

Sygn. akt 58/09

WYROK
z dnia 23 stycznia 2009r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki

Członkowie: Izabela Niedziałek
Marzena Teresa Ordysińska

Protokolant: Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **23 stycznia 2009r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **Przedsiębiorstwo Usług Wielobranżowych ŚMIGIEL Sp. z o. o., Olsztyńska 25, 45 – 260 Opole** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **PPUP Poczta Polska Centrum Infrastruktury Oddział Regionalny, pl. Oddziałów Młodzieży Powstańczej 7, 40 – 940 Katowice** protestu z dnia **22.12.2008r.**

przy udziale **XXX** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego **XXX** po stronie odwołującego się oraz **XXX** - po stronie zamawiającego*.

orzeka:

1 uwzględnia odwołanie i unieważnia czynność odrzucenia oferty Odwołującego.

2. kosztami postępowania obciąża PPUP Poczta Polska Centrum Infrastruktury Oddział Regionalny, pl. Oddziałów Młodzieży Powstańczej 7, 40 – 940 Katowice

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4 574 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy)

z kwoty wpisu uiszczanego przez **Przedsiębiorstwo Usług Wielobranżowych ŚMIGIEL Sp. z o. o., Olsztyńska 25, 45 – 260 Opole**

- 2) dokonać wpłaty kwoty **4574** zł 00 gr (słownie: **cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery**) przez **PPUP Poczta Polska Centrum Infrastruktury Oddział Regionalny, pl. Oddziałów Młodzieży Powstańczej 7, 40 – 940 Katowice** na rzecz **Przedsiębiorstwo Usług Wielobranżowych ŚMIGIEL Sp. z o. o., Olsztyńska 25, 45 – 260 Opole** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu **wpisu od odwołania.**
- 3) dokonać wpłaty kwoty xxx zł xxx gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty **10 426** zł **00** gr (słownie **dziesięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy**) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Przedsiębiorstwa Usług Wielobranżowych ŚMIGIEL Sp. z o. o., Olsztyńska 25, 45 – 260 Opole**

U z a s a d n i e n i e

Odwołujący - Przedsiębiorstwo Usług Wielobranżowych ŚMIGIEL sp. z o.o. w Opolu uczestniczący w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na wykonanie usługi sprzątnięcia powierzchni wewnętrznej i zewnętrznej, z wyłączeniem terenów zielonych, Węzła Eksploatacyjno-Rozdzielczego Poczty Polskiej w Zabrze, zarzucił Zamawiającemu – Poczcie Polskiej Oddział Regionalny w Katowicach naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 i 2, art. 89 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 4, art. 90 ust. 1 i ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący stwierdził, że jego oferta została odrzucona jako oferta zawierająca rażąco niską cenę wskutek prowadzenie postępowania w sposób uniemożliwiający zachowanie uczciwej konkurencji, gdyż oferty konkurencyjne, w tym wybrana jako najkorzystniejsza nie zostały uznane za oferty z rażąco niską ceną. Odrzucenie oferty nastąpiło bez podstawy prawnej i z niewłaściwym zastosowaniem art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, a ponadto Zamawiający niewłaściwie zastosował ar. 90 ustawy Pzp, gdyż zwrócił się do Odwołującego z żądaniem wyjaśnienia sposobu kalkulacji ceny przy braku podstaw do takiego działania i braku postaw do przypuszczenia, że oferowana cena stanowi cenę rażąco

niską. Zdaniem Odwołującego Zamawiający bezzasadnie odrzucił jego ofertę uznając za niewystarczające złożone wyjaśnienia.

