, że kompostownia i hurtownia oferuje przeciętnie następujące ceny, a uzyskane przez wykonawcę wybranego ceny na przedmiotowe postępowanie odbiega od przeciętnych cen o określony procent. W złożonej odpowiedzi również brak jest jakichkolwiek dowodów na wystąpienie wymienionych czynników mających wpływ na zaoferowaną cenę, znacznie poniżej wyceny zamawiającego.

Natomiast odpowiedź wykonawcy wybranego polega na powtórzeniu lub dodaniu innych czynników wpływających na cenę, ale bez ich wyjaśnienia na czym konkretnie one polegają i jaki mają wpływ w porównaniu do kosztów innych ofert. Bowiem za Komentarzem Becka Jerzy Pieróg Prawo zamówień publicznych 10 wydanie str.328/329 „Czynności podejmowane w sprawie rażąco niskiej ceny mają cechy postępowania wyjaśniającego, ale ciężar dowodowy w praktyce został przeniesiony na wykonawcę.(...) To wykonawca ma przedstawić dowody, że jego cena nie jest rażąco niska albo, że udzielona mu pomoc publiczna jest zgodna z prawem. Jeżeli tego nie wykaże albo nie udzieli wyjaśnień, jego oferta zostanie odrzucona."

Reasumując użyte w art. 90 ustawy Pzp słowo „wyjaśnienie" oznacza opisanie, przedstawienie, wykazanie, uzasadnienie, a nie tylko wskazanie, wyliczenie.

W związku z tym udzieloną odpowiedź wykonawcy wybranego na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 90 ustawy Pzp nie można zaliczyć do udzielenia wyjaśnienia, co obliguje Zamawiającego do odrzucenia oferty na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp w związku z niezłożeniem wyjaśnień (por. wyrok sygn. akt KIO 314/12).

Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Bowiem pomimo, że Zamawiający uznał, wskutek udzielonej odpowiedzi, że oferta wykonawcy wybranego nie zawiera rażąco niskiej ceny, a Odwołujący być może nie wykazał rażąco niskiej ceny w ofercie wykonawcy wybranego, to nie złożenie wyjaśnień w przypadku wezwania w trybie art. 90 ustawy Pzp, (kwota na sfinansowanie zamówienia 798 849,91 zł cena wykonawcy wybranego 353 122,13 zł.), stanowi samoistną przesłankę do odrzucenia oferty, na podstawie art. 90 ust. 2 i 3 ustawy Pzp.

Biorąc pod uwagę doświadczenie Zamawiającego w stosowaniu ustawy Pzp, szacowania wartości zamówienia, Odwołujący uznał, iż Zamawiający właściwie ocenił wartość zamówienia dla zadania 13 przy jego szacowaniu tj. na kwotę 798 849,91 zł brutto. Oferta Impel Cleaning Sp. z o.o. w kwocie 353 122,13 zł stanowi 44% wartości zamówienia określonego przez Zamawiającego. Cena 526 693,11 zł oferty Odwołującego stanowi 66% wartości zamówienia, kolejna oferta Firmy Blask B……. L…….. Żagań ul. H. Brodatego 8/4 w kwocie 586 404,09 zł stanowi 73% wartości zamówienia. Małą rozbieżność kolejnych ofert świadczy o właściwym wyliczeniu cen przez pozostałych oferentów w stosunku zaniżonej ceny Impel Cleaning Sp. z o.o.

Bezsprzecznie obecny zakres zadania na terenach wewnętrznych został zwiększony w stosunku do poprzedniej oferty Impel Cleaning Sp. z o.o.:

1) Tereny wewnętrzne - było 5508 m/2 jest 9187 m/2 wzrost o 67%
2) Serwis dzienny - było - brak - jest 1 osoba wzrost kosztów o 100%
3) Tereny zewnętrzne utwardzone było 1 raz w miesiącu 107398 m/2 - jest 92098 m/2 4 x w miesiącu - wzrost o 380%
4) Utrzymanie terenów zielonych - było 110700 - 2x2 roku , jest koszenie 2 x w miesiącu w okresie marzec - październik wzrost o 1400% , sprzątanie liście, śmieci - było 1 raz na rok na przełomie listopada grudnia, codziennie - wzrost o 1000%

Impel Cleaning Sp. z o.o. obniżyła swoją wycenę prac z roku 2012 (było 475840,38 zł) na kwotę 353 122, 13 zł w 2013 r. tj. o ok. 35%. Brak jest jakiegokolwiek uzasadnienia obniżenia wyceny oferty przy zwiększonym zadaniu o 1000% w większości pozycji. Odwołujący w załączeniu przedstawiał oferty innych firm mających swoje siedziby w okolicy w zakresie zamiatania czy też odśnieżania terenów, celem wykazania nierealności wykonania usługi przez firmę Impel nawet niektórych elementów zadania;

1) Zakład Higieny Komunalnej w Brzegu - odśnieżanie -posypywanie mat. szorstkimi 4,08 m/2 Zamiatanie mechaniczne- 2,45 zł m/2, Zamiatanie ręczne- chodniki -5,26 zł
2) Oleśnica Miejska Gospodarka Komunalna - praca zamiatarki 231,71 zł roboczogodzina netto

Dowód - pisma w załączeniu

Dla wykazania, iż realną ceną wykonania zadania Odwołujący podawał przykładową wycenę robocizny, kosztów zakupu sprzętu, minimalnego zysku i innych kosztów wykonania zadania przygotowano kosztorys wykonania usługi w cenie netto za 12 miesięcy - 551632,44 zł w tym koszty płac 365 934,24 zł. (Odwołujący jest w stanie także obniżyć

koszty wynagrodzeń o około 50% z uwagi na korzystanie z dopłat PFRON- dowód załącznik wniosku o dotację)

Dowód - załącznik - kalkulacja kosztów robocizny i innych wyliczone w oparciu o program kosztorysujący sprzątania Clean Express

"Chęć złożenia konkurencyjnej oferty nie zwalania wykonawcy od obowiązku rzetelnej kalkulacji ceny oraz wskazania, na żądanie zamawiającego, istotnych, obiektywnych i weryfikowalnych elementów, które legły u podstaw dokonanej wyceny. ” Jak widać powyżej, orzecznictwo nie oczekuje wykazania w składanych wyjaśnieniach tylko tego, że świadczenie usługi nie odbywa się poniżej kosztów jej wytworzenia w celu eliminacji kogokolwiek, ale wskazuje na wartości leżące u podstaw systemu zamówień publicznych, na jego fundamentalne zasady.

Prawodawca wprowadza pojęcie „rażąco niskiej ceny”, chroniąc w ten sposób inne zasady systemu zamówień publicznych, niż tylko ochrona rynku przed nieuczciwą konkurencją zmierzająca do eliminacji innych przedsiębiorców z danego rynku. Podobnie, w innym orzeczeniu KIO wyjaśnia jak należy rozumieć pojęcie rażąco niskiej ceny wskazując, że: „Przyczyną wyraźnie niższej ceny od innych ofert może być albo świadome działanie wykonawcy albo nierzetelność kalkulacji wykonawcy, co grozi nienależytym wykonaniem lub niewykonaniem zamówienia w przyszłości.” (wyrok KIO z dnia 10.05.2010 r., sygn. akt: KIO/UZP 704/10). Bardziej dobitnie powyższe stanowisko przedstawia inne orzeczenie, w którym w dalej idących sformułowaniach stwierdza się: „Nie można (...) postawić znaku równości pomiędzy ceną rażąco niską, a wykonywaniem zamówienia poniżej kosztów wytworzenia. Przejściowe oferowanie cen poniżej kosztów wytworzenia może być w konkretnej sytuacji podyktowane racjonalną strategią gospodarczą, w szczególności gdy dany wykonawca dopiero pojawia się w danym segmencie rynku lub wprowadza nowy produkt. W przepisie chodzi raczej o cenę spekulacyjną, która dla Wykonawcy niesie ryzyko niewywiązania się z kontraktu, zaś dla zamawiającego - niebezpieczeństwo uwikłania się w źle rokujące przedsięwzięcie.” Jednym z celów niniejszego odwołania jest właśnie wykazanie, że oferta wykonawcy Impel Cleaning Sp. z o.o. zawiera ceny spekulacyjne, a wyjaśnienie ich elementów kalkulacyjnych było konieczne, ale nie zostało wyjaśnione, a w konsekwencji zaniechania ich odrzucenia przez Zamawiającego niesie za sobą ryzyko nienależytego i niestarannego wykonywania profesjonalnych czynności w toku realizacji zamówienia. Ponadto wartość oferty Impel Cleaning Sp. z o.o. rażąco odbiegają od wartości szacunkowej tych części zamówienia. Zauważyć należy, że przy skali przedsięwzięcia, stopniu jego złożoności i wielkości kosztów stałych, opisane wyżej różnice wykraczają

znacząco poza różnice występujące w cenach ofert na rynku tego rodzaju usług co może świadczyć o omyłce rachunkowej w obliczeniu ceny oferty Impel Cleaning Sp. z o.o. lub o rażąco niskiej cenie ww. oferty lub o czynie nieuczciwej konkurencji (dumping).

Po wykonaniu ww. czynności, Zamawiający w oparciu o art. w świetle art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, podejmuje decyzję o odrzuceniu oferty wykonawcy, który:

1) nie złożył wyjaśnień lub

2) złożył wyjaśnienia, ale dokonana ich ocena wraz z oceną dostarczonych dowodów potwierdza, że oferta zawiera faktycznie rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Cena usług sprzątania jest efektem stosunkowo prostej kalkulacji, możliwych do zastosowania stawek i sposobów zatrudnienia pracowników i kosztów eksploatacji sprzętu i materiałów. Koszty stałe mogą być minimalnie różnicowane poprzez efekt wielkości (skali, obrotów, itp.) każdego z konkurujących wykonawców, ale nie na tak wysokim poziomie wartości jak w przypadku oferty złożonej przez Impel Cleaning Sp. z o.o. dla cz. 13 zamówienia. Inni wykonawcy także posiadają możliwości rabatowe przy zakupie sprzętu i środków chemicznych, jak też otrzymują pomoc publiczną, ale realnie oceniają koszty realizacji zadania.

