

**WYROK**

**z dnia 10 maja 2012 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Emil Kawa**

**Protokolant: Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 maja 2012 r. w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 kwietnia 2012 r. przez wykonawcę **Impel Cleaning Sp. z o.o., ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław** w postępowaniu prowadzonym przez **„PKP Intercity” Spółka Akcyjna, ul. Żelazna 59a, 00-848 Warszawa,**

przy udziale:

- **Bogdana Kościelnego, prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą WIKO Handel-Uслуги Bogdan Kościelny, ul. Pokrętna 18, 05-515 Nowa Iwiczna** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,
- **wykonawcy Zakłady Usługowe „Wschód” Sp. z o.o., ul. Gospodarcza 1, 20-213 Lublin** zgłaszającego przystąpienie do postępowania po stronie zamawiającego,

**orzeka:**

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz odrzucenia oferty odwołującego Impel Cleaning Sp. z o.o., oraz nakazuje ponowne badanie i ocenę ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **„PKP Intercity” Spółka Akcyjna, ul. Żelazna 59a, 00-848 Warszawa** i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Impel Cleaning Sp. z o.o., ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław** tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.2. zasądza od **„PKP Intercity” Spółka Akcyjna, ul. Żelazna 59a, 00-848 Warszawa** na rzecz **Impel Cleaning Sp. z o.o., ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych, zero groszy) stanowiącą

koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz 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. 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 w Warszawie.

**Przewodniczący:** .....

## UZASADNIENIE

PKP INTERCITY S.A. zwany dalej „Zamawiającym”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. Kompleksowa usługa utrzymania czystości kolejowych wagonów osobowych i lokomotyw kursujących w pociągach spółki PKP Intercity S.A.

Postępowanie jest prowadzone w parciu o przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, z późn. zm.) zwanej dalej w skrócie Pzp lub ustawą.

W dniu 17 kwietnia 2012 r. - wykonawca Impel Cleaning Sp. z o.o , zwany dalej „Odwołującym lub „ICL”” otrzymał od Zamawiającego za pośrednictwem elektronicznej poczty, informację o wykluczeniu go z postępowania w zakresie zadań „B i E”, oraz odrzucenia jego oferty w zadaniu „B” z uwagi na zaferowanie na to zadanie ceny rażąco niskiej.

Wobec powyższego we wniesionym odwołaniu Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, rażące naruszenie przepisów ustawy Pzp, mające wpływ na wynik postępowania, a mianowicie :

1. Art. 7 ust. 1 w zw. z art. 22 ust. 4 ustawy Pzp, poprzez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców w zakresie bezpodstawnego wezwania do uzupełnienia oferty.
2. Art. 9 ust. 1 ustawy prawo zamówień publicznych poprzez naruszenie zasady zachowania pisemności postępowania przetargowego,
3. Art. 24 ust. 2 pkt. 4 oraz Art. 24 ust. 4 ustawy Pzp, poprzez wykluczenie wykonawcy ICL z postępowania z uwagi na nie wykazanie się spełnieniem warunków udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego doświadczenia w zadaniu B i E oraz odrzuceni jego oferty, mimo że Odwołujący spełnia warunku udziału w postępowaniu.
4. Art. 24 ust. 3 w zw. z art. 92 ust. 1 pkt. 2 i 3, poprzez brak przedstawienia wykonawcy ICL pełnych informacji o podstawach wykluczenia z przedmiotowego postępowania oraz odrzucenia oferty - zaniechanie przez Zamawiającego wskazania uzasadnienia faktycznego i prawnego czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania oraz odrzucenia jego oferty.
5. Art. 89 ust. 1 pkt. 4 poprzez odrzucenie oferty wykonawcy ICL w zadaniu B z uwagi na rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Wnosząc powyższe zarzuty wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia czynności wykluczenia wykonawcy ICL z postępowania oraz odrzucenia jego oferty.
2. Unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.
3. Dokonania ponownej oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ofert ważnych.

Uzasadniając podniesione zarzuty Odwołujący odniósł się łącznie do zarzutów wskazanych w pkt 1- 4 i wskazał, że Zamawiający poinformował Odwołującego o wyborze ofert oraz o wykluczeniu Odwołującego ICL z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 4 ustawy PZP, z uwagi na nie wykazanie się spełnieniem warunków udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego doświadczenia w zadaniu B i E oraz odrzucenie oferty wykonawcy ICL w zadaniu B na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 4 z uwagi na rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Zamawiający w uzasadnieniu nie przedstawił Odwołującemu ICL pełnych informacji o podstawach jego wykluczenia z przedmiotowego postępowania w zadaniu B i E na podstawie przepisu art. 24 ust. 2 pkt. 4 ustawy PZP z uwagi na nie wykazanie się spełnieniem warunków udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego doświadczenia, a co za tym idzie odrzucenia jego oferty, do czego był zobowiązany. Odwołujący ICL, zwraca uwagę, iż zgodnie z dotychczasowym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej brak poinformowania Wykonawcy o przyczynach faktycznych i prawnych wykluczenia wykonawcy lub odrzucenia oferty stanowi naruszenie art. 92 ust. 1 pkt 2 i 3 ustawy PZP i może stanowić istotne naruszenie uprawnień wykonawcy do korzystania ze środków ochrony prawnej, co może mieć znaczący wpływ na wynik postępowania.