Odwołujący wskazał, że składając ofertę zaoferował cenę za usługę w kwocie 989.474,57 zł brutto, natomiast Zamawiający oszacował wartość przedmiotu zamówienia na poziomie 1.314.253,92 zł, co oznacza, że cena ofertowa stanowi ok. 75,29 % wartości szacunkowej, co w kontekście cen innych ofert również niższych od szacunku dokonanego przez Zamawiającego powoduje wątpliwości co do prawidłowości ustaleń Zamawiającego i wskazuje na przeszacowanie. Ceny pozostałych wykonawców nie odbiegają przy tym od ceny Odwołującego. Odwołujący powołał stanowisko piśmiennictwa i orzecznictwa dotyczące rażąco niskiej ceny, w tym jako ceny całkowitej oferty, a nie poszczególnych pozycji kosztorysowych. Wskazał, że oferta wybrana jako najkorzystniejsza zawiera cenę 1.036.404,02 zł, która nie została uznana za rażąco niską. Odwołujący stwierdził, że mimo braku przesłanek, Zamawiający zażądał wyjaśnienia sposobu obliczenia ceny. Odpowiadając na to wezwanie wskazał, że zaoferowana cena nie odbiega od cen rynkowych, uwzględnił koszty związane z zatrudnieniem pracowników i zakupem niezbędnych środków chemicznych, wziął również pod uwagę wzrost cen o ok. 5% w stosunku rocznym. Wyjaśnienia te spełniły wymagania ustawy Pzp i potwierdziły, że zaoferowana cena za całość zamówienia nie jest rażąco niska. Odwołujący podkreślił również, że prowadzi działalność związaną z przedmiotem zamówienia i jest w stanie wykonać z zyskiem przedmiot zamówienia po cenie przez siebie zaproponowanej; wykazał to w załączonej do protestu kalkulacji szczegółowej. Wskazał nadto na nierówne traktowanie wykonawców, gdyż oferta z ceną wyższą o zaledwie 4,74% nie została uznana za zawierającą cenę rażąco niską.

Odwołujący podniósł, że dopiero w rozstrzygnięciu protestu Zamawiający wskazał, że podstawą odrzucenia oferty może być stawka za sprzątanie powierzchni wewnętrznej, jednak przedmiotem zamówienia jest wykonywanie kompleksowego utrzymania w czystości powierzchni wewnętrznych i zewnętrznych, a usługi te nie mogą być wykonywane oddzielnie; sam Zamawiający nie przewidział częściowego składania ofert. Odwołujący zaznaczył, że kryterium oceny ofert jest cena brutto za całość zadania, w świetle przytoczonego orzecznictwa, dla oceny, czy oferta zawiera rażąco niską cenę, konieczne jest rozpatrzenie ogólnej ceny oferty (ceny za całość zadania), a nie jej poszczególnych elementów.

Na rozprawie Odwołujący potwierdził, że Zamawiający znaczenie przeszacował wartość przedmiotu zamówienia, podobnie jak w poprzednim postępowaniu, na taki sam przedmiot zamówienia. Wskazał, że ceny złożonych ofert były zbliżone cenowo i wszystkie były niższe od szacunku Zamawiającego, w tym wykonawca, który wykonuje tę usługę. Oferta wybrana jest droższa o zaledwie niecałe 5 % brutto od oferty Odwołującego, a bez podatku od

towarów i usług, jego oferta jest nieznacznie droższa od oferty wybranej. Przy tak porównywalnych cenach ofert, Zamawiający nie miał podstaw żądać wyjaśnienia ceny, a także odrzucić oferty na podstawie art. 89 ust 1 pkt 4. Odwołujący powołał wyrok KIO 1511/08. Wskazał nadto, że wybrany wykonawca zaoferował 0,97 zł za 1 m kwadratowy powierzchni wewnętrznej. Po zapłaceniu wynagrodzenia pracownikom, nie będzie w stanie z pozostałej kwoty pokryć pozostałych kosztów sprzątnięcia powierzchni wewnętrznej. Koszty w tym zakresie, mogłyby być pokryte, gdyby kalkulowano co najmniej 2 zł za 1m kwadratowy powierzchni wewnętrznej.

Wskazując powyższe zarzuty Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia jego oferty i nakazanie dokonania wyboru oferty PUW ŚMIGIEL sp. z o.o. Jako oferty najkorzystniejszej.

