

Sygn. akt: KIO 2632/12

**WYROK**  
z dnia 14 grudnia 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Aneta Mlącka**

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **14 grudnia 2012 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 listopada 2012 r. przez wykonawcę **Usługi Komunalno- Transportowe Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe "SOFT" s.c P..... G....., M..... G....., 95 – 039 Sokolniki, ul. Konarskiego 34** w postępowaniu prowadzonym przez **Administracja Nieruchomościami Łódź-Polesie "Konstantynowska", 91 – 072 Łódź, ul. Św. Jerzego 10/12**

**orzeka:**

**1. Oddala odwołanie**

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Usługi Komunalno- Transportowe Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe "SOFT" s.c P..... G....., M..... G....., 95 – 039 Sokolniki, ul. Konarskiego 34** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Usługi Komunalno- Transportowe Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe "SOFT" s.c P..... G....., M..... G....., 95 – 039 Sokolniki, ul. Konarskiego 34** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od wykonawcy **Usługi Komunalno- Transportowe Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe "SOFT" s.c P..... G....., M..... G....., 95 – 039 Sokolniki, ul. Konarskiego 34** na rzecz zamawiającego **Administracja Nieruchomościami Łódź-Polesie "Konstantynowska", 91 – 072 Łódź, ul. Św. Jerzego 10/12** kwotę **3.600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero

groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika i dojazdu na rozprawę.

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

**Przewodniczący:** .....

UZASADNIENIE

Zamawiający Administracja Nieruchomości Łódź-Polesie „Konstantynowska” prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na świadczenie usług sprzątania terenów zewnętrznych i wewnętrznych w nieruchomościach. Ogłoszenie ukazało się w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 430418 - 2012 w dniu 02.11.2012 r.

Odwołujący Usługi Komunalno - Transportowe Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe SOFT” S.C. P..... G....., M..... G..... wniósł odwołanie od czynności podjętych przez Zamawiającego w postępowaniu t.j. uznania oferty Odwołującego jako zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, odrzucenia oferty złożonej przez Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 4 ustawy Pzp. Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, powtórzenia czynności badania i oceny ofert, w konsekwencji dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

W toku postępowania Zamawiający zwrócił się do Odwołującego z żądaniem złożenia wyjaśnień treści złożonej oferty. Wskazał, iż w treści oferty zastosowano cen jednostkowe na wykonanie usługi sprzątania wewnętrznego codziennego i okresowego w wysokości 0,05 zł za m<sup>2</sup> powierzchni sprzątanej. Zamawiający prosił o przedstawienie we wskazanym terminie kalkulacji ceny jednostkowej. W odpowiedzi na w/w pismo, Odwołujący udzielił wyjaśnień dotyczących elementów mających wpływ na wysokość ceny w złożonej ofercie. Przedstawił kalkulację kosztów dotyczących całego zamówienia w ujęciu jednego miesiąca. Wyliczył koszty zatrudnienia pracowników, składki ubezpieczeniowe, podatki, koszty zakupu materiałów, zakupu soli i piasku, jak również inne koszty. Z przedstawionej kalkulacji wynika, iż uśredniona cena ofertowa w skali 1 miesiąca wynosząca 19.636 zł, po odjęciu kosztów w wysokości 16.300 zł, pozwala na wygenerowanie przez Odwołującego średniego zysku w wysokości 3.336 zł/m-c. W złożonych wyjaśnieniach Odwołujący podniósł, że posiada niezbędne urządzenia, maszyny, narzędzia do realizacji przedmiotowego zamówienia, wobec tego nie przewiduje dodatkowych zakupów związanych z tym kosztów.

Przygotowany przez Zamawiającego arkusz kalkulacyjny wymagał przedstawienia przez Wykonawcę elementów cenowych, które składają się ostatecznie na oferowaną cenę zamówienia. Zamawiający nie dopuścił składania oferty oddzielnie na tereny wewnętrzne, zewnętrzne czy też zielone.

Odwołujący w wyjaśnieniu wykazał, że oferty pozostałych wykonawców są niższe średnio od 18 tys. do 33 tys. w stosunku od przedstawionej przez Wykonawcę kwoty przeznaczonej na realizację zamówienia. Powyższe w ocenie Odwołującego potwierdzać ma prawidłowy

stosunek cen ofertowych do oszacowanej przez Zamawiającego wartości przedmiotu zamówienia.