Ze względu na powyższe stwierdzić należy, że domniemanie zawarcia rażąco niskiej ceny we wskazanych ofercie Impel Cleaning Sp. z o.o. jest obiektywnie uzasadnione. Wskazał także inny wyrok KIO z dnia 13.03.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 179/08, w którym stwierdza się: „Zaproponowanie "rażąco niskiej ceny" jest niewątpliwie jednym z negatywnych zachowań cenotwórczych wykonawców w procedurze ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego, jednak wobec braku definicji pojęcia "rażąco niskiej ceny” tak w ustawie - Prawo zamówień publicznych, jak i w przepisach dyrektyw Unii Europejskiej, a także wobec braku wyjaśnienia znaczenia tego pojęcia w orzecznictwie Europejskiego Trybunał Sprawiedliwości, zamawiający dysponuje szerokim zakresem uznania i każdy przypadek, w których występuje podejrzenie zaniżenia ceny, należy traktować indywidualnie.” Właśnie opisane wyżej „ negatywne zachowanie cenotwórcze ” jest jednym z powodów niniejszego odwołania. Jak wskazuje się w wyroku KIO z dnia 21.09.2009r., sygn. akt: KIO/UZP 1126/09): „Punktami odniesienia dla określenia rażąco niskiej ceny są przede wszystkim: (1) wartość przedmiotu zamówienia, (2) ceny innych ofert złożonych w postępowaniu, również (3) wiedza, doświadczenie życiowe i rozeznanie warunków rynkowych jakimi dysponują członkowie komisji zamawiającego. ” Biorąc pod uwagę wszystkie trzy wskazane wyżej czynniki nie sposób nie dopatrzeć się zaniechania Zamawiającego odrzucenia oferty Wykonawcy ze względu, prawdopodobnie na pozorną

oszczędność w wykonywaniu przedmiotowej usługi.

W przedmiotowym postępowaniu cena zaoferowana przez: Impel Cleaning Sp. z o.o. dla 13 cz. zamówienia, w świetle powyższych wytycznych odbiega znacząco, zarówno od ustalonej z należytą starannością szacunkowej wartości zamówienia, jak również od średniej ceny pozostałych ofert. Druga oferta, złożona w postępowaniu dla cz. 13 zamówienia przez Odwołującego, zawiera cenę znacznie wyższą od ceny oferty Impel Cleaning Sp. z o.o., choć skalkulowaną na minimalnym poziomie rentowności. Różnica wartości ofert w specyfice przedmiotowego zamówienia nie jest możliwa do uzasadnienia obiektywnymi czynnikami wpływającymi na sposób jej obliczenia.

Ponadto wskazał, iż złożenie oferty z rażąco niską ceną jest, niezależnie od samodzielnej przesłanki odrzucenia oferty, wskazanej w art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, także czynem nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Stanowisko powyższe znajduje potwierdzenie w opinii UOKiK z dnia 4 lutego 2003 r. zatytułowanej: „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 ww. opinii UOKIK stwierdza m.in., że: „Na wstępie należy wskazać, że nie każde utrudnienie 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 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. 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. Utrudnianie 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 nie znajdujących usprawiedliwienia w mechanizmie wolnej konkurencji, stanowią one czyn nieuczciwej konkurencji." Odnosząc się do definicji wskazanego wyżej czynu nieuczciwej konkurencji -"dumpingu", wskazać należy na art. 15 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, zgodnie z którym:

„Czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do

rynku, w szczególności przez:

1) sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia łub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców;" Jak wykazano powyżej, nie jest możliwe świadczenie usług sprzątania z zastosowaniem stawek przyjętych przez Impel Cleaning Sp. z o.o. dla 13 cz. W tej sytuacji jednym z powodów stosowania nierealnych stawek jest właśnie chęć eliminacji innych przedsiębiorców z obrotu w branży. Odwołujący podnosi, iż Zamawiający zaniechał odrzucenia oferty Impel Cleaning Sp. z o.o., mimo istnienia przesłanek, o których mowa w art. 89 ust. 1 pkt 3 lub 4 Pzp. Zamawiający ma obowiązek odrzucenia oferty, która stanowi czyn nieuczciwej konkurencji bądź zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zasadność twierdzeń Odwołującego znajduje potwierdzenie w doktrynie (co wykazano powyżej) i orzecznictwie: „Zamawiający obowiązany jest odrzucić ofertę, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Obliguje go do tego art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy. Ustawa prawo zamówień publicznych nie definiuje czynu nieuczciwej konkurencji. Z tych też względów Zamawiający obowiązany jest dokonać oceny czy złożenie ofert stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w świetle przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji." (wyrok z dnia 23.03.2005 r., sygn. akt: UZP/ZO/0-496/05); „Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 4) ustawy - na zamawiającym ciąży obowiązek odrzucenia oferty jeżeli zawiera rażąco niską cent w stosunku do przedmiotu zamówienia", (wyrok Zz dnia 14.11.2005 r., sygn. akt: UZP/ZO/O-2751/06); "... zamawiający obowiązany jest, przy dołożeniu należytej staranności, eliminować oferty stanowiące czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji bądź naruszające postanowienia ustawy z dnia 15 grudnia 2005 r. o ochronie konkurencji i konsumentów" (A. Kurowska, M, Sarnowski, G. Wicik, P. Wiśniewski: "Analiza wyroków sądów okręgowych oraz analiza orzeczeń zespołów arbitrów wydanych na podstawie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, UZP 2006, str. 172)» Odwołujący podnosi, że sposób w jaki wykonawca Impel Cleaning Sp. z o.o. dla zad. 13 skalkulował cenę oferty, wypełnia wskazania powyższej przesłanki uznania działań stanowiących czyn nieuczciwej konkurencji.

Cena zaproponowana przez Impel Cleaning Sp. z o.o. dla zad. 13. jest nierealistyczna i nie pozwala na zrealizowanie przedmiotu zamówienia zgodnie z zasadami uczciwej konkurencji, a w szczególności na wypracowanie zysku, czy nawet pokrycie kosztów realizacji zamówienia. Zgodnie z wyrokiem SO w Katowicach z dnia 30.01.2007 r., sygn. akt: XIX Ga 3/07: "...o cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie urnowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. Rażąco niska cena jest to cena niewiarygodna, oderwana całkowicie od

realiów rynkowych. Przykładem może być oferowanie towarów poniżej kosztów zakupu łub wytworzenia albo oferowanie usług za symboliczną kwotę." Analizując wypracowane i ugruntowane orzecznictwo KIO uwagę zwracają liczne orzeczenia, w których stwierdza się, między innymi, ze: „Rażąco niska cena to taka cena, która jest niewiarygodna, nierealistyczna, odnosząca się do całej oferty." (wyrok z dnia 27.06.2008r., sygn. akt: KIO/UZP 587/08); „O rażąco niskiej cenie można mówić w przypadku, gdy całkowita cena oferty odbiega od cen obowiązujących na danym rynku w taki sposób, że nie ma możliwości realizacji zamówienia przy założeniu osiągnięcia zysku." (wyrok z dnia 29.05.2008r., sygn. akt: KIO/UZP 466/08). Tak jest bez wątpienia w przedmiotowej sprawie.

Zwrócić należy uwagę na kwoty zaoferowane w tym samym zamówieniu przez Impel Cleaning Sp. z o.o. do innych zadań obejmujących także sprzątanie terenów wewnętrznych, zewnętrznych i zielonych tj. o tych samych kodach cpv. Tak więc odpowiednio dla zadań:

Nr zadania	Kwota oferowana przez Impel	Kwota przeznaczona na wykonanie zadania przez zamawiającego	Wartość % oferty Impel do kwoty oferowanej przez zamawiającego
1	1019201,88	747799,89	131%
2	1137012,12	1229881,96	92%
4	779973,96	971974,85	80%
5	164067,94	225875,62	73%
6	211008,99	581027,18	36%

7	50165,40	32275,94	155%
8	40183,47	21327,45	188%
9	440286,94	731429,98	60%
10	33571,13	12422,24	270%
11	20123,88	18679,07	108%
12	431252,24	707982,48	61%
13	353122,13	798849,91	44%
14	370854,10	792984,38	47%
15	73869,84	85467,71	86%
16	118954,50	235037,16	51%
17	85593,14	35376,09	242%
19	169290,96	77650,88	218%

Jak wynika z zestawienia w tabeli, Impel Cleaning Sp. z o.o. oferował dla 17 zadań:

- kwoty w 6 przypadkach większe niż szacował Zamawiający;
- kwoty w 6 przypadkach większe niż 60% wartości szacunkowej zamówienia;
- kwoty w 1 przypadku większe niż 50% wartości zamówienia, a niższe niż 60%;
- kwoty w 3 przypadkach poniżej 50% wartości zamówienia;

oferowanie tak zróżnicowanych kwot dowodzi o braku faktycznej pragmatyki w wycenie zadań ofertowych w tym dla zadania nr 13 równoważnego do pozostałych.

Pragmatyka wyceny zadań podobnych, a właściwie tych samych winna odpowiadać rzeczywistym kosztom wykonania zadania z godziwym zyskiem przy uwzględnieniu innowacyjności, rabatów, organizacji pracy. Analizując powyższą tabelę trudno właściwie ocenić realny koszt wykonania zadania bez zażądania przez zamawiającego od oferenta informacji sposobu wyliczenia kosztów zadania 13.

Tezę Odwołującego potwierdzają liczne wyroki:

1) Ponieważ wyjaśnienia nie zawierały, oprócz wskazania poziomu kosztów przyjętych dla przedmiotowej inwestycji, żadnego dalszego uzasadnienia ich wysokości, w zasadzie nie wynosiły żadnej wartości dodanej do treści oferty w zakresie elementów mających wpływ na wysokość ceny (...). Zamawiający nie mógł na podstawie suchej informacji dotyczącej innej inwestycji przyjąć, że wykonawca obalił domniemanie rażąco niskiej ceny (wyrok z 11 kwietnia 2011, KIO/657/11).
2) Izba dała wiarę stanowisku odwołującego się o uzyskiwaniu przez niego korzystnych rabatów na środki dezynfekcyjne i myjące. Okoliczność bezsporna korzystania z rabatów oraz posiadania statusu przedstawiciela są w ocenie Izby obiektywnymi czynnikami mającymi wpływ na cenę oferty. Jednak wpływ wskazanych okoliczności na cenę oferty nie pozostał udowodniony. Izba nie miała żadnych podstaw do ustalenia wysokości rabatów, z których faktycznie odwołujący się korzystał, a tym bardziej ich wpływu na wysokość ceny oferty oraz wykazania przewagi odwołującego się z tego tytułu nad pozostałymi wykonawcami. „Dla zakwalifikowania oferty do dalszego postępowania nie jest wystarczające złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, lecz wyjaśnień odpowiednio umotywowanych, przekonujących, że zaproponowana oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny'', wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 5 stycznia 2007 r. o sygn. akt V Ca 2214/06.
3) Wykonawca składając wyjaśnienia winien wykazać, iż zaoferowana przez niego cena uwzględnia wszystkie elementy związane z należytym wykonaniem zamówienia. Jak wskazuje się w orzecznictwie, Wykonawca składając wyjaśnienia winien wskazać i opisać obiektywne czynniki mające wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. Przy tym wyjaśnienia powinny być jak najbardziej szczegółowe i powinny zawierać wszystkie

aspekty mające wpływ na cenę, tak aby nie pozostawiały wątpliwości co do prawidłowego jej wyliczenia (tak w wyroku Zespołu Arbitrów - z dnia 2 lipca 2007 r. UZP/ZO/0-765/07).