Zamawiający wniósł oddalenie odwołania. Wskazał, że w prowadzonym postępowaniu oszacował wartość zamówienia na kwotę netto 1.314.253,92 zł, a za podstawę oszacowania przyjął średnią cenę z 10 ofert złożonych w maju 2008 roku na identyczny z obecnym, przedmiot zamówienia. Wykonawcy nie kwestionowali dokonanego oszacowania. Odwołujący nie kwestionował również wezwania go do złożenia wyjaśnień w sprawie zaoferowanej ceny oferty.

W prowadzonym obecnie postępowaniu, wszystkie, za wyjątkiem jednej, oferty zawierały ceny niższe o około 20 – 25% od wartości szacunkowej zamówienia. Zwrócił się, w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, do czterech wykonawców o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. Od dwóch wykonawców otrzymał szczegółową analizę kalkulacji ceny ofertowej.

Natomiast Odwołujący, zamiast szczegółowej kalkulacji uwzględniającej wszystkie koszty związane z wykonywaniem usługi ograniczył się do stwierdzenia: „Oferta naszej firmy została skalkulowana z uwzględnieniem wszystkich czynników cenotwórczych zawartych w warunkach zamówienia. I tak koszty pracownicze zostały skalkulowane na poziomie aktualnych cen rynkowych z uwzględnieniem wzrostu płac w ciągu roku, rzędu 5 %.

Podobnie przyjęliśmy wartość środków chemicznych oraz środków higieny, pracy sprzętu w tym amortyzacja maszyn.” Do tych wyjaśnień Odwołujący załączył kalkulację złożoną w innym postępowaniu przez firmę PRB Agro-Service Katowice. Zamawiający stwierdził, że na uczestniku postępowania spoczywa obowiązek złożenia wyjaśnień i udowodnienia, że oferowana cena jest efektem czynników obiektywnych. Otrzymanych lakonicznych i ogólnikowych wyjaśnień nie może uznać za wystarczające, przekonujące i odpowiednio umotywowane, a co za tym idzie, uznać ceny oferty za właściwą i wiarygodną. Brak wyjaśnień i kalkulacji potwierdził wątpliwości Zamawiającego i dał podstawę odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. W ocenie Zamawiającego Odwołujący,

w odróżnieniu od pozostałych wykonawców, nie skorzystał z możliwości wykazania poprawności obliczenia ceny swojej oferty.

Zamawiający zauważył, że w ofercie Odwołującego oszacowano sprzątnięcie 1 m² powierzchni wewnętrznej na 1 grosz, co jest szacunkiem niewiarygodnym i niemożliwym do realizacji. Zamawiający wskazał, że sam zakup środków impregnujących podłogę przemysłową w hali stanowi koszt nie mniejszy niż 50.000 zł brutto rocznie, zaś Odwołujący wycenił sprzątnięcie całej powierzchni wewnętrznej, wraz ze środkami czystości, na niecałe 5.000 zł brutto. Wskazując tę dysproporcję Zamawiający stwierdził, że w tym konkretnym przypadku wycena jednej z jedynie dwóch pozycji na niewiarygodnie niskim poziomie upoważnia do wniosku, że cena całej oferty jest rażąco niska. Zamawiający zauważył, że orzecznictwo KIO dotyczące rażąco niskiej ceny i elementów cenotwórczych odnosi się do przypadków kilkudziesięciu, kilkuset lub więcej pozycji składających się na cenę oferty. W jego ocenie brak wiarygodnych wyjaśnień potwierdził złożenie oferty z ceną rażąco niską – niższą o ok. 25 % od wartości szacunkowej i zawierającą nierealistyczną wycenę stawki za sprzątnięcie powierzchni wewnętrznej. Zamawiający wyjaśnił, że wielkość powierzchni wewnętrznej i zewnętrznej objęta zamówieniem, jest co do zasady stała.

Zamawiający wskazał również, że kalkulacja załączona do protestu, pozostaje w sprzeczności z kalkulacją ceny załączoną do oferty. Z porównania wynika znacząca różnica w kosztach czyszczenia powierzchni wewnętrznej. Wskazał na zróżnicowaną stawkę podatku VAT, która wynosi przy powierzchniach wewnętrznych 22%, a przy powierzchniach zewnętrznych 7%.