W ocenie Odwołującego złożone wyjaśnienia są rzetelne i wyczerpujące, odwołujące się do konkretnych okoliczności mających wpływ na kalkulację ceny ofert, i mogą być wystarczające do stwierdzenia, że cena oferty nie jest rażąco niska. Odwołujący podniósł, że w sytuacji odrzucenia oferty ciężar dowodu spoczywa na zamawiającym wywodzącym skutek ze swego twierdzenia o zaoferowaniu ceny rażąco niskiej, jednak podstawowym dowodem, na którym zamawiający opiera swoje twierdzenie, są wyjaśnienia wykonawcy udzielone na podstawie art. 90 ust. 1 Ustawy.

Odwołujący stoi na stanowisku, iż Zamawiający winien ustalić, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a nie w stosunku do składnika cenowego. Odwołujący argumentował, że literalne brzmienie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych sugeruje, że zamawiający może rozpocząć procedurę wyjaśniającą w sytuacji, gdy w jego ocenie zaproponowana cena, a nie poszczególne ceny jednostkowe wydają się być zamawiającemu zaniżone, jeżeli nie przekładają się one na cenę całkowitą.

Zdaniem Odwołującego nie jest więc uzasadnione zwracanie się o uzasadnienie kalkulacji poszczególnych cen jednostkowych oferty, nawet jeśli skalkulowano je na bardzo niskim poziomie, ale np. z racji wyższych cen w innych elementach taki sposób kalkulacji nie powoduje, iż cena oferty jest rażąco niska.

Odwołujący wywiódł pogląd, że zamiarem ustawodawcy było wyeliminowanie z postępowań o udzielenie zamówienia publicznego wykonawców, którzy oferują ceny nierealistyczne i nie będą w stanie zrealizować przedmiotu zamówienia. Zatem, w każdym przypadku zamawiający wyjaśniając, czy zaoferowana cena nie jest rażąco niska, powinien odpowiedzieć sobie na pytanie: czy za zaproponowaną kwotę wykonawca jest w stanie zrealizować zamówienie. Odwołujący argumentował, że przedstawił szczegółową kalkulację kosztów i wykazał, iż jest w stanie zrealizować zamówienia.

Odwołujący argumentował także, że jeśli Zamawiający pragnął rozpatrywać usługi samodzielnie winien przygotować postępowanie z podziałem na pakiety dla poszczególnych usług, tj. oddzielnie tereny wewnętrzne, zewnętrzne czy też zielone. Wówczas mógłby jak najbardziej rozpatrywać wysokość podanej ceny dla np. terenów wewnętrznych. Jak podkreślił Odwołujący, badaniu powinna podlegać możliwość realizacji przedmiotu zamówienia za łączne wynagrodzenie, które przedstawił wykonawca.

Wobec powyższego Odwołujący podniósł, iż złożył Zamawiającemu na tyle szczegółowe wyjaśnienia, że powinny potwierdzać, iż jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania.

**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron złożone w trakcie rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.**

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do wniesienia odwołania, zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp. Odwołujący złożył ofertę w przedmiotowym postępowaniu, a zatem ma możliwość uzyskania zamówienia.

W niniejszej sprawie Zamawiający powziął wątpliwość, czy zaoferowana przez Odwołującego cena za wykonanie usługi sprzątania wewnętrznego i okresowego nie jest ceną rażąco niską. W złożonej ofercie Odwołujący zaoferował bowiem wykonanie tej usługi za cenę w wysokości 0,05 zł za 1 m<sup>2</sup> powierzchni sprzątanej. Zgodnie z treścią punktu XII SIWZ, Zamawiający nałożył na wykonawców obowiązek określenia ceny na wszystkie poszczególne elementy zamówienia wymienione w formularzu cenowym (w tym na usługi sprzątania powierzchni zewnętrznych, usługi sprzątania powierzchni wewnętrznych, usługi sprzątania okresowego, usługi sprzątania w okresie letnim, usługi sprzątania w okresie zimowym). Zatem poszczególne usługi zostały przez zamawiającego wyodrębnione. Jak wyjaśnił Zamawiający miało to znaczenie z uwagi na fakt, iż na każde z tych usług, stosownie do stopnia realizacji, wystawiona zostanie odrębna faktura za każdy miesiąc. Jednocześnie Zamawiający wymagał, aby podana cena jednostkowa zawierała wszystkie koszty, takie jak cena, narzuty, zysk czy też koszty transportu. W toku postępowania Zamawiający dokonał czynności mających na celu sprawdzenie średnich cen rynkowych sprzątania powierzchni wewnętrznych na terenie województwa łódzkiego. Zamawiający zwrócił się do innych Zamawiających z prośbą o podanie wysokości cen wykonania usług sprzątania powierzchni wewnętrznych i sprzątania okresowego. Z danych uzyskanych przez Zamawiającego wynikało, że średnia cena realizacji tych usług wynosi 0,20 zł za 1 m<sup>2</sup> powierzchni sprzątanej, co oznacza, że cena ta czterokrotnie przewyższa cenę, jaką zaoferował Odwołujący. Wobec tego Zamawiający zwrócił się do Odwołującego w trybie art. 90 ust.1 ustawy Prawo zamówień publicznych o przedstawienie kalkulacji ceny jednostkowej na wykonanie usługi sprzątania wewnętrznego. Zamawiający, u którego powstała wątpliwość, czy zaoferowana cena nie jest rażąco niska, jest zobowiązany do wystąpienia do takiego wykonawcy z żądaniem udzielenia stosownych wyjaśnień. Ustawodawca nie wskazał, jak daleko może zamawiający wkraczać w treść oferty, żądając wyjaśnień wykonawcy. Ustawodawca w tym zakresie pozostawił swobodę zamawiającemu. Pytanie skierowane do wykonawcy powinno wskazywać elementy oferty, które w trakcie badania