Stwierdził, że uzasadnienie podane w informacji o odrzuceniu oferty warunkuje zakres składanych przez wykonawcę środków ochrony prawnej. W oparciu o jego treść wykonawca formułuje zarzuty i wskazuje ich uzasadnienie. W przypadku braku uzasadnienia lub jego lakoniczność, utrudnia wykonawcy prawidłowe sformułowanie zarzutów, a tym samym w sposób istotny ogranicza jego ustawowe prawo do obrony swoich praw jako wykonawcy. W opinii Odwołującego brak podania przez Zamawiającego uzasadnienia faktycznego i prawnego swojej decyzji o wykluczeniu Odwołującego z przedmiotowego postępowania - ograniczenie się przez Zamawiającego tylko do bardzo ogólnikowego stwierdzenia - stanowi rażące naruszenie przez Zamawiającego przepisu art. 91 ust. 1 pkt. 2 i 3 ustawy Pzp.

W zakresie zarzutu oznaczonego numerem 5 dotyczącego odrzucenia oferty Odwołującego w zadaniu B z uwagi na rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 4 Pzp, Odwołujący podniósł, że w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego - działającego na podstawie art. 90 ust 1 ustawy PZP, złożył wyjaśnienie, dotyczące elementów oferty, mających wpływ na wysokość ceny, celem wyjaśnienia, iż oferta przez niego złożona, nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia, a tym samym uwzględnia wszystkie koszty, których poniesienie jest niezbędne dla należytego wykonania zamówienia.

Wartość wycenionej przez Odwołującego usługi została przedstawiona Zamawiającemu w złożonej na **Zadanie B (Warszawa Grochów)** w dniu 20.02.2012 r. ofercie przetargowej.

Wartość oferowanej usługi została oszacowana i wyliczona z należytą starannością w oparciu o dane uzyskane od Zamawiającego w toku przeprowadzonej wizji oraz prowadzonego postępowania przetargowego. Zauważył, że Odwołujący to firma z ponad 20 - letnim doświadczeniem na rynku usług porządkowo -czystościowych, co uzasadnia jego stanowisko, że cena ofertowa oferowanych prac określona w ofercie przetargowej jest ceną realistyczną. Uwzględnia wszelkie koszty wytworzenia usługi zamówionej przez Zamawiającego w przetargu nieograniczonym. Odwołujący jako zakład pracy chronionej i firma największa w tym sektorze na rynku polskim jest w stanie realizować usługi na wysokim poziomie przy niewielkiej marży. Atutem Odwołującego ICL jest także możliwość korzystania z dotacji państwowych na zatrudnienie osób niepełnosprawnych.

Biorąc pod uwagę zakres przedmiotu zamówienia wskazany w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, oraz rodzaj usługi, Odwołujący opracował schemat pracy, kierując się wytycznymi zawartymi w Światowych Standardach dla branż czystości, korzystając ok. ze standardów ISSA 447 (447 Norm Czasów Sprzątania) oraz długoletnim doświadczeniem.

Odwołujący jest liderem na rynku usług porządkowo-czystościowych, co przekłada się na znaczące rabaty (nawet 50%) u dostawców zarówno materiałów higienicznych jak i środków czystości.

Posiadając status zakładu pracy chronionej to z tego tytułu zatrudni m.in. do obsługi ww. zamówienia pracowników posiadających status pracownika niepełnosprawnego, dzięki czemu w zasadniczy sposób obniża się rzeczywisty koszt wynagrodzeń.

Podniósł, że Odwołujący korzysta z dobrze opracowanych procedur i technologii sprzątania różnych obiektów, co pozwala na wydajniejszą pracę, a co za tym idzie obniżenie kosztów usługi, posiada opracowane metody sprzątania, a wieloletnie doświadczenie w zakresie realizacji prac porządkowo - czystościowych poparte referencjami od Kontrahentów różnych branż, powinno stanowić dla Zamawiającego potwierdzenie, iż zaproponowana przez Odwołującego cena została skalkulowana w sposób prawidłowy.

Zamawiający w złożonej na piśmie odpowiedzi na odwołanie w części dotyczącej zadania „B” wniósł aby w zakresie w jakim dotyczą one czynności lub zaniechań Zamawiającego związanych z wykluczeniem Odwołującego o ich nierozpoznanie jako bezprzedmiotowych. Wskazał, że Zamawiający pismem z dnia 8 maja 2012 r., przekazany wykonawcom (w tym Odwołującemu) w dniu 9 maja 2012 r. unieważnił czynność wykluczenia Odwołującego z postępowania w zadaniu B.