4) Podmiot ubiegający się o udzielenie zamówienia, jeżeli chce ustrzec się przed odrzuceniem złożonej oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp obowiązany jest do złożenia wyjaśnień na żądanie zamawiającego. Z kolei zamawiający obowiązany jest do odrzucenia oferty, jeżeli potencjalny wykonawca nie złoży wyjaśnień w zakreślonym terminie oraz gdy ocena wyjaśnień i innych dowodów potwierdzi, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Wynika stąd, że przedstawione przez oferenta wyjaśnienia podlegają ocenie, której przykładowe kryteria przedstawia art. 90 ust. 2 Pzp. Wyrok SO w Warszawie z 05.01.2007 r., V Ca 2214/06.
5) Zgodnie ze stanowiskiem doktryny, wystąpienie do wykonawcy w trybie art. 90 ust. 1 ustawy ustanawia domniemanie prawne zaproponowania w ofercie ceny rażąco niskiej w stosunku do przedmiotu zamówienia. Wyjaśnienia Wykonawcy mają doprowadzić do obalenia tego domniemania. (KIO/UZP 351/08)
6) Informacja, że cena zaoferowana jest wynikiem wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla odwołującego i nie stanowi rażąco niskiej ceny, wręcz nie mogła być podstawą do stwierdzenia, że zaoferowana cena nie jest ceną rażąco niską. Ponad to stwierdzenie, odwołujący nie przedstawił żadnych szczegółowych informacji ani też dowodów' w tym zakresie. (KIO/UZP 1524/08)
7) Skład orzekający Izby podziela stanowisko Sądu Okręgowego w Warszawie, zawarte w przywołanym przez zamawiającego w informacji o odrzuceniu oferty odwołującego, wyroku z dnia 05.01.2007r., sygn. akt: V Ca 2214/06, tj. że dla zakwalifikowania oferty do dalszego postępowania nie jest wystarczające złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, lecz wyjaśnień odpowiednio umotywowanych: przekonujących, że zaproponowana oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Uwzględniając powyższe, skład orzekający Izby uznał, że zdawkowe, ogólne i uniwersalnej wręcz natury wyjaśnienia odwołującego potwierdzają, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, co obligowało zamawiającego do odrzucenia oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. I pkt 4 ustawy Pzp. Należy bowiem uznać, że wszczęcie przez zamawiającego procedury wyjaśniającej (niezakwestionowane w terminie przez odwołującego) ustanawia domniemanie prawne zaoferowania przez wzywanego do złożenia wyjaśnień wykonawcę ceny rażąco niskiej. Wykonawca, poprzez swoje wyjaśnienia, domniemania tego nie obalił. (KIO/UZP 262/09).
8) W ocenie SO intencja ustawodawcy przy wprowadzeniu instytucji wyjaśnień w trybie

art. 90 Pzp było danie oferentowi możliwości uchronienia się przed odrzuceniem oferty z uwagi na podejrzenie zamieszczenia w niej rażąco niskiej ceny. Jednocześnie na zamawiającego nałożono obowiązek dokonania odpowiednio wnikliwej oceny wyjaśnień - innymi słowy dla zakwalifikowania oferty do dalszego postępowania nie jest wystarczające złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, lecz wyjaśnień odpowiednio umotywowanych: przekonujących, że zaproponowana oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Wyrok SO w Warszawie z 05.01.2007 r., V Ca 2214/06.

9) W szczególności ów wykonawca powinien przedstawić nie tylko wyjaśnienia odnoszące się do sposobu dokonanych wyliczeń, ale również rzeczowe dowody (np. listy intencyjne lub umowy z potencjalnymi podwykonawcami, wyceny dokonane przez specjalistów, otrzymane oferty na dostawę towarów lub usług) wykazujące realność przyjętych założeń (wyrok KIO z 16 lutego 2011, KIO 246/11).

10) Konsorcjum udzielając wyjaśnień, bardzo ogólnie wskazało elementy mające wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. Na obniżenie kosztów miała mieć bowiem wpływ okoliczność, iż zespól kluczowych ekspertów stanowią mieszkańcy Włocławka i okolic, a co miało zmniejszyć koszty związane z pokonywaniem znacznych odległości, jak również zapewnienia im zakwaterowania. Niemniej jednak nie wskazało, jakiego rzędu są to kwoty, jak również, w jakim stopniu okoliczność ta spowoduje obniżenie kosztów' usługi. Konieczne jest przedstawienie szczegółowych kalkulacji, oszczędności wynikających z tego właśnie faktu, jak i zależności pomiędzy miejscem siedziby biura, a zaoferowaną ceną usługi będącej przedmiotem zamówienia. Tak złożone wyjaśnienia zamawiający powinien uznać za zbyt ogólne, a więc takie, które nie pozwalają na uznanie, iż zaoferowana cena nie jest rażąco niska. Tak więc same ogólnikowe wyjaśnienia, zawierające niekonkretne i niczym nieudokumentowane twierdzenia, jakich niewątpliwie konsorcjum użyło w złożonych wyjaśnieniach, można uznać za niezłożone. Wyrok z 30.11.2010 r., sygn. akt KIO/UZP 2515/10

11) Zamawiający, ustalając ryczałtowy charakter wynagrodzenia, nie jest zwolniony z obowiązku sprawdzenia, czy oferta obejmuje całość prac objętych przedmiotem zamówienia, jeżeli pozwalają na to dokumenty składane w ofercie (np. kosztorysy). Wykonawca w ogóle nie odnosił się do tych elementów zamówienia, których wartość decydowała o znaczącym obniżeniu ceny oferty. W oparciu o przedstawione przez odwołującego wyjaśnienia KIO uznała, iż nie były one wystarczające do potwierdzenia rzetelności kalkulacji ceny oferty, a tym samym nie spełniały wymogu przepisu art. 90 ust. 2 Pzp. KIO/UZP 2465/10

12) Celem wprowadzonej przepisami ustawy instytucji składania wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, było uzyskanie potwierdzenia

rzetelności kalkulacji ceny. Jak trafnie ujął to w wyroku z dnia 9 kwietnia 2010 r. Sad Okręgowy Warszawa-Praga w Warszawie (sygn. akt: IV Ca 1299/09). wyjaśnienia powinny być jak najbardziej szczegółowe i winny zawierać wszystkie aspekty mające wpływ na cenę. tak, aby nie pozostawiały wątpliwości co do prawidłowej jej wyliczenia, a jednocześnie nie mogą opierać się na samych oświadczeniach wykonawcy, gdyż art. 90 ust. 3 ustawy mówi o dowodach na ich potwierdzenie.

13) Oraz wiele innych wyroków i orzeczeń Sygn. akt: XII Ga 88/09, Wyrok SO w Krakowie z dnia 23 kwietnia 2009 r„ Sygn. akt: KIO 2338/10, KIO 2499/10, KIO 2283/10 Sygn. akt: IV Ca 1299/09, Wyrok SO w Warszawie, Sygn. akt: KIO/UZP 1443/08.

Zamawiający potwierdził, iż otrzymał kopię odwołania 15 lutego 2013 r.

Dnia 18 lutego 2013 r. Zamawiający wezwał do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym i przekazał kopię odwołania.

Dnia 19 lutego 2013 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego Impel Cleaning Sp. z o.o. (dalej także jako "Przystępujący"), w którym wnosił o oddalenie odwołania.

Dnia 19 lutego 2013 r. Prezes Krajowej Izby Odwoławczej wezwał Odwołującego w trybie art. 187 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia braków formalnych odwołania w postaci dowodu przesłania kopii odwołania Zamawiającemu. Odwołujący przekazał taki dowód faksem w tej samej dacie.

Pismem z dnia 21 lutego 2013 r. Zamawiający oświadczył, iż uwzględnia w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu.

Dnia 22 lutego 2013 r. Prezes Krajowej Izby Odwoławczej wezwał Impel Cleaning Sp. z o.o. do złożenia oświadczenia w przedmiocie wniesienia sprzeciwu. Dnia 22 lutego 2013 r. Impel Cleaning Sp. z o.o. wniósł sprzeciw od uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutów odwołania.

Na rozprawie wykonawca Impel Cleaning Sp. z o.o. złożył pismo procesowe z 4 marca 2013 r. Wskazywał w nim, że w odpowiedzi na odwołanie złożone przez Odwołującego wnosi o oddalenie odwołania jako bezzasadnego.

Podnosił, że za wstępie należy zwrócić uwagę na podstawową kwestię związaną kalkulacją Odwołującego. W wyniku poprawienia omyłki rachunkowej przez Zamawiającego

zmianie uległa cena oferty Odwołującego, która obecnie po korekcie wynosi 449 831,04 zł brutto. W konsekwencji powoduje to całkowitą dezaktualizację stanowiska Odwołującego i jego kalkulacji zawartych w odwołaniu, które dokonywane były w oparciu o pierwotnie zastosowaną cenę ofertową.

Po poprawieniu omyłki rachunkowej w ofercie Odwołującego - różnica między ofertą Przystępującego a ofertą Odwołującego stanowi zatem nieco ponad 20%, co jak widać z zestawienia cen w niniejszym postępowaniu we wszystkich częściach, nie może stanowić rażącej różnicy między złożonymi ofertami w postępowaniach dotyczących usług utrzymania czystości, gdyż taka różnica mieści się w ramach konkurencyjności ofert Wykonawców ubiegających się o uzyskanie zamówienia publicznego.

Dla porównania Przystępujący wskazywał, iż;

- w zadaniu nr VI - lokalizacja Komprachcice/PNW, Przystępujący zaoferował w tym zadaniu cenę w wysokości 211.008,99 zł. brutto. Zamawiający oszacował wartość zamówienia publicznego na kwotę 581 027,18 zł. Oferta Przystępującego została wybrana przez Zamawiającego, mimo iż cena oferty stanowi 36% wartości szacunkowej Zamawiającego;
- w zadaniu nr XIV - lokalizacja w Brzegu ul. Sikorskiego 22, Przystępujący zaoferował w tym zadaniu cenę w wysokości 370.854,10 zł. brutto. Zamawiający oszacował wartość zamówienia publicznego na kwotę 792.984,38 zł. Oferta Przystępującego została wybrana przez Zamawiającego, mimo iż cena oferty stanowi 46% wartości szacunkowej Zamawiającego.
- w zadaniu nr XVI - lokalizacja w Brzegu Pawłów, Przystępujący zaoferował w tym zadaniu cenę w wysokości 118.954,50 zł. brutto. Zamawiający oszacował wartość zamówienia publicznego na kwotę 235.037,16 zł. Oferta Przystępującego została wybrana przez Zamawiającego, mimo iż cena oferty stanowi 51% wartości szacunkowej Zamawiającego.