oferty wzbudziły wątpliwości Zamawiającego i co do których Zamawiający oczekuje wyjaśnień.

W tym miejscu należy zauważyć, iż żądanie Zamawiającego odnosiło się do żądania przedstawienia kalkulacji ceny za jedną z usług. W ocenie Izby Zamawiający, który wyodrębnił poszczególne usługi, ma pełne prawo do żądania informacji, jak również przedstawienia kalkulacji za cenę realizacji tej usługi. Wynika to z faktu, iż zamówienie składać się miało z kilku rodzajów usług, a Zamawiający nakazał przedstawienie kalkulacji za poszczególne usługi, celem odrębnego rozliczenia. Podkreślić należy, że zgodnie z zapisami SIWZ podawane ceny wykonania usług powinny uwzględniać wszelkie koszty związane ze świadczeniem poszczególnych usług przez wykonawcę.

Zasadność działań Zamawiającego, który poddał badaniu ceny jednostkowe składające się na cenę zamówienia, potwierdza orzecznictwo sądowe. Zgodnie z wyrokiem Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z dnia 29 marca 2012 sygn. Akt C-599/10 „zamiarem prawodawcy Unii było ustanowienie względem instytucji Zamawiających wymogu by dokonywały one weryfikacji składowych elementów rażąco niskich ofert poprzez nałożenie na nie w tym celu obowiązku zażądania od kandydatów przedstawienia uzasadnienia koniecznego do wykazania, że oferty te są poważne.” Z powyższego wyroku wynika więc, że Zamawiający ma prawo oczekiwać od wykonawcy przedstawienia wyjaśnień w zakresie elementów składowych ceny.

Stosownie do wyroku Sądu Okręgowego w Częstochowie (sygn. VI Ca 464/05) „Oczywistym jest jednak, iż aby ustalić, czy cena jednostkowa jest rażąco niska konieczna jest analiza elementów na nią się składających (...). Zamawiający ustalając, czy zarzut rażąco niskiej ceny jest uzasadniony musi odnieść się do treści złożonych przez wybranego wykonawcę wyjaśnień, a tym samym do podanych w nich składników cenotwórczych. Bowiem to poszczególne ceny jednostkowe kształtują cenę oferty przesądzając tym samym o jej wysokości. Zarzut rażąco niskiej ceny rzeczywiście należy odnosić tylko do ceny całkowitej. Jednak „analizie pod kątem rażącego zaniżenia winny podlegać jednostkowe ceny za poszczególne prace”, bowiem „każdy koszt winien być wyceniony rzetelnie”.

W ocenie Izby Zamawiający ma prawo i obowiązek dokonywać oceny prawidłowości kalkulacji poszczególnych cen jednostkowych oferty i tym samym ma prawo oczekiwać wyjaśnień w tym zakresie od Odwołującego.