Odnosząc się do pozostałego jednego zarzutu odwołania, naruszenia art. 89 ust. 1 pkt. 4 Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego w zadaniu B z uwagi na rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, stwierdził, że w ocenie Zamawiającego nie znajduje on uzasadnienia, gdyż Zamawiający dokonał oceny złożonych przez Odwołującego w trybie art. 90 ust. 1 Pzp wyjaśnień z dnia 21 marca 2012 r. dotyczących rażąco niskiej ceny i uznał, że

oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia w zakresie tego zadania.

Przystępujący do postępowania Bogdan Kościelny, prowadzący działalność gospodarczą pod firmą WIKO Handel-Usługi Bogdan Kościelny, ul. Pokrętna 18, 05-515 Nowa Iwiczna zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego poparł stanowisko prezentowane przez Zamawiającego i wniósł o oddalenie odwołania.

**Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron postępowania i uczestnika zaprezentowane na piśmie i do protokołu rozprawy ustaliła co następuje.**

#### **Odwołanie zasługuje na uwzględnienie**

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Następnie Izba stwierdziła, że Odwołujący, wnosząc przedmiotowe odwołanie w dostateczny sposób wykazał swój interes w złożeniu niniejszego środka ochrony prawnej w rozumieniu przepisu art. 179 ust. 1 ustawy pzp, Jego oferta w oparciu o kryteria oceny ofert określone w siwz , gdzie jedynym kryterium była cena oferty jest ofertą z najniższą ceną i tym samym w przypadku uwzględnienia odwołania może zostać uznana za najkorzystniejszą w postępowaniu.

Również Przystępujący wykazał interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść strony do której w postępowaniu odwoławczym przystąpił, gdyż jego oferta została uznana za ofertę najkorzystniejszą w postępowaniu i uwzględnienie odwołania może zagrozić jego interesom, jako wykonawcy zamówienia.

Na wstępie Izba wskazuje, że do postępowania odwoławczego przystąpił również wykonawca Zakłady Usługowe „Wschód” Sp. z o.o., ul. Gospodarcza 1, 20-213 Lublin, po stronie Zamawiającego. Przystępujący ten, wybrany jako wykonawca dla zadania E, gdzie Odwołujący z tego postępowania został w oparciu o te same fakty, które spowodowały jego wykluczenie z postępowania na zadanie B, wykluczony z postępowania na część E. Tym samym był on zainteresowany, aby zarzut Odwołującego w zakresie jego wykluczenia, został przez Izbę oddalony.

Jednakże biorąc pod uwagę fakt, że Zamawiający unieważnił czynność wykluczenia Odwołującego z obu ww. postępowań to tym samym Przystępujący, który został dopuszczony przez Izbę jako uczestnik do niniejszego postępowania przed złożeniem przez Zamawiającego pisma o unieważnieniu wykluczenia Odwołującego, uczestniczył w rozprawie. Jednakże nie będąc zainteresowany rozstrzygnięciem co do pozostałego w sprawie zarzutu nie prezentował swojego stanowiska w zakresie podnoszonego zarzutu.

Ustalając stan faktyczny przedmiotowego postępowania oraz stanowiska stron i Przystępującego należy podać, że Zamawiający odnosząc się do ceny ofertowej wskazał, że Odwołujący złożył ofertę na zadanie B (punkt czyszczeń Warszawa Grochów II) za cenę miesięczną netto 208 869,50 zł., wynikającą z załącznika nr 4a, 4b oraz 4c do oferty. Zamawiający szacując wartość zamówienia, bazował na oferowanych w przetargach kwotach na realizację tego zadania w ciągu ostatnich lat. Oszacował miesięczną wartość świadczonej usługi na kwotę 380 555, 56 netto. Stwierdził że, w świetle powyższego w jego ocenie wskazana cena ofertowa jest ceną nierealistyczną z punktu widzenia skali złożoności zamówienia, a także trudności, specyfiki i zakresu prac, które składają się na jego realizację.

Zamawiający stwierdził, że biorąc pod uwagę iż z przyczyn oczywistych (zmiany stanu taboru) ilość wagonów planowanych do czyszczenia w poszczególnych latach się zmienia, szacując wartość zamówienia posłużył się wyliczeniem kwoty średniej wartości czyszczenia jednego wagonu. Zamawiający przyjął tę kwotę w wysokości 90,09 zł netto z czyszczenie jednego wagonu. Zaoferowana przez wykonawcę średnia wartość czyszczenia wagonu to jedynie 49.44 zł netto. Kwota ta wynika z załączników do oferty Odwołującego 4a, 4b, 4c i jest wynikiem podzielenia sumy łącznej miesięcznej wartości usługi z tych załączników (poz. 5) podzielonej przez sumę ilości czyszczonych wagonów w miesiącu.