Każda umowa realizowana jest przez Przystępującego należycie zgodnie z wszystkimi wymaganiami Zamawiającego zawartymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Jak widać duże różnice między ofertami wykonawców, jak również cenami ofertowymi i wartością szacunkową zamówienia nie są niczym niezwykłym w przetargach na utrzymanie czystości. Proporcja ceny w stosunku do wartości szacunkowej zamówienia zawarta w ofercie Przystępującego nie różni się w sposób szczególny od innych takich proporcji dotyczących cen oferowanych przez Wykonawców w podobnych postępowaniach na terenie kraju.

Jako przykład Przystępujący wskazywał postępowanie prowadzone przez Zamawiającego: Jednostkę Wojskową nr 2286 Opole - Szumirad (por. pismo z wyborem z dnia 11.01.2013r.) Zamawiający przeznaczył 500.000,00 zł brutto (informacja z otwarcia ofert), a oferta Odwołującego została wybrana za kwotę 199 793,00 zł. czyli wartość stanowiącą 39,96% kwoty przeznaczonej. Różnica między ofertą Przystępującego tj. 433.654,00 zł, co stanowiło 87% ceny przeznaczonej, wyniosła około 47%.

Następnym argumentem o bezzasadności stanowiska Odwołującego jest próba wykazania przez Odwołującego istnienia rażąco niskiej ceny przez porównanie ceny oferty Przystępującego z ceną oferty Przystępującego złożonej w poprzednim postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego - organizatora niniejszego postępowania, jak również przez porównanie zakresu usług niniejszego przedmiotu zamówienia z poprzednim przedmiotem zamówienia. Istota tego poglądu sprowadza się do konstatacji, iż jeżeli w pierwszym postępowaniu o zakresie Zl Wykonawca zaproponował cenę Cl, to w drugim postępowaniu o zakresie Z2=Zl+Zn (Zn oznacza nowy dodatkowy zakres usługi), Wykonawca ma bezwzględny obowiązek zaproponować cenę C2=Cl+Cn (Cn oznacza cenę za nowy dodatkowy zakres usługi). Z argumentacji Odwołującego w tym zagadnieniu wywieść należy, że zmiana w drugim przetargu przedmiotu zamówienia, polegająca na zwiększeniu zakresu usługi, skutkować musi bezwzględnie zwiększeniem pierwotnie zaproponowanego wynagrodzenia. Nie sposób oprzeć się wrażeniu, iż między zakresami usług w tych dwóch postępowaniach istnieje pewna „logiczna" proporcja wyprowadzona przez Odwołującego, która powinna być uwzględniona w kalkulacji przez każdego wykonawcę, który zaplanował udział w drugim postępowaniu.

Według takiej tezy Odwołującego można wyprowadzić pogląd o konieczności zachowania stałej ceny albo swoiście pojmowany obowiązek niezmniejszania wynagrodzenia. Według takiego rozumowania Odwołującego - jeżeli wykonawca raz zaproponował cenę na określonym poziomie, to konsekwentnie w kolejnych postępowaniach nie może w żadnej sytuacji dokonywać jej obniżenia.

Słabość takiego stanowiska Odwołujący wyraża się w następujących aspektach: Odwołujący a priori wyłącza autonomię wykonawcy w kalkulacji ceny swojego wynagrodzenia. Odwołujący pomija całkowicie okoliczność, iż ceny Cl i C2 są ustalane w zupełnie innych warunkach ekonomicznych. Odwołujący nie dopuszcza z góry, iż cena Cl mogła być np. ustalona na wyższym poziomie, bo po prostu taka była suwerenna decyzja biznesowa Przystępującego, która została podjęta w określonym miejscu i czasie przy uwzględnieniu sytuacji organizacyjnej Przystępującego. Odwołujący nie dopuszcza możliwości zmian warunków dotyczących ceny, w szczególności warunków organizacyjnych

leżących po stronie Przystępującego, związanych z wykonaniem usługi dotyczących m.in. nowych technologii, inwestycji w nowy sprzęt itp. które z oczywistych względów służyć będą optymalizacji kosztów.

Absurdalność stanowiska Odwołującego potwierdza również poniższy przykład - w niniejszym postępowaniu w zadaniu XIII Wykonawca: Gwarant Agencja Ochrony S.A. zaproponował cenę na poziomie 2 456 509,21 zł. Idąc logiką Odwołującego, wykonawca ten znalazł się w bardzo trudnej sytuacji przetargowej, gdyż przyjmując tezę Odwołującego o „niezmienności" ceny raz już zaproponowanej w stosunku do określonego zakresu przedmiotu zamówienia, Wykonawca Gwarant nie może w kolejnych postępowaniach, o porównywalnym zakresie usługi, złożyć oferty na poziomie np. 700 000 zł. bo zgodnie z „zakazem Odwołującego" będzie to przesądzać o rażąco niskiej cenie.

Kolejnym argumentem o bezzasadności stanowiska Odwołującego jest próba wykazania przez Odwołującego istnienia rażąco niskiej ceny przez porównanie ceny oferty Przystępującego z własną kalkulacją Odwołującego i wartością szacunkową ustaloną przez Zamawiającego.

Jak już podniesiono, w wyniku poprawienia omyłki rachunkowej przez Zamawiającego w ofercie Odwołującego - zmianie uległa cena oferty Odwołującego, która obecnie po korekcie wynosi 449 831,04 zł. brutto. W konsekwencji powoduje to całkowitą dezaktualizację stanowiska Odwołującego i jego kalkulacji zawartych w odwołaniu, które dokonywane były w oparciu o pierwotnie zastosowaną cenę ofertową. Po poprawieniu omyłki rachunkowej w ofercie Odwołującego - różnica między ofertą Przystępującego a ofertą Odwołującego stanowi zatem nieco ponad 20%, co jak widać z zestawienia cen w niniejszym postępowaniu we wszystkich częściach, nie jest niczym niezwykłym w postępowaniach dotyczących usług utrzymania czystości i mieści się w ramach konkurencyjności ofert Wykonawców ubiegających się o uzyskanie zamówienia publicznego.

Wielokrotnie orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, jak i sądowe, wskazywało, że przepisy ustawy prawo Pzp nie definiują pojęcia rażąco niskiej ceny, ani nie wskazują, jakie kryteria należy brać pod uwagę, dokonując kwalifikacji pod to pojęcie (por. wyrok Sądu Okręgowego w Poznaniu z 12.06.2008r. - sygn. akt X Ga 140/08, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 marca 2009r. - sygn. akt KIO/UZP 249/09, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 marca 2009r. - sygn. akt KIO/UZP/ 284/09). Uzasadnienie odrzucenia oferty opierające się wyłącznie na porównaniu z cenami innych ofert oraz na porównaniu z własną kalkulacją warunków rynkowych nie jest wystarczające. Co istotne,

Odwołujący, nie posiadając szczegółowej wiedzy w zakresie technologii świadczenia usług utrzymania czystości stosowanej przez Przystępującego nie może przyjmować własnych wyliczeń opartych na zupełnie innym systemie wykonywania usług porządkowych.

Zgodnie z powyższym, w niniejszym postępowaniu Zamawiający prawidłowo uznał, iż oferta Przystępującego i jego wyjaśnienia przesądzają, iż cena oferty jest w pełni wiarygodna i umożliwia wykonanie przedmiotu zamówienia z uwzględnieniem wszystkich wymagań zawartych w SIWZ. Zamawiający dokonał wnikliwej oceny ofert w sposób indywidualny, w kontekście okoliczności danego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Przystępujący podkreślał, iż rażąco niska cena jest to cena niewiarygodna, oderwana całkowicie od realiów rynkowych. Przykładem może być oferowanie towarów poniżej kosztów zakupu lub wytworzenia albo oferowanie usług za symboliczną kwotę (por. Sąd Okręgowy w Katowicach w wyroku z dnia 30 stycznia 2007r. - sygn. akt XIX Ga 3/07). Brak uregulowania ustawowego definicji rażąco niskiej ceny, brak wyjaśnienia tejże definicji w dyrektywach oraz orzecznictwie ETS jednoznacznie wskazuje na trudność i indywidualność tego zagadnienia.

Jednocześnie sankcja odrzucenia oferty z powodu rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia musi być poprzedzona przez Zamawiającego wezwaniem do złożenia wyjaśnień zgodnie z przepisem art. 90 ustawy Pzp. Podobnie jak w przypadku braku definicji rażąco niskiej ceny, ustawodawca nie określił również przesłanek, jakie mają wskazywać na konieczność wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej przez niego w ofercie ceny. Każdorazowo zatem to Zamawiający rozważa, czy zachodzą podstawy do żądania wyjaśnień, a obowiązek taki zachodzi po strome Zamawiającego dopiero wówczas, gdy Zamawiający poweźmie wątpliwość co do tego, czy cena jest rażąco niska. Warto w tym zakresie przytoczyć wyrok SO w Olsztynie z dnia 09.12.2010r. - sygn. akt V Ga 122/10, zgodnie z którym „obowiązek taki zachodzi po stronie Zamawiającego wówczas, gdy poweźmie wątpliwość co do tego, czy cena nie jest rażąco niska. Jednak muszą to być wątpliwości uzasadnione, poprzedzone dokładną analizą oferty. Niewystarczające jest odniesienie do szacunkowej wartości zamówienia". W żadnym razie nie można natomiast uznać za prawidłowe działanie zamawiającego polegające na automatycznym wezwaniu do wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, gdy cena oferty różni się od wartości szacunkowej o określony przyjęty przez Zamawiającego procent, bez analizy, czy w istocie zachodzi podejrzenie zaniżenia ceny w sposób tak istotny, iż nie gwarantuje ona wykonania zamówienia.