W odpowiedzi Odwołujący przedstawił kalkulację kosztów w ujęciu jednego miesiąca. Jednakże kalkulacja ta nie dotyczyła wyłącznie ceny na wykonanie usługi sprzątnia wewnętrznego, lecz ceny za wykonanie całego zamówienia. Treść wezwania Zamawiającego w sposób jednoznaczny wskazywała, iż Odwołujący przedstawić ma kalkulację dotyczącą proponowanych cen jednostkowych na wykonanie usługi sprzątnia

wewnętrznego. W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego Odwołujący powinien był więc taką kalkulację przedstawić. Przedstawiona przez Odwołującego kalkulacja w żaden sposób nie pozwala na ustalenie, jakie elementy zadecydowały o zaproponowaniu przez niego ceny wykonania usługi sprzątnięcia wewnętrznego w wysokości 0,05 zł za 1 m<sup>2</sup>. W przedstawionej kalkulacji Odwołujący nie wyodrębnił tej części usługi, która odnosiła się wyłącznie do sprzątnięcia wewnętrznego. Uznać więc należy, iż Odwołujący nie uczynił zadość żądaniu Zamawiającego. Odwołujący nie wskazał bowiem, dlaczego z tytułu wykonania usługi sprzątnięcia wewnętrznego zaproponował cenę podaną w ofercie w wysokości 0,05 zł oraz jakie czynniki wpłynęły na wysokość zaoferowanej ceny wykonania tej usługi. Uzasadnione jest więc twierdzenie, iż Odwołujący w istocie nie złożył wyjaśnień. Wyjaśnienia złożone przez Odwołującego nie zawierają bowiem żadnych istotnych okoliczności, które dotyczyłyby tych elementów oferty, w odniesieniu do których Zamawiający żądał złożenia wyjaśnień. Podanie przez Odwołującego kalkulacji całości ceny ofertowej nie pozwala na ustalenie, w jaki sposób przebiegała kalkulacja ceny tylko za sprzątnięcie wewnętrzne. Uznać więc należy, że złożone przez Odwołującego wyjaśnienia nie tylko nie pozwoliły na rozwianie wątpliwości Zamawiającego, czy zaoferowana cena nie jest ceną rażąco niską, ale także nie wniosły niczego istotnego do sprawy. Wszczęcie przez Zamawiającego procedury wyjaśnienia, czy Odwołujący nie zaoferował ceny rażąco niskiej spowodowało, iż na Odwołującym spoczywał ciężar wykazania, iż zaoferowana przez niego cena nie jest ceną rażąco niską. Wynika to wprost z art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, jak również z okoliczności, iż z faktu zaoferowania określonej ceny, Odwołujący zmierzał wywieść skutek prawny w postaci uzyskania zamówienia.

Jednocześnie podkreślić należy, iż wbrew twierdzeniu Odwołującego, cena jednostkowa miała znaczenie w trakcie realizacji zamówienia. Z § 4 ust. 2 wzoru umowy wynika, że według cen jednostkowych rozliczane miały być poszczególne usługi objęte treścią oferty, t.j. usługi za czynności codzienne wewnętrzne, czynności codzienne zewnętrzne, czynności okresowe, konserwację terenów zielonych w okresie letnim oraz za konserwację terenów zielonych w okresie zimowym. Do każdej faktury wystawionej przez wykonawcę z tytułu wykonanych w danym miesiącu usług dołączona miała być specyfikacja adresowo kwotowa wykonania usługi (§4 ust. 4 wzoru umowy). Powyższe zapisy wzoru umowy wskazują, iż ceny jednostkowe mają istotne znaczenie na etapie realizacji zamówienia i rozliczenia wykonawcy z tytułu wykonania zaoferowanych usług. Istotne znaczenie w niniejszej sprawie ma również fakt, iż sprzątnięcie powierzchni wewnętrznych objęte jest inną stawką podatku VAT niż sprzątnięcie powierzchni zewnętrznych i utrzymanie terenów zielonych. Zgodnie z ustawą o podatku od towarów i usług, sprzątnięcie powierzchni wewnętrznych opodatkowane jest podatkiem VAT według stawki 23%, natomiast sprzątnięcie powierzchni zewnętrznych i utrzymanie powierzchni zielonych wg stawki 8%. Odwołujący zaoferował więc cenę 0,05 zł

za metr kwadratowy w odniesieniu do tych powierzchni, które objęte są wyższą, 23% stawką podatku VAT.

W świetle powyższych okoliczności Izba uznała, że Zamawiający uprawniony był do żądania od Odwołującego przedstawienia wyjaśnienia ceny kalkulacji wykonania poszczególnej usługi, gdyż była ona wyodrębnioną usługą, rozliczaną osobno, a także w szczególności w sytuacji, gdy cena ta była kilkakrotnie niższa od ustalonych przez Zamawiającego średnich cen rynkowych. Jednocześnie fakt, iż Odwołujący nie przedstawił kalkulacji, jakiej zażądał od niego Zamawiający uprawniało Zamawiającego do zastosowania dyspozycji art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania. Na podstawie rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238) do kosztów postępowania odwoławczego Izba zaliczyła w całości uiszczony wpis, zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia.

**Przewodniczący:**

.....