Podniósł, że usługi stanowiące przedmiot zamówienia nie są świadczone po raz pierwszy na rzecz Zamawiającego, stąd ma on wiedzę o cenach kształtujących się na rynku, także na podstawie zawieranych wcześniej umów, i jest przekonany, że nie da się za tak niską cenę prawidłowo realizować umowy. Ceny zawieranych dotychczas umów w oczywisty sposób na przestrzeni lat zawierały pewne różnice, ale nigdy nie schodziły do poziomu nawet zbliżonego do ceny zaoferowanej przez Odwołującego. W umowie z 2009 r. zawartej w ramach ostatniego przetargu przed obecnie prowadzonym, średnia cena czyszczenia jednego wagonu dla punktu Warszawa Grochów II została określona na kwotę 81,77 netto.

Dodał, że Zamawiający szacując wartość zamówienia poprzez posłużenie się wyliczeniem kwoty średniej wartości czyszczenia jednego wagonu i przyjęciem tej kwoty do szacunków na poziomie 90,09 zł netto oszacował przedmiot zamówienia w sposób należyty, a tak duża dysproporcja pomiędzy szacowaną wartością a ceną oferty wskazuje na cenę rażąco niską. Stwierdził, że w złożonych w trybie art. 90 ust. 1 PZP wyjaśnieniach Odwołujący zawarł tylko ogólne informacje o kwotach kosztów jakie zamierza ponieść na realizację zamówienia w żaden sposób nie wyjaśniając z czego wynikają takie kalkulacje, które są w ocenie Zamawiającego zaniżone. Nie stanowią dostatecznych wyjaśnień ogólne stwierdzenia o uzyskiwanych rabatach, doświadczeniu, ilości klientów, sprzęcie a także wprowadzonych procedurach sprzątnia. Wskazane zamówienie kierowane jest tylko do doświadczonych wykonawców, którzy również posiadają klientów, procedury, sprzęt i kontakty handlowe

ułatwiający pozyskiwanie niezbędnych materiałów. Wyjaśnienia Odwołującego nie tłumaczą w żaden sposób wskazanej powyżej dysproporcji wynagrodzenia.

Ponadto wskazał, że według Odwołującego na obniżenie kosztów realizacji zamówienia mają wpływać dotacje z tytułu zatrudnienia osób niepełnosprawnych. Zamówienie ma być realizowane przez zatrudnione 42 osoby z orzeczeniem niepełnosprawności. W ocenie Zamawiającego oparcie personelu o osoby niepełnosprawne przy tego rodzaju usługi jest niedopuszczalne, gdyż wiązałoby się to z koniecznością zatrudniania takich osób w godzinach nadliczbowych, porze nocnej oraz w niedziele i święta, co jest niezgodne z przepisami prawa w tym zakresie. Ponadto Zamawiający zwrócił uwagę, że Odwołujący wskazał, że zamówienie będzie wykonywane przy udziale 42 osób. Wskazał, że zamówienie obejmuje czyszczenie 4242 wagonów miesięcznie, czyli ok. 141 wagonów dziennie. Na jedną osobę i to niepełnosprawną przypada zatem średnio wykonanie usługi czyszczenia dla ok. 3,5 wagonu dziennie, w tym mycie szyb, wycieranie luster, mycie ram, odkurzanie, wybieranie śmieci, itp. Oczywistym jest, że dla prawidłowej realizacji usługi konieczne jest czyszczenie jednego wagonu jednocześnie przez więcej niż jedną osobę. Zamawiający przykładowo zwraca uwagę, że maksymalny czas czyszczenia codziennego dla pociągu składającego się z 12 wagonów wynosi zaledwie 2 godz. 30 min. (Załącznik 5 do SIWZ). Biorąc zatem pod uwagę krótkie czasy czyszczeń określone w załączniku nr 5 do SIWZ, prawidłowe wykonanie usługi przy zatrudnieniu 42 osób i to niepełnosprawnych, z maksymalnie 8 godzinnym wymiarem czasu na dobę (40 tygodniowo), które nie mogą pracować w godzinach nadliczbowych, jest nierealne. Nadmieniał, że Zamawiający wymaga, aby praca była wykonywana w ciągu całej doby, także w porze nocnej, również w niedziele i święta. W świetle powyższego, w ocenie Zamawiającego Odwołujący przyjmując w kalkulacji zatrudnienie 42 osób nie skalkulował ceny w sposób prawidłowy, realny, z w uwzględnieniem wszystkich obowiązków wynikających zarówno z charakteru, wymiaru jak i zakresu usług mających być przedmiotem umowy z Zamawiającym.

Przystępujący odnosząc się do zarzutu odwołania, stwierdził, że popiera stanowisko prezentowane przez Zamawiającego i dodatkowo wskazał między innymi na fakt, że Odwołujący w zakresie sprzątnięcia wagonów nie posiada żadnego doświadczenia. Wskazał, że usługę objęta obecnym zadaniem wykonuje Przystępujący i przy sprzątnięciu średnio 2 850 wagonów zatrudnionych było 75 osób w pełnym wymiarze czasu pracy, co przy przeliczeniu  $75 \text{ osób} \times 168 \text{ godzin}$  – średnia ilość godzin w miesiącu i podzielone przez 2 850 wagonów daje wynik 4,5 godziny potrzebnego na posprzątnięcie jednego wagonu.