Odnosząc powyższe rozważania do stanu faktycznego niniejszej sprawy, stwierdzić należy, iż w istocie Odwołujący nie wykazał nawet, aby zachodziły przesłanki uzasadniające wezwanie do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny w oparciu o art. 90 ust. 1 ustawy Pzp w stosunku do oferty Przystępującego. Udzielone przez Przystępującego wyjaśnienia zostały przez Zamawiającego w pełni uwzględnione. W treści odwołania Odwołujący skupił się wyłącznie na arytmetycznym porównaniu ceny oferty Przystępującego z wartością szacunkową Zamawiającego oraz z ofertą Odwołującego, przedstawiając kalkulację sporządzoną dla swojej ceny zawierającej omyłkę rachunkową.

Przystępujący podkreślał również, iż nieprawdziwym jest twierdzenie, że w treści jego wyjaśnień nie przedstawiono żadnych konkretnych okoliczności mających wpływ na zaoferowaną cenę.

Zamawiający nie żądał wyjaśnień tylko w pozycji utrzymanie terenów zielonych (zarzuty rażąco niskiej ceny poza tym nie mogą dotyczyć tylko jednego elementu wyceny oferty), tylko zwrócił uwagę, że w tej pozycji jest znaczna różnica między metrażem powierzchni w poprzednim a aktualnym zamówieniem - cytat "w szczególności należy zwrócić uwagę" oraz cytat „uwzględniając różnicę między cenami złożonymi w postępowaniu (dotyczy całego postępowania)..., i zmianę przedmiotu zamówienia Zamawiający zobligowany jest do wezwania do złożeniu wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny (cena - liczba pojedyncza - czyli chodzi o cenę całościową), w szczególności:

Dlatego tez, zwracam się o wskazanie w szczególności:

1. Oszczędności w metodzie wykonania zamówienia
2. Wyjątkowo sprzyjających warunków wykonania zamówienia dostępnych dla Wykonawcy
3. Wpływu pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów
4. Innych czynników kształtujących cenę".

Podkreślić należy bezwzględnie, iż Przystępujący udzielił odpowiedzi na wszystkie 4 wymienione powyżej pytania (por. wezwanie Zamawiającego w aktach sprawy) - odnosząc się do całości zamówienia, bo też o cenach całości zamówienia jest mowa w tym wezwaniu.

Odnośnie kosztów zaangażowania posiadanych już pracowników Przystępujący stwierdza, że prace wskazane przez Zamawiającego - zwłaszcza czynności do wykonywania na terenach zewnętrznych to prace okresowe związane w dużej mierze z warunkami pogodowymi: koszenie terenów zielonych, grabienie liści, odśnieżanie, czyszczenie rynien i dachów, odśnieżanie dachów. Przystępujący obsługuje, w zakresie świadczenie usług

porządkowo - czystościowych, na terenie Namysłowa (czyli 11 km od Jastrzębia) - kilka (9) obiektów (w tym: Browar Namysłów, Diehl Namysłów, Nestle Namysłów, Tauron Namysłów, Gazownia Namysłów i PZU Namysłów, PZU Życie Namysłów, Bank Zachodni WBK Namysłów, Provident Namysłów) gdzie zatrudnia łącznie 22 osoby, w tym 9 osób w niepełnym wymiarze czasu pracy (średnio ok. 0,5 etatu na 1 stanowisko). Nie ma więc potrzeby zatrudniania na stałe większej ilości pracowników na terenie Jednostki Wojskowej oraz dowożenia do Jastrzębia pracowników z lokalizacji bardziej odległych niż Namysłów (np. Brzeg, Opole czy Oleśnica). Stąd koszty dowożenia tych pracowników nie wstępują lub są dużo niższe niż w innych przypadkach, ze względu na fakt, że na terenie Namysłowa Przystępujący w ramach realizowanych już kontraktów, posiada już osobę do nadzoru, dysponującą opłaconym już samochodem, która można w ramach swoich zadań i ponoszonych już kosztów - może dowozić ludzi i sprzęt.

Pozostaje poza sporem, iż Przystępujący posiada status Zakładu Pracy Chronionej -informacja w załączeniu (zamawiający nie wymagał takiego dokumentu) - sprawę dotacji do zatrudnianych pracowników niepełnosprawnych regulują właściwe przepisy.

Przystępujący w wyjaśnieniach napisał, że wykonywał już prace na terenie Jednostki Wojskowej w Jastrzębiu. Obiekty, które wówczas były obsługiwane i teraz były przedmiotem przetargu to obiekty wojskowe i taką funkcję pełniły również wówczas, gdy usługę tę wykonywał Przystępujący. W związku z reorganizacją służby wojskowej administratorem tych obiektów wcześniej był Rejonowy Zarząd Infrastruktury (RZI) we Wrocławiu, a aktualnie Jednostka Wojskowa nr 4213 we Wrocławiu. Lokalizacja tych obiektów się nie zmieniła. Przystępujący startował również w poprzednim przetargu, w którym zamówienie pozyskał Odwołujący i audytowane już wówczas były przez niego również te tereny, których Przystępujący w swoim wcześniejszym zamówieniu nie realizowała.

Odnośnie pozycji kosztowych oferty, Przystępujący w swoich wyjaśnieniach dokładnie podał, że na wycenę usługi składały się, nw. pozycje kosztowe oraz kwoty w nich kalkulowane:

- koszty robocizny - 125.000,00 zł,
- koszty środków chemicznych i eksploatacyjnych - 117.000,00 zł,
- koszty narzędzi, sprzętu i maszyn - 32.000,00 zł,
- koszty usług dodatkowych - 25.000,00 zł
- koszy inne i zysk - 20.705,87 zł
- Łączna wartość usługi: 319.705,87 zł netto.

Szczegółowe kalkulacje, na podstawie których sporządzono ww. zestawienie Przystępujący przedstawił w załączeniu do swojego pisma (6 szt.).

Przystępujący wskazywał, że obsługuje na terenie kraju w zakresie usług porządkowo -czystościowych 9 mln m2 powierzchni, 6000 lokalizacji i zatrudnia bezpośrednio i pośrednio 14 000,00 pracowników. Biorąc pod uwagę powyższe dane oraz skalę prowadzonej działalności i świadczonych usług, udzielenie szczegółowej informacji na temat rabatów, jakie przy zakupie środków, materiałów i sprzętu uzyskuje Przystępujący na każdy wykorzystywany w realizacji takiego zamówienia element, jest nierealne - poza tym, koszty ich zakupu stanowią jeden z elementów objętych tajemnicę przedsiębiorstwa - w związku z powyższym podaliśmy w wyjaśnieniach, ze biorąc pod uwagę wielkość firmy, zakres działania i ilość realizowanych zadań otrzymujemy od dostawców dużo wyższe rabaty, które nie są dostępne innym odbiorcom.

Odnośnie wyceny kosztów usługi Odwołującego na podstawie arkusza Clean Express informujemy, że każdy z oferentów startujący w ww. przetargu stosuje swoje arkusze kalkulacyjne, swoje normy i wydajności jak i uwzględnia w tych kalkulacjach swoje sposoby organizacyjne realizacji takich zadać, na co dowodem jest fakt, że w żadnym zadaniu nie złożono dwóch identycznych ofert cenowych. Przedstawianie więc arkusza Clean Express jako wzoru nie powinno mieć więc tutaj miejsca.

Odnośnie wycen firm podwykonawczych jakie przedstawiał Odwołujący Przystępujący przedstawiał w załączeniu wyceny firm podwykonawczych, z którymi Przystępujący współpracuje lub współpracował na terenie Opolszczyzny przy realizacji takich zadań, i tak:
- firma Ochędzan z Namysłowa - 11.800,00 zł netto miesięcznie co daje za 11,5 miesiąca ok. 135.700,00 - firma ta realizowała zadanie dla Przystępującego na terenie tej jednostki wojskowej -jeszcze administrowanej przez RZI;
- firma Garden Service z Olesna - 170.099,23 zł - realizowała dla Przystępującego usługę na terenie Jednostki Wojskowej Opole - Szumirad,
-firma Tombud z Łosiowa - 195.500,00 (bez odśnieżania dachów) - realizowała dla Przystępującego usługę na terenie Jednostki Wojskowej w Brzegu.

Wycena Przystępującego w kalkulacji szczegółowej dla terenów zewnętrznych przedłożona w ofercie wynosiła (dla 11,5 miesięcy 267.441,24 zł netto), czyli dużo więcej niż kwoty zaproponowane przez naszych podwykonawców (oferty w załączeniu).

Mając powyższe na względzie Przystępujący stwierdzał, iż nie ma żadnych podstaw do uznania, iż cena w ofercie Przystępującego ma charakter rażąco niski.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska Stron i Przystępującego przedstawione pisemnie i ustnie na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny.

Dnia 9 stycznia 2013 r. zapadł wyrok w sprawie o sygn. akt KIO 2844/12, w którym KIO uwzględniła odwołanie Odwołującego i nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej dla Zadania 13 usługa utrzymania czystości - WAK/SOI - Jastrzębie (ok. Namysłowa) oraz wezwanie wykonawcy Impel Cleaning Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający był również zobowiązany do dokonania ponownego badania i oceny oferty wykonawcy Impel Cleaning Sp. z o.o. oraz dokonania wyboru oferty spośród ofert niepodlegających odrzuceniu. W wykonaniu tego wyroku Zamawiający pismem z dnia 30 stycznia 2013 r. wezwał Przystępującego do wyjaśnień W piśmie z Przystępujący wskazał:

"(...) przesyłamy w załączeniu szczegółowe rozbicie naszej propozycji cenowej oraz składamy poniżej wyjaśnienia do zaproponowanej przez nas ceny, która według nas uwzględnia wszystkie wymogi postawione w SIWZ i zakresy, wielkości i częstotliwości wykonywani usługi oraz w pełni gwarantuje należyte wykonanie przedmiotowej usługi:

1. Oszczędność metody wykonania usługi

- wpływ na zaproponowaną przez nas w niniejszym postępowaniu cenę ma kilka czynników, które szczegółowo przedstawiamy poniżej tj. wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne Wykonawcy, oryginalność projektu oraz wpływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.

2. Wyjątkowo sprzyjające warunki wykonania zamówienia dostępne dla Wykonawcy

- do realizacji niniejszego zamówienia zostaną zaangażowani zatrudnieni w pobliżu Jastrzębia już przez nas pracownicy, a którzy na dzień dzisiejszy nie są w pełni przez nas wykorzystywani. W związku z tym nie będą przez nas generowane dodatkowe koszty związane z zatrudnieniem nowych pracowników) (odzież robocza, odzież bhp, koszty opieki medycznej, obsługi personalnej itp.) oraz koszt związane z dowożeniem pracowników - oszczędność na kosztach robocizny ok. 20%.

3. Wpływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów

- Impel Cleaning jest zakładem pracy chronionej i z tego tytułu Impel zatrudni do obsługi ww. zamówienia pracowników posiadających status pracownika niepełnosprawnego. W

przypadku zatrudnienia pracowników ze stopniem niepełnosprawności Firma otrzymuje dofinansowanie do kosztów zatrudnienia i zakupu sprzętu, zgodnie z ustawą z dnia 27 sierpnia 1997 r. o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnieniu osób niepełnosprawnych Dz. U 97.123.776 z póź. zm. Uśredniona w okresie trwania kontraktu wysokość dotacji w sposób znaczący obniża koszty zatrudnienia, nawet o ok. 50%.

4. Inne czynniki kształtujące cenę

- Istotnym aspektem uwzględnionym przez nas w wycenie usługi był fakt wykonywania już wcześniej przez naszą firmę usługi w tej jednostce wojskowej - w Jastrzębiu, co pozwoliło nam wykorzystać pozyskaną wcześniej wiedzę na temat obiektów, terenów zewnętrznych oraz Państwa oczekiwań i wymogów w stosunku do firmy sprzątającej. Firma Impel Cleaning Sp. z o. o. biorąc pod uwagę powyższe przygotowała oferta rzetelnie, Obejmując swym zakresem wszystkie składniki cenotwórczą, które zostały przedstawione w załączonej tabeli (…).

„(…) Pragniemy również poinformować Zamawiającego, iż w swoich kalkulacjach nie kierujemy się cenami przedstawionymi w ofertach przez konkurencyjne podmioty czy też budżetem Zamawiającego - firma Impel obsługuje około 1500 klientów w 6000 obiektów w Polsce. Daje to koło 9 mln m2 powierzchni do sprzątania dziennego. Pozwala to na świadczenie usług na niskich marżach I kupowanie sprzętu oraz środków chemicznych po bardzo niskich i konkurencyjnych cenach wynegocjowanych bezpośrednio od producentów. Tak korzystne warunki u naszych dostawców możemy uzyskać dzięki zawieraniu dużych kontraktów o potężnym wolumenie ilościowym. Nie bez znaczenia jest fakt, że dzięki ciągłemu rozwojowi firmy korzystamy z najnowszych zunifikowanych technologii, które są bardzo wydajne i generują znaczne oszczędności w procesie realizacji usługi poprzez możliwość zastosowania ich na każdym obiekcie, w wyniku czego nie ponosimy wysokich kosztów wdrożeń, szkoleń, sprzętu etc."

W wyjaśnieniach zawarta była tabela Wykaz elementów składowych oferty- zadanie 13, w które wskazano na następujące koszty:

- koszty robocizny - 125 000 zł netto
- wartość zużytych środków chemicznych i eksploatacyjnych (w tym piasek i sól zimą) - 117 000 zł netto
- koszt narzędzi, sprzętu i maszyn - 32 000 zł netto
- koszt usług dodatkowych - 25 000 zł netto
- inne koszty (w tym koszty ogólne i zysk) 20 705, 07 zł netto
- Razem netto - 319 705,87 zł
- Razem brutto -353 122, 13 zł.

Zamawiający uznał wyjaśnienia Przystępującego za wystarczające i dnia 6 lutego 2013 r. poinformował o wyborze jego oferty w zakresie zadania 13.

Izba ustaliła ponadto, iż istotnie Zamawiający dokonał poprawienia oczywistej omyłki rachunkowej w ofercie Odwołującego, skutkiem czego cena uległa obniżeniu do kwoty 449 831,04 zł. Informacja o tym została przekazana pismem z 12 grudnia 2012 r., jak również taka cena widniała w informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej z 6 lutego 2013 r.

W oparciu o powyżej ustalony stan faktyczny Izba zważyła, co następuje.

Izba ustaliła, że nie zostały spełnione przesłanki odrzucenia odwołania określone w art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, braki formalne odwołania zostały usunięte w terminie oraz uiszczono od niego wpis.

Odwołujący spełnia także określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp materialno-prawne wymogi wniesienia odwołania. Złożył ofertę, która sklasyfikowana została na drugiej pozycji. W przypadku odrzucenia oferty Przystępującego, biorąc pod uwagę, iż cena jest jedynym kryterium oceny ofert, uzyskałby możliwość uzyskania przedmiotowego zamówienia, której na skutek zarzucanych naruszeń ustawy Pzp został pozbawiony.

Zgodnie z brzmieniem przepisu art. 192 ust 2 ustawy Pzp Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy Pzp, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Izba dokonawszy oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów, biorąc pod uwagę stanowiska Stron i Przystępującego przedstawione pisemnie i na rozprawie stwierdziła, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba uznała, że potwierdził się zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 90 ust. 3 ustawy Pzp w związku z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez wadliwą ocenę złożonych przez Przystępującego w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, a w konsekwencji zarzut zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego w oparciu o powyższą podstawę prawną.

Izba wskazuje, że zastrzeżenia Przystępującego co do wadliwie ustalonego w postępowaniu odwoławczym o sygn. akt KIO 2844/12 stanu faktycznego, tj. pominięciu okoliczności, że w wyniku poprawienia oczywistej omyłki rachunkowej cena oferty Odwołującego uległa obniżeniu z kwoty 526 693,11 zł do kwoty 449 831,04 zł, co stało się następnie podstawą dla uznania, iż m.in. ze względu na różnicę w cenach złożonych ofert zachodzi potrzeba wdrożenia procedury wezwania do wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1

ustawy Pzp, w niniejszym postępowaniu odwoławczym nie mogą być uwzględnione. Zasadność wezwania do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp została przesądzona wyrokiem KIO z 9 stycznia 2013 r. sygn. akt KIO 2844/12. Przystępujący jako uczestnik tego postępowania popierający stanowisko Zamawiającego, zdając sobie sprawę z wagi i potencjalnych niekorzystnych skutków wezwania do wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, miał możliwość wniesienia od niego skargi, z której to możliwości jednak nie skorzystał. Obecne postępowanie odwoławcze dotyczy innej czynności Zamawiającego w postępowaniu - oceny złożonych przez Przystępującego w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp wyjaśnień - toteż przedmiotem analizy Izby nie może być sama zasadność tego wezwania.

Należy zauważyć, iż zgodnie z art. 90 ustawy Pzp zamawiający w celu ustalenia, czy oferta zwiera rażąco niską cenę, zwraca się do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Zamawiający, oceniając wyjaśnienia, bierze pod uwagę obiektywne czynniki, w szczególności oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy, oryginalność projektu wykonawcy oraz wpływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów. Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Izba podziela pogląd KIO wyrażony w wyroku KIO 246/11, zgodnie z którym "(...) co do zasady istnieje domniemanie poprawności kalkulacji ceny zawartej w złożonej ofercie jak i domniemanie co do tego, że nie ma ona charakteru rażąco niskiej. To domniemanie zakłada, że oferty wskazują ceny za wykonanie zamówienia skalkulowane w sposób rynkowy, obejmujące wszystkie koszty wykonania zamówienia ponoszone przez wykonawcę, a także pewien zysk. Jednak z momentem powzięcia przez zamawiającego wątpliwości co do tego, czy w konkretnej sytuacji cena nie ma charakteru rażąco niskiej, i wyrażenia tej wątpliwości w formie wezwania na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp, powyższe domniemanie zostaje obalone i to na wykonawcy spoczywa ciężar wykazania, że cenę skalkulowano w sposób rynkowy. Rzeczą wykonawcy jest – w odpowiedzi na wezwanie wystosowane przez zamawiającego na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp – udzielenie wyjaśnień dotyczących okoliczności, które wpłynęły na wysokość zaoferowanej ceny, a brak tych wyjaśnień czy też złożenie wyjaśnień nieprzekonujących, że cena w danej sytuacji nie ma charakteru rażąco niskiej, skutkować powinny odrzuceniem oferty na podstawie art. 90 ust. 3 Pzp. Przedstawione przez wezwanego wykonawcę wyjaśnienia podlegają – w myśl art. 90 ust. 2 Pzp - ocenie zamawiającego i jako takie powinny być poddane analizie zmierzającej do ustalenia, czy

cena została skalkulowana poprawnie, czy też nosi ona znamiona rażąco niskiej. Z tego względu dla zakwalifikowania oferty do dalszego postępowania nie jest wystarczające złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, lecz wyjaśnień, które będą odpowiednio umotywowane, przekonujące, że zaproponowana oferta nie zawiera ceny rażąco. Powyższe determinuje wymóg, aby owe wyjaśnienia, o których mowa w art. 90 ust. 1 i 2 Pzp były wyczerpujące, miały charakter skonkretyzowanych do sytuacji wykonawcy, odnosiły się do tych elementów kalkulacyjnych, które miały wpływ na wielkość zawartej w ofercie ceny. Przepis art. 90 ust. 1 Pzp wyraźnie tutaj nawiązuje do elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. W rożnych sytuacjach, zależnie od przedmiotu zamówienia, czasu jego trwania, konieczne jest zaangażowanie różnych środków produkcji, a tym samym inne nakłady (elementy cenotwórcze) będą uwzględniane w kalkulacji ceny za wykonanie zamówienia, niemniej jednak zawsze cena jest pochodną przynajmniej kilku kosztów, które się na nią składają. Stąd wyjaśnienia dotyczące elementów oferty, które miały wpływ na kalkulację ceny winny wskazywać i omawiać przynajmniej podstawowe elementy cenotwórcze, jak przykładowo koszt pracowników, zaangażowania odpowiedniego sprzętu, czy wreszcie marżę wykonawcy. W przeciwnym wypadku wyjaśnienia będą miały charakter jedynie iluzorycznych i nie będą stanowiły wyjaśnienia elementów oferty, mających wpływ na wysokość cen". Ugruntowany jest także pogląd, iż złożenie wyjaśnień nazbyt ogólnych, nieprecyzyjnych, takich, które nie pozwalają zamawiającemu na faktyczną ocenę rzetelności kalkulacji ceny wykonawcy, jest zrównane w skutkach z niezłożeniem wyjaśnień, co z kolei nakłada na zamawiającego obowiązek odrzucenia oferty na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp w związku z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

W ocenie Izby wyjaśnienia złożone przez Przystępującego nie spełniają wyżej przedstawionych wymagań.