Po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania i oświadczeniami Stron, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie zasługuje na uwzględnienie. Jak wynika z przeprowadzonego postępowania w sprawie Odwołujący kwestionuje decyzję Zamawiającego, który odrzucił ofertę złożoną przez Odwołującego, jako ofertę z rażąco niską ceną tj. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych. Powołany przepis nakazuje odrzucić ofertę, jeżeli zawiera ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. W sprawie rozpatrywanej relacja ceny oferty Odwołującego w stosunku do wartości przedmiotu zamówienia kształtowała się następująco: 989.474,57 zł (cena oferty) i 1.314.253,92 zł – wartość szacunkowa przedmiotu zamówienia. Jak słusznie zauważył Odwołujący zaoferowana przez niego cena jest mniejsza o nieco ponad 24% od wartości szacunkowej ustalonej przez Zamawiającego; różnica ta jest równocześnie znacznie mniejsza przy porównaniu ceny ofertowej z ceną oferty wykonawcy, którego oferta została wybrana za najkorzystniejszą. Jednakże zgodnie z powołanym przepisem ustawy punktem odniesienia jest wartość przedmiotu zamówienia.

Rozważając kwestię, czy Zamawiający miał podstawy żądać wyjaśnień dotyczących ustalenia ceny od wykonawców, którzy złożyli oferty w postępowaniu należy zauważyć, że

obowiązek taki zachodzi wówczas, gdy zamawiający poweźmie wątpliwość co do tego, czy cena nie jest rażąco niska (por. wyrok SO w Katowicach z dnia 30 stycznia 2007 r. sygn. akt XIX Ga 3/07).

W okolicznościach rozpoznawanej sprawy skład orzekający Izby uznaje, że Zamawiający, który poprawnie, opierając się na dotychczasowym doświadczeniu, wyliczył wartość przedmiotu zamówienia, zasadnie zażądał takich wyjaśnień, a zwracając się do wszystkich wykonawców, których cena ofertowa jest niższa od oszacowanej, nie naruszył zasady równego traktowania wykonawców unormowanej w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Z chwilą otrzymania żądania wyjaśnień, na wykonawcy ciąży obowiązek udowodnienia, że zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niska. Zamawiający otrzymał co najmniej trzy wyjaśnienia od wykonawców, których ceny ofertowe były porównywalne. Z uwagi na lakoniczność wyjaśnień Odwołującego, nie uznał tych wyjaśnień za uzasadniające zastosowaną cenę. Natomiast uwzględnił wyjaśnienia wykonawcy, który zaoferował cenę nieznacznie tj. o niecałe 5% brutto wyższą od ceny ujętej w ofercie Odwołującego.

Potwierdziło się przy tym ustalenie wynikające z porównania kalkulacji cenowych złożonych przez wykonawców w formie załącznika do oferty, że wykonawcy odmiennie kalkulowali koszty czyszczenia powierzchni zewnętrznych i wewnętrznych, będących dwiema zasadniczymi częściami zamówienia. Jednakże różnica w cenie tych części po zsumowaniu ich stała się w efekcie końcowym nieznaczna. Okoliczność ta wskazuje, że omawiane ceny, jako porównywalne i zbliżone do siebie były cenami rynkowymi i realnymi, a zatem brak jest podstaw przypisania jednej z nich, a w niniejszej sprawie, cenie oferowanej przez Odwołującego, charakteru ceny rażąco niskiej. W konsekwencji skład orzekający Izby uznał, że Zamawiający jakkolwiek miał podstawy żądać od wykonawców wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1, wobec otrzymania od wykonawców wyjaśnień wskazujących, że wszystkie oferowane ceny są realne, podjął niesłuszną decyzję o odrzuceniu jednej oferty, tj. oferty Odwołującego. W świetle dokonanego ustalenia orzeczono, jak w sentencji wyroku uznając, że oferta Odwołującego nie zawiera rażąco niskiej ceny i jako taka powinna być poddana ocenie wraz z pozostałymi ofertami.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*