Odnosząc się do argumentu Odwołującego, że za tą cenę możliwe jest wykonanie zamówienia przy otrzymaniu dofinansowania na zatrudnienie osób niepełnosprawnych podnosi, iż jest to argument w żaden sposób nie wykazany przy pomocy dokładnego wyliczenia przez Odwołującego. Zdaniem Przystępującego, wpływ dofinansowania na



całkowity koszt wykonania zamówienia, jego zdaniem, jest niewielki, co chociażby wynika z porównania cen zaoferowanych za wykonanie zamówienia w zadaniu E.

Odnosząc się do wyjaśnień złożonych przez Odwołującego stwierdził, że Odwołujący nie zawarł w nich żadnych wyliczeń, ale posłużył się wskazaniem pewnych danych, które w żaden sposób nie uzasadniają, że cena zaoferowana przez Odwołującego nie jest ceną rażąco niską.

Przed merytorycznym rozpatrzeniem podniesionego zarzutu zasadne jest zdaniem Izby, odniesienie się do pojęcia rażąco niskiej ceny. W tym zakresie stwierdzić należy, że pomimo tego iż przepisy ustawy Pzp posługują się pojęciem rażąco niskiej ceny- pojęcie to zostało użyte przez ustawodawcę w art. 89 ust. 1 pkt 4 Pz.p., oraz w art. 90 ust 1-4 P.z.p., to jednak pojęcie to nie jest zdefiniowane w prawie polskim, ani w prawie unijnym.

W doktrynie i orzecznictwie przyjmuje się, że rażąco niska cena to taka, która odbiega od rzeczywistej wartości przedmiotu zamówienia, a różnica w tym zakresie nie będzie uzasadniona obiektywnymi względami pozwalającymi danemu wykonawcy bez strat i finansowania wykonania zamówienia z innych źródeł niż wynagrodzenie umowne, zamówienia tego wykonać. Cena rażąco niska jest więc ceną nierealistyczną, nieadekwatną do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, zakładającą wykonanie zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów i w takim sensie nie jest ceną rynkową.

Rażąco niską ceną nie jest zwykle taka cena, która w sposób znaczny odbiega poziomem od cen zaoferowanych przez innych wykonawców, wykazanie samej różnicy w stosunku do cen z innych ofert, nie spełnia wymogu możliwości uznania danej ceny za rażąco niską.

Mechaniczne porównywanie wartości zamówienia z cenami złożonych ofert nie daje podstaw do założenia *a priori*, że mamy do czynienia z ceną nierealną, co groziłoby nierzetelnym wykonaniem zamówienia w przyszłości. Powyższa zasada została wykazana w wyroku z 5 listopada 2008 roku (sygn. akt KIO/UZP 1137/08). We wskazanym wyroku KIO uznała, że dla oceny czy dana cena jest rażąco niska należy uwzględnić całokształt okoliczności występujących w sprawie, w tym specyfikę rynku, którego dotyczy realizowane zamówienie charakteryzującego się np. zmianą cen, agresywną polityką cen przedsiębiorstw działających w danym segmencie rynku. Odnoszenie ceny oferowanej do wartości szacunkowej zamówienia przy ocenie czy dana oferta jest ofertą z rażąco niską ceną nie jest wystarczające (wyrok KIO z 21 lipca 2008 roku, sygn. akt KIO/UZP 691/08). Nie ma bowiem żadnego wzoru matematycznego, który pozwoliłby ustalić, czy istnieje uzasadnione prawdopodobieństwo rażąco niskiej ceny. Cenę tę należy odnieść do konkretnego przedmiotu zamówienia (wyrok KIO z 18 lipca 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 671/08.).

Pojęcie rażąco niskiej ceny nie może odnosić się do wysokości założonego w danej cenie ofertowej kwoty zysku, ale do faktu możliwości wykonania przez tego wykonawcę

zamówienia zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia i warunkami jego wykonania, wskazanymi w postanowieniach SIWZ.

Niska cena zaferowana przez jednego wykonawcę wcale nie oznacza, że ta cena jest ceną rażąco niską za wykonanie danego zamówienia w ogóle, co nie wyklucza, że inny wykonawca, przy prowadzeniu odpowiedniej polityki kadrowo- płacowej za taką cenę, może przedmiot zamówienia wykonać. Tym samym fakt wystąpienia rażąco niskiej ceny należy zawsze oceniać indywidualnie, w odniesieniu do konkretnego wykonawcy.

Należy także wskazać, że przy dowodzeniu wystąpienia rażąco niskiej ceny, obowiązują ogólne zasady rozkładu ciężaru dowodu wynikające z przepisów ustawy Pzp i kodeksu cywilnego. Danych okoliczności dowodzić powinna strona, która je podnosi i na nie się powołuje, tym samym dowody w tym zakresie wykazać winien podmiot, który fakt wystąpienia ceny rażąco niskiej stwierdza i na niego się powołuje.

Na potwierdzenie powyższego, przywołać należy stanowisko z wyroku Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 30 stycznia 2007 r. (sygn. akt XIX Ga 3/07), gdzie Sąd stwierdził, iż w przypadku gdy brak jest rażącego zaniżenia ceny, to w sporze z wykonawcą obowiązują ogólne zasady dowodowe wynikające z art. 6 k.c..

Od momentu wezwania przez Zamawiającego, wykonawcę, w trybie art. 90 ust.1 Pzp ciężar udowodnienia, że zaferowana cena jest rażąco niska spoczywa na wezwanym wykonawcy. Złożenie wyjaśnień nie uzasadniających zaferowanej ceny jest zrównane w skutkach z nie złożeniem wyjaśnień i prowadzi do odrzucenia oferty.

Obowiązek złożenia wyjaśnień co do zarzutów rażąco niskiej ceny występujący po stronie wykonawcy, jest skorelowany ustawowo z obowiązkiem Zamawiającego dokonania wnikliwej oceny złożonych wyjaśnień.

To na wykonawcy ciąży obowiązek wykazania ,że zaferowana cena za wykonanie przedmiotu zamówienia nie jest zaniżona, a na Zamawiającym ciąży obowiązek wykazania powodów nie uwzględnienia złożonych wyjaśnień oraz odrzucenia z tego powodu oferty wykonawcy.

Izba biorąc pod uwagę ustalenia stanu faktycznego sprawy, stanowiska stron i Przystępującego, a także powyższe rozważania, podnosi iż zasadne są wątpliwości co do prawidłowości zaferowanej ceny w sytuacji kiedy cena zaferowana przez Odwołującego stanowi około 55% ceny oszacowania wartości zamówienia przez Zamawiającego. Jednakże porównanie zaferowanej w ofercie ceny do wartości przedmiotu oszacowania, jak i ceny innych ofert, może być tylko pewną wytyczną co do powzięcia wątpliwości czy zaferowana w ofercie cena w stosunku do przedmiotu zamówienia nie jest ceną rażąco niską. Natomiast nie może być wyznacznikiem przesądzającym o tym fakcie, gdyż nie jest zasadne przyjęcie założenia, że zarówno oszacowanie wartości zamówienia dokonane przez Zamawiającego, jak i wycena wartości tego przedmiotu zamówienia w innych ofertach są

prawidłowe i zawierają kwoty za które tylko, w danych warunkach gospodarki rynkowej możliwe jest wykonanie przedmiotu zamówienia.

Wskazać należy, że w przedmiotowym postępowaniu odnoszenie ceny z oferty Odwołującego do kwoty wartości oszacowania przedmiotu zamówienia, jak również do ceny oferty Przystępującego ( złożone zostały na to zadanie tylko dwie oferty) nie może być przesadzające co do rażącej ceny oferty Odwołującego.

Stwierdzić należy, że Przystępujący złożył ofertę z ceną oscylująca w granicach ceny za którą obecnie wykonuje przedmiotowe zamówienie, a wykonuje je w różnych okresach wg. załączonych umów od 2001 roku. Natomiast Zamawiający dokonał oszacowania wartości zamówienia na wskazaną kwotę, gdyż opierał się na przesłance , cyt „*bazując m.in. na oferowanych w przetargach kwotach na realizację tego zadania w ciągu ostatnich lat*”, oszacował na „*tyle ile płacił dotychczas*”, co nie może oznaczać, że tylko taki jest realny, minimalny, koszt wykonania przedmiotowego zamówienia.

Na potwierdzenie tego należy podnieść fakt, że Zamawiający oszacował wartość zamówienia w tym zadaniu na kwotę 380 555,56 zł netto, a Przystępujący złożył ofertę na kwotę 380 427,30 netto, czyli cena ofertowa odbiega tylko o 128,26 zł. od wartości oszacowania zamówienia.

Odnosząc się do wyjaśnień Odwołującego nie można im zarzucić jak to twierdzi Zamawiający i Przystępujący iż Odwołujący „*Powołał się jedynie na ogólniki oraz informacje o kwotach kosztów jakie zamierza ponieść na realizację zamówienia w żaden sposób nie wyjaśniając z czego wynikają takie kalkulacje*”.

Wskazać należy, że Odwołujący przedstawił w formie tabeli zestawienie kosztów rodzajowych których poniesienie jest niezbędne dla wykonania przedmiotu zamówienia.

Nie można zgodzić się zdaniem Izby, ze stanowiskiem Zamawiającego, że „zamówienie ma być realizowane przez Zatrudnione 42 osoby z „orzeczeniem niepełnosprawności”, gdyż Odwołujący w wyjaśnieniu dla Zamawiającego wskazał, że zatrudni do wykonywania zamówienia również osoby niepełnosprawne. Zasadne jest wyjaśnienie Odwołującego na rozprawie, że osób niepełnosprawnych będzie zatrudnionych najwyżej kilkanaście. Za takim stanowiskiem przemawia wskazana kwota dotacji z tytułu zatrudnienia osób z orzeczeniem niepełnosprawności – 14 800,00 zł miesięcznie.

Biorąc pod uwagę obowiązujące w tym zakresie przepisy stwierdzić należy, że od dnia 1 stycznia 2012 r. miesięczne dofinansowanie do wynagrodzenia pracownika niepełnosprawnego przysługuje w kwocie:

- 1) 170 % najniższego wynagrodzenia - w przypadku osób niepełnosprawnych zaliczonych do znacznego stopnia niepełnosprawności;
- 2) 125 % najniższego wynagrodzenia - w przypadku osób niepełnosprawnych zaliczonych do umiarkowanego stopnia niepełnosprawności;

3) 50 % najniższego wynagrodzenia - w przypadku osób niepełnosprawnych zaliczonych do lekkiego stopnia niepełnosprawności.

Kwota miesięcznego dofinansowania nie może przekroczyć kwoty 90 % faktycznie poniesionych miesięcznych kosztów płacy, a w przypadku pracodawcy wykonującego działalność gospodarczą, w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej 75% tych kosztów. Pracodawcy prowadzącemu zakład pracy chronionej przysługuje maksymalnie 100 % kwot dofinansowania, o których mowa wyżej. Przez koszty płacy rozumie się wynagrodzenie brutto oraz finansowane przez pracodawcę obowiązkowe składki na ubezpieczenia emerytalne, rentowe i wypadkowe naliczone od tego wynagrodzenia i obowiązkowe składki na Fundusz Pracy i Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych.

Tym samym nawet przy założeniu iż średnia kwota dofinansowania na jednego pracownika może wynieść około 1000,00 zł, to wskazana przez Odwołującego kwota 14 800,00 zł, daje możliwość dofinansowania nie więcej niż 15 etatów.

Również nie wydaje się zasadne kwestionowanie przez Zamawiającego na rozprawie kwoty z poz. 3 Kalkulacji kosztów, dotyczącej środków czyszczących oraz kosztów wody potrzebnej do mycia wagonów, gdzie Zamawiający stwierdził, że w dotychczas obowiązujących umowach koszt zużycia i odprowadzenia wody ponosił Zamawiający i średnia cena, jaką płacił za te media dotyczące jednego wagonu wynosiła około 7 zł. Zamawiający podniósł, że miesięcznie sprzątanemu będą podlegać 4 242 wagonów, co przy pomnożeniu tej liczby przez cenę samej wody i kanału, wskazuje, iż zaoferowana przez Odwołującego kwota przewidziana na ten rodzaj kosztu stanowi tylko ułamek kosztu rzeczywistego, gdyż Odwołujący przeznacza na pokrycie tych kosztów kwotę około 8 567,00 tys. zł.

Izba biorąc pod uwagę zarówno obowiązującą cenę 1m<sup>3</sup> wody /woda+kanał/, a także wskazane w załącznikach nr 4a, 4b, 4c ilości wagonów podlegających czynnościom mycia okresowego, czyszczenia codziennego i czyszczenia pobieżnego, zauważa, że nie jest możliwe biorąc pod uwagę iż kwota 7 zł odpowiadała cenie prawie 1000 litrów wody, aby w sytuacji kiedy myciu okresowemu w miesiącu podlega tylko 261 szt. wagonów, należało zużyć do mycia wagonów i uzupełniania poziomu wody ponad 4 miliony litrów wody. Tym samym za zasadne należy uznać twierdzenie Odwołującego iż jest to ilość nierealna i w żaden sposób nie potwierdzona przez Zamawiającego. Ponadto Izba stwierdza, że koszt zużycia wody został również ujęty w pozycji 4 Kalkulacji kosztów.

Podobnie również należy ocenić zarzut podniesiony przez Przystępującego iż w zadaniu E obejmujący region tzw. „ściany wschodniej” Odwołujący wycenił dużo wyżej średni koszt sprzątnięcia jednego wagonu niż w Warszawie, gdzie jak powszechnie wiadomo, koszty funkcjonowania firm są zdecydowanie większe. Zdaniem Izby pewnie Zamawiający i Przystępujący mieliby po części rację gdyby nie pominęli faktu, że w Warszawie czynności mycia wagonów objęte zamówieniem odbywają się zgodnie z załącznikiem nr 2 do SIWZ w jednym miejscu, natomiast w zadaniu E odbywać się będą w 8 miejscowościach oddalonych od siebie po kilkaset kilometrów, co w sposób niewątpliwy podraża koszty wykonania zamówienia.

Zdaniem Izby, stwierdzić należy, że Zamawiający w informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej nie odniósł się w żaden sposób do tych pozycji kosztów, kwitując je sformułowaniem iż , cyt. *”Na podstawie art. 89 ust.1 pkt. 4 oferta Impel Cleaning Spółka z o.o. w zadaniu B podlega odrzuceniu z uwagi na rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.”*

Tym samym Zamawiający w żaden sposób nie wykazał w swoim stanowisku, że cena oferty Odwołującego jest nierealna w aktualnych warunkach rynkowych, niemożliwa z punktu widzenia logiki, doświadczenia i racjonalności decyzji ekonomicznych przedsiębiorstwa, nie uwzględnia w zaoferowanej cenie zwyczajowo branych pod uwagę czynników cenotwórczych, własnego zysku, itp.

Stwierdzić należy, że po pierwsze ocena złożonych wyjaśnień i przekazanie ich wykonawcy stanowi podstawę do uznania za potwierdzony zarzut zaoferowania rażąco niskiej ceny (art. 90 ust. 3 Pzp), po drugie uzasadnienie podane w informacji o odrzuceniu oferty warunkuje zakres składanych przez wykonawcę środków ochrony prawnej. W oparciu o jego treść wykonawca formułuje zarzuty i wskazuje ich uzasadnienie. W przypadku braku uzasadnienia lub jego lakoniczność, fakt ten utrudnia wykonawcy prawidłowe sformułowanie zarzutów, a tym samym w sposób istotny ogranicza jego ustawowe prawo do obrony swoich praw jako wykonawcy.

Izba stwierdza, że wykonawca ma pełne prawo aby posiadać pełną wiedzę jakimi przesłankami kierował się Zamawiający odrzucając jego ofertę i wskazuje, że koncepcja ciężaru dowodu jest kategorią prawa cywilnego, a procedura odwoławcza w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jest z założenia postępowaniem spornym.

U jego podstaw leży założenie, że stan faktyczny niekwestionowany jest stanem odpowiadającym rzeczywistości. Dopóki nie zostaną przedstawione dowody wskazujące, że stan rzeczywisty jest nieprawidłowy, dopóty uznaje się, że jest on zgodny z prawem..

Tak więc na wezwanie Zamawiającego wykonawca winien udowodnić Zamawiającemu, że zaoferowana w ofercie cena nie jest ceną rażąco niską, a Zamawiający odrzucając z tego

powodu ofertę wykonawcy, winien w sposób bezsprzeczny wykazać, że złożone przez Odwołującego wyjaśnienia potwierdzają, że oferta zawiera rażąco niską cenę stosunku do przedmiotu zamówienia.

W sytuacji kiedy Zamawiający nie uwzględni złożonych wyjaśnień i odrzuca ofertę wykonawcy, to winien już na etapie oceny złożonych wyjaśnień w trybie art. 90 ust.2 Pzp wykazać argumenty przemawiające za ich nieuwzględnieniem. Cena podana w ofercie jest ceną rażąco niską jedynie wtedy, gdy Zamawiający wykaże to i uzasadni to zgodnie z ustawowym obowiązkiem w chwili gdy dokonuje odrzucenia oferty.

W tym zakresie należy wskazać, że rozprawa nie może stanowić zarówno kontynuacji procedury wyjaśniającej w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp jak również prezentowania przez Zamawiającego powodów które legły u podstaw jego decyzji o odrzuceniu oferty, skoro postępowanie odwoławcze przed Krajową Izbą Odwoławczą stanowi ocenę zakończonej już procedury wyjaśniającej na okoliczność zaoferowania rażąco niskiej ceny i przyczyn odrzucenia z tego powodu oferty.

Oferta wykonawcy może zostać odrzucona przez Zamawiającego z powodu zaoferowania w ofercie rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia gdy Zamawiający wykaże to i uzasadni zgodnie z ustawowym obowiązkiem, że w chwili gdy dokonuje odrzucenia oferty złożone przez wykonawcę wyjaśnienia potwierdzają fakt wystąpienia rażąco niskiej ceny.

Izba biorąc pod uwagę złożone przez Odwołującego wyjaśnienia stwierdza, że czynność Zamawiającego dotycząca odrzucenia oferty Odwołującego z powodu rażąco niskiej ceny była niezasadna a tym samym błędna. Zamawiający nie tylko nie uzasadnił swojego stanowiska podejmując czynność odrzucenia oferty, ale także w przekonywujący sposób nie wykazał i nie udowodnił podczas rozprawy przed KIO, że jego decyzja w tym zakresie była zasadna.

Tym samym podniesiony zarzut zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z treścią art. 192 ust.2 ustawy Prawo zamówień publicznych, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, co – ze wskazanych wyżej względów – miało miejsce w zakresie przepisów podniesionych w odwołaniu

Biorąc pod uwagę powyższe rozważania i ustalenia, Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie przepisów art. 190 ust.7, 191 ust.2 i 192 ust. 2 i 3 pkt.1 ustawy Pzp,

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt.1a) i 2b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku 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).

**Przewodniczący** .....