Przystępujący wraz z pismem z 4 marca 2013 r. przedstawił szczegółowe wyliczenia podanych w wyjaśnieniach kosztów - robocizny, środków chemicznych i eksploatacyjnych, narzędzi, sprzętu i maszyn, wskazał koszty usług dodatkowych z wyszczególnieniem tych usług, określił także koszty inne i zysk. Przedstawił także oferty firm podwykonawczych dotyczące wysokości świadczonych przez nie usług, mające na celu podważenie ustaleń kosztowych dokonanych przez Odwołującego. Należy jednak zauważyć, iż dokumenty te przedstawiane są dopiero na etapie postępowania odwoławczego przed Izbą. Nie były one dostępne Zamawiającemu w toku badania wyjaśnień złożonych przez Przystępującego i jako takie uznać je należy za spóźnione. Zasadą jest bowiem, że wyjaśnienia na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp składane są do zamawiającego w terminie wskazanym w wezwaniu. Uznanie za dopuszczalne zastąpienie przedmiotowych wyjaśnień pismem procesowym

składanym w toku postępowania odwoławczego, w którym zostanie zaprezentowany właściwy mechanizm kalkulacji ceny wraz z jej elementami, stanowiłoby naruszenie zasady równego traktowania wykonawców. Pisma składane w toku postępowania odwoławczego nie mogą stanowić substytutu wyjaśnień, o których mowa w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp – postępowanie odwoławcze ma na celu kontrolę poprawności czynności Zamawiającego, to jest oceny tych wyjaśnień, a w konsekwencji – decyzji o - w tym przypadku - zaniechaniu odrzucenia oferty (jej wyborze). Izba dokonuje zatem oceny prawidłowości czynności/zaniechania Zamawiającego, opierając się o posiadane przez niego informacje. W postępowaniu odwoławczym nie można tym samym dokonać skutecznego uzupełnienia wyjaśnień czy przedstawiania nowych dowodów, których przedstawienia zaniechano w toku postępowania przed Zamawiającym. Takie działania nie mogą odnieść niekorzystnego dla Odwołującego skutku, jako że skarży on określoną czynność/zaniechanie Zamawiającego podjętą /zaniechaną w określonym stanie faktycznym.

W ocenie Izby na podstawie wyjaśnień Odwołującego złożonych na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp nie sposób ustalić faktycznego sposobu kalkulacji ceny ofertowej ani przyjętych do tej kalkulacji założeń, w szczególności z punktu widzenia realizacji całego zakresu zamówienia – a w konsekwencji – czy cena ma charakter rynkowy. Nie może tych wyjaśnień zastąpić zamieszczona dopiero w piśmie procesowym szczegółowa kalkulacja.

Zamawiający w treści wezwania do wyjaśnień wyraźnie wskazał, iż jego wątpliwości budzi zaoferowana w niniejszym postępowaniu cena, która w stosunku do ubiegłorocznej uległa znacznemu zmniejszeniu przy równoczesnym zwiększeniu zakresu prac. Zamawiający zauważał, iż w szczególności należy zwrócić uwagę na pozycję dotyczącą utrzymania terenów zielonych - koszenie, które było w poprzednim postępowaniu w wysokości 110 700 m2, dwa razy w roku, a obecnie usługa polegająca na konserwacji i pielęgnacji terenów zielonych jest na poziomie 122 000 m2, z częstotliwością 2 razy w miesiącu, w sezonie trwającym od III-X w razie potrzeby częściej (zgodnie z przedmiotem zamówienia). Zamawiający wskazywał, że prowadzi to do zwiększenia kosztów oferty w danym elemencie cenowym, co ma bezpośrednie przełożenie na oferty globalnie. Zamawiający za ustawą Pzp zwracał się o wskazanie w szczególności:
- Oszczędności metody wykonania usługi
- Wyjątkowo sprzyjających warunków wykonania zamówienia dostępnych dla Wykonawcy
- Wpływu pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów
- Innych czynników kształtujących cenę.

Przystępujący w wyjaśnieniach odniósł się do czterech punktów podanych przez Zamawiającego.

Wskazując na oszczędności w metodzie wykonania usługi podał jedynie, że: "wpływ na zaproponowaną przez nas w niniejszym postępowaniu cenę ma kilka czynników, które szczegółowo przedstawiamy poniżej tj. wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne Wykonawcy, oryginalność projektu oraz wpływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów". Słusznie zauważał Odwołujący, iż zapowiadana przez Odwołującego konkretyzacja w dalszej części wyjaśnień faktycznie nie nastąpiła. W zakresie wybranych rozwiązań technicznych Przystępujący nie wskazał żadnej szczególnej dostępnej mu metodologii/rozwiązań technicznych pozwalających na realizację przedmiotu zamówienia z poczynieniem oszczędności. Powołanie się na "wybrane rozwiązania techniczne" było zatem gołosłowne. Z kolei za "wyjątkowo sprzyjające warunki wykonania zamówienia dostępne dla Wykonawcy" Przystępujący uznał, że "do realizacji niniejszego zamówienia zostaną zaangażowani zatrudnieni w pobliżu Jastrzębia już przez nas pracownicy, a którzy na dzień dzisiejszy nie są w pełni przez nas wykorzystywani. W związku z tym nie będą przez nas generowane dodatkowe koszty związane z zatrudnieniem nowych pracowników) (odzież robocza, odzież bhp, koszty opieki medycznej, obsługi personalne itp.) oraz koszt związane z dowożeniem pracowników - oszczędność na kosztach robocizny ok. 20%". Izba podziela stanowisko Odwołującego, iż z tak udzielonej informacji nie można wywnioskować, skąd się mają wziąć oszczędności. Brak też jest jakichkolwiek danych pozwalających Zamawiającemu na weryfikację podanego procentowego wpływu wymienionych czynników na koszty. Nie wskazano liczby pracowników proponowanych do wykonania przedmiotu zamówienia, nie podano także ilu pracowników nie w pełni wykorzystanych przy wykonywaniu innych zleceń zostanie przez Przystępującego zatrudnionych do prac u Zamawiającego. Ponadto powyższe wyjaśnienia wydają się niekompatybilne z treścią pisma procesowego Przystępującego, w którym uszczegóławiając koszty robocizny, wskazał na zatrudnienie 8 osób w pełnym wymiarze (4 na umowę o pracę i 4 na umowę zlecenie). Nie jest zatem wiadome, czy przy użyciu tych osób zamierza stale realizować zlecenie, czy też do wykonania zamówienia będą one angażowane równolegle z innymi zamówieniami, czy też wspomniane nie w pełni wykorzystane osoby będą angażowane do określonych robót w razie potrzeby. W ocenie Izby wyjaśnienia są tak enigmatyczne, że ustalenie rzeczywistego wpływu podanych okoliczności na cenę oferty jest niemożliwe. Przystępujący powołał się też na "wpływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów" ze wskazaniem, iż jest zakładem pracy chronionej i z tego tytułu zatrudni do obsługi ww. zamówienia pracowników posiadających status pracownika niepełnosprawnego, co umożliwia pozyskanie dotacji. Przystępujący wskazał, że: "Uśredniona w okresie trwania kontraktu wysokość dotacji w sposób znaczący obniża koszty zatrudnienia, nawet o ok. 50%". Izba zauważa, iż Przystępujący nie podał liczby pracowników z niepełnosprawnością,

jakich zamierza zatrudnić ani stopnia tej niepełnosprawności, nie wskazał także na wysokość planowanego wynagrodzenia. Zamawiający nie mógł zatem w żaden sposób zbadać, czy podane przez wykonawcę oszczędności mają charakter realny i czy dotyczą oszczędności w kosztach zatrudnienia ogółem, czy tylko w odniesieniu do pracowników niepełnosprawnych, za których dotacja przysługuje. Nie posiadając wiedzy o liczbie pracowników niepełnosprawnych oraz formuły ich zatrudnienia, podana przez Przystępującego wartość była niemożliwa do jakiejkolwiek weryfikacji. Jako "Inne czynniki kształtujące cenę" Przystępujący podał: "istotnym aspektem uwzględnionym przez nas w wycenie usługi był fakt wykonywania już wcześniej przez naszą firmę usługi w tej jednostce wojskowej - w Jastrzębiu, co pozwoliło nam wykorzystać pozyskaną wcześniej wiedzę na temat obiektów, terenów zewnętrznych oraz Państwa oczekiwań i wymogów w stosunku do firmy sprzątającej." Należy zauważyć, iż Zamawiający powyższej deklaracji w ogóle nie zweryfikował, choć z pewnością miał taką możliwość. Zamawiający jest bowiem następcą Rejonowego Zarządu Infrastruktury we Wrocławiu, który w poprzednich okresach zajmował się organizacją usługi sprzątania na terenie JW Jastrzębie. Wprawdzie Zamawiający pierwszy raz zorganizował przetarg na usługę sprzątania w Jastrzębiu na rok 2013, jednak nie była niemożliwą weryfikacja, kto i w jakim zakresie realizował tę usługę w latach poprzednich. Zamawiający i Przystępujący nie oponowali, że zakres obecnego zamówienia jest zdecydowanie szerszy i obejmuje dodatkowe tereny. Nie oponowali także twierdzeniu, że poprzednim wykonawcą usługi był Odwołujący. Ani Przystępujący ani Zamawiający nie przedstawili też żadnego dowodu, który podważyłby stanowisko Odwołującego, iż Przystępujący przed styczniem 2011 r. wykonywał usługę dla RZI Wrocław JW Jastrzębie w części administracyjnej, co stanowi około 20% obecnego zadania, natomiast nie wykonywał prac na tzw. terenie technicznym, ponieważ w RZI we Wrocławiu nie organizowało takiego przetargu. Nie podważono także twierdzeń, iż część terenu JW Jastrzębie nr 2 obejmuje obszar podlegający szczególnej ochronie i wątpliwe jest, aby Przystępujący mógł się z nim zapoznać. Odwołujący wskazywał, że teren nie był sprzątany przez firmy zewnętrzne w zakresie terenów utwardzonych oraz zielonych do dnia 24.01.2012 r., a od dnia 25.01.2012 firmą sprzątającą teren techniczny był Odwołujący. Przystępujący w żaden sposób nie dowiódł nawet w toku postępowania przed Izbą, jaki teren był faktycznie objęty jego usługą. Tym samym wysoce wątpliwym jest, aby mógł uzyskać szczególną wiedzę pozwalającą na obniżenie ceny oferty, zwłaszcza w porównaniu do aktualnego wykonawcy usług. Nie sposób podzielić również stanowiska, jakoby audytowanie terenu w ramach poprzedniego postępowania o udzielenie zamówienia, w którym oferta Przystępującego nie została wybrana, dawało mu jakąkolwiek przewagę przy ustalaniu ceny oferty. Wizja lokalna nie jest związana z faktycznym wykonywaniem zamówienia, toteż trudno przydawać jej jakikolwiek szczególny walor mający wpływ na kalkulację ceny. Przystępujący nie wskazał również, na

jakie elementy cenotwórcze wiedza ta miała rzeczywisty wpływ i w jakim zakresie. Twierdzenia Przystępującego należało zatem uznać za gołosłowne. Przystępujący powoływał się także na okoliczność, że z uwagi na skalę prowadzonej działalności ma możliwość świadczenia usług po niskich marżach i kupowania sprzętu oraz środków chemicznych po bardzo konkurencyjnych cenach wynegocjowanych bezpośrednio od producentów. Wskazywał także: "Tak korzystne warunki u naszych dostawców możemy uzyskać dzięki zawieraniu dużych kontraktów o potężnym wolumenie ilościowym. Nie bez znaczenia jest fakt, że dzięki ciągłemu rozwojowi firmy korzystamy z najnowszych zunifikowanych technologii, które są bardzo wydajne i generują znaczne oszczędności w procesie realizacji usługi poprzez możliwość zastosowania ich na każdym obiekcie, w wyniku czego nie ponosimy wysokich kosztów wdrożeń, szkoleń, sprzętu etc." Niewątpliwie można dać wiarę wyjaśnieniom Przystępującego, iż z uwagi na wolumen dokonywanych zakupów uzyskiwać może korzystne upusty, jednak faktyczny wymiar tychże upustów i ich wpływ na kalkulację ceny oferty nie został nawet uprawdopodobniony. Bez wątpienia tego typu informacje mogą stanowić tajemnicę handlową, skoro jednak wykonawca na takie okoliczności się powołuje, nie może poprzestać jedynie na twierdzeniach. Ponadto ma on możliwość zastrzeżenia poufności informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa i wówczas dostępne one byłyby tylko Zamawiającemu. Należy także zauważyć, że rabaty i upusty dostępne są także dla innych wykonawców. Skoro zatem Przystępujący powoływał się na szczególne, dostępne tylko dla niego warunki cenowe, winien na tę okoliczność przedstawić dowody. Co do korzystania z "najnowszych zunifikowanych technologii, które są bardzo wydajne i generują znaczne oszczędności w procesie realizacji usługi poprzez możliwość zastosowania ich na każdym obiekcie", powyższe określenie jest na tyle ogólnikowe, że Zamawiający nie mógł w żaden sposób ustalić, jaką faktyczną treść niesie. Nie jest bowiem wiadomym, jakie to technologie, jak realizowane i w jaki sposób wpływają na cenę oferty.

W wyjaśnieniach zawarta była także tabela Wykaz elementów składowych oferty-zadanie 13, w której wskazano określone koszty. Izba zauważa, iż wyszczególnienie kalkulacyjnych kosztów, bez uszczegółowienia sposobu i przesłanek ich wyliczenia, a także uwzględniając enigmatyczny opis niektórych z nich (np. koszt usług dodatkowych, inne koszty w tym koszty ogólne i zysk) dla Zamawiającego, który ma ocenić rynkowy charakter ceny ofertowej, w istocie nie jest przydatne. Nie daje mu bowiem żadnej wiedzy, jak wykonawca skalkulował cenę oferty, tj. jakie elementy przyjął do wyceny i jak tej wyceny dokonał. Wykonawca przedstawił jedynie efekt swoich kalkulacji, a nie podstawy dla ich dokonania. Dla Zamawiającego, który, jak wyjaśniał, wartość szacunkową przedmiotu zamówienia wyliczał w oparciu o cenę usługi za m2 powierzchni, podane przez

Przystępującego wartości nie były weryfikowalne. Przystępujący wskazał na ujęcie kosztów robocizny w kwocie 125 000 zł netto, jednak nie podał, co na powyższe koszty się składa (nie wskazał nawet ile osób planuje zatrudnić). Podobnie sam koszt zużytych środków chemicznych i materiałów eksploatacyjnych, koszt narzędzi, sprzętu i maszyn bez wskazania przewidywanych ilości, pozostaje wartością dla Zamawiającego abstrakcyjną. Co do podanych przez Przystępującego kosztów usług dodatkowych oraz innych kosztów (w tym koszty ogólne i zysk), ogólnikowość zastosowanych określeń uniemożliwiała ocenę, jakie elementy zostały objęte wyceną Przystępującego, a tym samym czy podane koszty są adekwatne do przedmiotu zamówienia i obejmują pełny jego zakres. Izba zwraca uwagę, że sam Zamawiający odniósł się do ceny oferty Przystępującego w poprzednim postępowaniu, oczekując wyjaśnień, w jaki sposób wykonawca zdołał ją tak znacząco obniżyć przy zdecydowanie zwiększonym zakresie zamówienia. Rację ma Przystępujący, że ceny podawane w jednym postępowaniu co do zasady nie stanowią odniesienia w kolejnych, jednak nie można pominąć okoliczności, iż kwestia ta została przez Zamawiającego podniesiona, a zatem uznawał ją za istotną, zaś w złożonych wyjaśnieniach Przystępujący do powyżej wątpliwości nie odniósł się w ogóle, w szczególności nie przedstawił stanowiska prezentowanego w piśmie procesowym z 4 marca 2013 r.

Izba podziela stanowisko Odwołującego, iż Zamawiający zaniechał faktycznego badania wyjaśnień Przystępującego, poprzestał jedynie na formalnym wykonaniu wyroku KIO z 9 stycznia 2013 r. sygn. akt KIO 2844/12 w odniesieniu do wezwania w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Potwierdzeniem dla tego ustalenia jest okoliczność, iż w toku postępowania przed Izbą Zamawiający nie podał, jakie okoliczności zdecydowały o uznaniu prawidłowości przedstawionych wyjaśnień ani w jaki sposób dokonał ich badania i weryfikacji. Zamawiający przyznał także, iż sama czynność uwzględnienia odwołania podyktowana była rozkładem ciężaru kosztów postępowania odwoławczego.

Biorąc pod uwagę powyższe, stwierdzić należy, że Przystępujący nie złożył wymaganych wyjaśnień, co obligowało Zamawiającego do odrzucenia jego oferty zgodnie z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, zatem zarzut podnoszony w odwołaniu się potwierdził. W świetle brzmienia art. 90 ust. 3 ustawy Pzp okoliczność, czy Odwołujący wykazał, że cena Przystępującego ma rzeczywiście charakter rażąco niski, nie decyduje o skuteczności powyżej przedstawionej podstawy dla odrzucenia oferty (ze względu na wadliwość wyjaśnień). Odmienne stanowisko nakładałoby na odwołującego się wykonawcę kwestionującego prawidłowość wyjaśnień (podnoszącego fakt, że wyjaśnienia nie zostały złożone) w każdym przypadku obowiązek wykazania nie tylko ich wadliwości, ale i rażąco niskiej ceny, co nie jest zgodne z literalną treścią przepisu. Należy podkreślić, iż art.

90 ust. 3 ustawy Pzp stanowi samodzielną przesłankę odrzucenia oferty, powiązaną jednak z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Wskazuje bowiem, że sytuacja braku wyjaśnień obliguje Zamawiającego do odrzucenia oferty co do której wykonawca nie dowiódł, iż wątpliwości Zamawiającego odnośnie ceny rażąco niskiej nie zostały obalone. Wykonawca nie wykluczył zatem, iż oferta rażąco niskiej ceny nie zawiera.

Izba nie zgadza się natomiast ze stanowiskiem Odwołującego, aby w przypadku konieczności odrzucenia oferty z uwagi na wypełnienie dyspozycji art. 90 ust. 3 ustawy Pzp ze względu na brak rzeczowych wyjaśnień utożsamiany w skutkach z brakiem wyjaśnień w ogóle, zaistniała równolegle podstawa do odrzucenia oferty jako stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji – art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. Jest to odrębna przyczyna odrzucenia oferty, toteż okoliczności przemawiające za jej zastosowaniem winny być przez Odwołującego wykazane. Zdaniem Izby Odwołujący dowodu na zaistnienie czynu nieuczciwej konkurencji w postaci dumpingu cenowego nie przeprowadził. Wskazywał, na spekulacyjny charakter cen Przystępującego, podając m.in. przykładowy kosztorys, z którego wynikało znaczne zaniżenie cen przez Przystępującego. W tym zakresie należy podzielić stanowisko Przystępującego, że każdy wykonawca, dokonując wyceny kosztów usługi, stosować może własne arkusze kalkulacyjne, własne normy wydajności oraz uwzględnia w kalkulacjach swoje metody organizacji pracy. Nie można zatem uznawać przedstawionego arkusza kalkulacyjnego za przesądzający dowód o minimalnym poziomie kosztów w ramach realizacji tego zamówienia, zresztą był to kosztorys przykładowy, co nie oznacza minimalny. Także wyceny firm podwykonawczych składane przez Odwołującego nie mogą być uznane za wystarczający dowód przesądzający dumpingowy charakter ceny. Różnorodność takich cen może wynikać z wielu czynników (np. współpracy między danymi podmiotami, odmienności technologii i organizacji), a ponadto Przystępujący wskazywał na wykonywanie zadania własnymi siłami.

Odwołujący poddawał też w wątpliwość możliwość uzyskania rabatów na poziomie, który w tak istotny sposób wpływałby na obniżenie ceny. Nie wykazał jednak możliwego jego zdaniem maksymalnego poziomu rabatów, a przez to i wpływu na cenę. Powyższe okoliczności świadczą o niewykazaniu przez Odwołującego podstawy do odrzucenia oferty, której złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji z uwagi na zastosowanie cen dumpingowych. Nie wykazał też, że oferta rzeczywiście i bez wątpienia miała cenę rażąco niską, co nie wyklucza jednak jej odrzucenia z uwagi na brak merytorycznych wyjaśnień udzielanych w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, jak było to wskazane powyżej (art. 90 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp).

W świetle powyższego na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy Pzp orzeczono jak w

sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 i 5 ust. 2 pkt 2 i ust. 4 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), obciążając nimi Przystępującego. Na podstawie § 5 ust. 2 pkt 2 przywołanego wyżej rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w przypadku uwzględnienia odwołania, jeżeli uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił po stronie zamawiającego, wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, Izba zasądza od wnoszącego sprzeciw równowartość kwoty wpisu na rzecz odwołującego oraz koszty, o których mowa w § 3 pkt 2 na rzecz odwołującego lub zamawiającego. Ponieważ wniosek o zasądzenie kosztów postępowania złożył zarówno Odwołujący, jak i Zamawiający, Izba uznała, że powyższy przepis § 5 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia daje podstawę zasądzenia tych kosztów na rzecz obu stron. Izba pominęła koszt przesyłki z 19 lutego 2013 r. w kwocie 3,8 zł, uznając, że jako dotyczący uzupełnienia braków formalnych odwołania, nie jest kosztem uzasadnionym i obciąża Odwołującego.

Przewodniczący: