

**WYROK**  
**z dnia 19 czerwca 2012 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Lubomira Matczuk-Mazuś**

**Protokolant: Jakub Banasiak**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 czerwca 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 czerwca 2012 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Impel Cleaning sp. z o.o. i Hospital Serwis Partner sp. z o.o. sp. komandytowa, ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław, w postępowaniu prowadzonym przez Pomorskie Centrum Traumatologii im. M. Kopernika w Gdańsku, ul. Nowe Ogrody 1-6, 80-803 Gdańsk,**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Spółdzielnia Inwalidów Naprzód w Krakowie, ul. Żabiniec 46, 31-215 Kraków i „Izan+” sp. z o.o., ul. Przybosia 3, 91-170 Łódź,** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

**orzeka:**

**1. Oddala odwołanie.**

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Impel Cleaning sp. z o.o. i Hospital Serwis Partner sp. z o.o. sp. komandytowa, 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 wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Impel Cleaning sp. z o.o.**

**i Hospital Serwis Partner sp. z o.o. sp. komandytowa, ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław**, tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Impel Cleaning sp. z o.o. i Hospital Serwis Partner sp. z o.o. sp. komandytowa, ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław** na rzecz **Pomorskiego Centrum Traumatologii im. M. Kopernika w Gdańsku, ul. Nowe Ogrody 1-6, 80-803 Gdańsk**, kwotę **730 zł 00 gr** (słownie: siedemset trzydzieści złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz opłaty skarbowej od pełnomocnictwa.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 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 Gdańsku.

**Przewodniczący: .....**

## Uzasadnienie

Zamawiający, Pomorskie Centrum Traumatologii im. M. Kopernika w Gdańsku, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. Kompleksowe utrzymanie w czystości Pomorskiego Centrum Traumatologii (PCT) w Gdańsku.

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych, zwanej „ustawą”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 6 kwietnia 2012 r., nr 2012/S 68-112103.

Odwołujący, wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia - Impel Cleaning sp. z o.o. i Hospital Serwis Partner sp. z o.o. sp. komandytowa we Wrocławiu, wniósł odwołanie od czynności zamawiającego i zaniechania czynności, którym zarzucił niezgodność z podanymi przepisami ustawy: 1) art. 7 ust. 1 i 3 przez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców przy ocenie ofert i wyborze oferty najkorzystniejszej, 2) art. 87 ust. 1 przez zaniechanie wyjaśnienia, czy oferta wybranego wykonawcy, tj. konsorcjum firm: Spółdzielnia Inwalidów Naprzód w Krakowie oraz Izan+ sp. z o.o. w Łodzi, jest zgodna z treścią siwz, 3) art. 89 ust. 1 pkt 2, 3 i 4 oraz 6 ustawy w związku z art. 3 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, przez zaniechanie odrzucenia oferty uznanej za najkorzystniejszą, z uwagi na fakt, że jej treść nie odpowiada specyfikacji istotnych warunków zamówienia; zawiera rażąco niską cenę oraz jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, 4) art. 90 ustawy przez zaniechanie wyjaśnienia, czy cena skalkulowana przez wybranego wykonawcę nie jest ceną rażąco niską, 5) art. 91 ust. 1 w zw. z art. 87 ust. 1 i art. 90 ust. 1-3 ustawy przez wadliwy wybór oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący przedstawił wniosek (żądanie), co do rozstrzygnięcia odwołania - nakazanie zamawiającemu dokonania: 1) uchylecia wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez konsorcjum firm: Spółdzielnia Inwalidów Naprzód w Krakowie i Izan+ sp. z o.o. w Łodzi, 2) odrzucenia wybranej oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2, 3 i 4 oraz 6 ustawy; lub w razie nie uwzględnienia przez Izbę powyższego żądania 3) wezwania w trybie przepisu art. 87 ust. 1 i art. 90 ust. 1-3 ustawy wybranego wykonawcy do złożenia wyjaśnień, czy oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej oraz, czy w związku z tym nie doszło do popełnienia przez wybranego wykonawcę czynu nieuczciwej konkurencji, w

szczegółności przez wyjaśnienie, czy przedstawiona cena zawiera wszystkie koszty związane z realizacją usług, z uwzględnieniem kosztów osobowych niezbędnej obsady stanowiskowej na oddziałach w obu placówkach, kosztów zakupu środków czystości i dezynfekcyjnych, kosztów zapewnienia niezbędnego sprzętu oraz wyjaśnienie, czy wybrany wykonawca korzysta z jakichś dostępnych jemu rozwiązań obniżających koszty świadczenia usług, wyjątkowego *know how*, 4) ponownej oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ważnych ofert.

Odwołujący uzasadniając wniesienie odwołania wskazał:

I. Posiadanie interesu *prawnego* mającego wyrazić się w tym, że w razie uwzględnienia odwołania oferta odwołującego będzie stanowić ofertę najkorzystniejszą w postępowaniu oraz zachowanie terminu do wniesienia odwołania.

II. W uzasadnieniu odwołania odwołujący podał, że w postępowaniu doszło do naruszenia zasady równego traktowania stron, przez stawianie przez zamawiającego różnych wymogów wobec wykonawców, którzy złożyli oferty i w efekcie stosowanie wobec nich odmiennych sankcji prawnych w zbliżonych stanach faktycznych i prawnych. Odwołujący podniósł, że zamawiający w sposób subiektywny i arbitralny skorzystał z prawa do żądania wyjaśnień od wykonawców w zakresie sposobu kalkulacji ceny w złożonych ofertach. Zamawiający w dniu 18.05.2012 r. wezwał do wyjaśnienia, czy złożona oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, wyłącznie jednego wykonawcę, spośród tych, którzy złożyli oferty, tj. konsorcjum firm: Jantar sp. z o.o. oraz Jantar 2 sp. z o.o. W toku kolejnych działań, odrzucił ofertę tego wykonawcy, gdyż zdaniem zamawiającego zawierała rażąco niską cenę. Abstrahując od faktu, że decyzja zamawiającego była słuszna, odwołujący zarzucił zamawiającemu to, że zbadał w kwestii rażąco niskiej ceny tylko jedną ofertę, nie weryfikując ofert pozostałych wykonawców. W opinii odwołującego, czynność zamawiającego nie znalazła zrozumienia, tym bardziej, że oferta wybranego następnie wykonawcy, także budzi wątpliwości, czy nie posłużono się ceną rażąco niską. Zamawiający swoją decyzję o odrzuceniu oferty spółek Jantar uzasadnił tym, iż wykonawca nie obalił domniemania zamawiającego, co do złożenia oferty zawierającej rażąco niską cenę. Zamawiający samodzielnie nie sformułował żadnych zarzutów merytorycznych wobec sposobu obliczenia ceny przez tego wykonawcę. Odwołujący przyznał, że faktycznie wyjaśnienia spółek Jantar są ogólnikowe i uzasadniają decyzję zamawiającego o odrzuceniu oferty. Ale fakt, że zamawiający zobowiązał tylko jednego wykonawcę do składania wyjaśnień i obalania uzasadnionego domniemania, co do złożenia oferty z rażąco niską ceną, zwalniając z tego obowiązku wybranego wykonawcę, którego oferta także musi budzić uzasadnione wątpliwości, czy została prawidłowo sporządzona w odniesieniu do ceny, wskazuje na różne traktowanie wykonawców. Odwołujący stwierdził, że przepis art. 90 ustawy stanowi wyjątkowy instrument prawny,

który przenosi ciężar dowodzenia ze strony stawiającej zarzuty na stronę, której zarzut został postawiony. Ciężar udowodnienia braku istnienia przesłanek do odrzucenia oferty spoczywa na wykonawcy, zaś zamawiający decyduje czy wykonawca będzie zobligowany taki dowód przeprowadzić, czy też nie. Istotne jest, aby zamawiający ze swojego uprawnienia korzystał w sposób możliwie transparentny, uzasadniony okolicznościami faktycznymi i niedyskryminujący wykonawców. W ocenie odwołującego, przesłanki te nie zostały spełnione przez zamawiającego.

**III.** Odwołujący wskazał, że w sytuacji, gdy zamawiający przeznaczył na realizację zamówienia kwotę 25.253.296,00 zł, wybór wykonawcy, który oferuje wykonanie usługi za 22.452.392,66 zł, bez weryfikacji czy oferta jest prawidłowo skalkulowana, musi budzić wątpliwości. Odwołujący sformułował pytania co do oceny wybranej oferty w kontekście jej ceny i stosunku ceny do obliczeń zamawiającego w zakresie rynkowych kosztów usługi (różnica o ponad 10 %).

**IV.** Odwołujący podał, że zamawiający przy konstrukcji specyfikacji istotnych warunków zamówienia wskazał, że chce uzyskać oferty zapewniające prawidłowe wykonanie usługi przy zachowaniu reżimów właściwych dla placówek ochrony zdrowia, opisanych szczegółowo w załączniku nr A do siwz „Opis przedmiotu zamówienia”. W załączniku w pkt 8 zamawiający określił wymóg „przekazania Zamawiającemu przez Wykonawcę w ciągu 7 dni od dnia zawarcia umowy...” dokumentów opisujących koncepcję wykonania usługi w tym: koncepcję monitorowania jakości, procedury, plan higieny szpitalnej, przewidywana obsada stanowiskowa itp. Jednocześnie w rozdziale XVI siwz „Opis kryteriów wyboru ofert oraz sposób oceny ofert”, zamawiający podał w pkt 5, że udzieli zamówienia wykonawcy, którego oferta „odpowiada wszystkim wymaganiom zawartym w SIWZ”. Odwołujący sformułował pytanie o podstawę uznania przez zamawiającego, że wybrana oferta - bez dokumentów dotyczących opisu przedmiotu świadczenia usługi - odpowiada treści specyfikacji. Wskazał, że zamawiający rezygnując z badania treści oferty w trybie art. 87 i art. 90 ustawy, pozbawił się możliwości zweryfikowania, czy jego żądania - w zakresie jakości - zostały przez wykonawców uwzględnione w treści oferty. Rezygnując z wyjaśnienia oświadczeń wykonawców na etapie przed wyborem najkorzystniejszej oferty, zamawiający pozbawił się realnej możliwości wyegzekwowania tych obowiązków od wykonawcy już po podpisaniu umowy. Stwierdził, że to etap badania i oceny ofert jest tym momentem, w którym zamawiający powinien powziąć wszelkie informacje na temat sposobu funkcjonowania kontraktowanej usługi. Podniósł, że zaniechanie zamawiającego może skutkować koniecznością korzystania w przyszłości z postępowania sądowego i dochodzenia nieważności umowy. Odwołujący wskazał, że przedstawione stanowisko znajduje potwierdzenie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej. Zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby

Odwoławczej z dnia 10 listopada 2010 r., sygn. akt 2338/10 - celem art. 90 ustawy jest ochrona zamawiającego przed nienależytym wykonaniem zamówienia w przyszłości, wspieranie zasady uczciwej konkurencji w postępowaniach o zamówienie publiczne i dbałość o to, aby środki publiczne były wydatkowane efektywnie. 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. W wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 maja 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 704/10 wskazano, 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. Za ofertę z rażąco niską ceną uznaje się ofertę z ceną niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień, a zatem cenę odbiegającą od cen przyjętych, wskazującą na fakt wykonania zamówienia poniżej kosztów wytworzenia przedmiotu zamówienia. Celem wyjaśnień jest obalenie domniemania wynikającego z przepisu art. 90 ust. 1 ustawy, tj. wykazanie, że przedstawiona cena nie jest rażąco niska. W tym zakresie na wykonawcy spoczywa ciężar dowodu (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 sierpnia 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 1605/10). Konsekwentnie, w wyroku z dnia 23 grudnia 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 1443/08, KIO stoi na stanowisku, że „Wystąpienie do wykonawcy w trybie art. 90 ust. 1 ustanawia domniemanie prawne (*praesumptio iuris*) zaproponowania w ofercie ceny rażąco niskiej w stosunku do przedmiotu zamówienia. Wyjaśnienia wykonawcy mają doprowadzić do obalenia tego domniemania (...). W związku z ustanowieniem domniemania wystąpienia ceny rażąco niskiej, przy udzielaniu wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy, dowód braku zaoferowania ceny rażąco niskiej spoczywa na wykonawcy”.

V. Dalej odwołujący podał, że w uzasadnieniu dotyczącym odrzucenia oferty konsorcjum: Jantar - Jantar 2, zamawiający szczególną uwagę zwrócił na niewykazanie przez wykonawcę, iż jest w stanie wykonać usługę przy poziomie 106 pracowników. Odwołujący podniósł, że zamawiający nie posiada żadnej wiedzy o ilości pracowników przewidzianych do wykonania zamówienia przez konsorcjum Naprzód - Izan+. Okoliczność ta nie przeszkadzała w zaniechaniu weryfikacji oferty wykonawcy i uznaniu, że wszystkie wyliczenia tego wykonawcy są prawidłowe. Odwołujący również zwrócił uwagę na to, że różnica w cenie oferty odwołującego i oferty wybranej, to kwota 18.499,79 zł brutto w skali jednego miesiąca. Uwzględniając płacę minimalną na ten rok w kwocie 1.500 zł brutto, stanowi to w zaokrągleniu 10 etatów. Stwierdził, że taka różnica może być dużym niedoszacowaniem wartości usługi, brak takiej ilości etatów w obsadzie może zagrozić realizacji usługi na poszczególnych odcinkach w szpitalu, tym samym niesie za sobą ryzyko nienależytego i niestarannego wykonania profesjonalnych

czynności w toku realizacji zamówienia oraz powodować brak spełnienia wymagań zawartych w siwz (zał. nr A). Różnica w skali całego zamówienia to kwota: 887 989,92 zł brutto, biorąc pod uwagę, iż w trakcie realizacji usługi wzrośnie wskaźnik inflacji oraz ogólne koszty świadczenia, odwołujący uznał, że tym bardziej niedoszacowanie kwoty niesie za sobą ryzyko dla prawidłowej realizacji usługi. Ze względu na powyższe stwierdził, że domniemanie zawarcia rażąco niskiej ceny w ofercie Naprzód - Izan+ jest obiektywnie uzasadnione, a wezwanie wykonawcy do wyjaśnienia, czy cena jest rażąco niska - uprawnione i konieczne. W konsekwencji zauważył, że cena zaproponowana przez wybranego wykonawcę ma charakter rażąco niski. Cena ofertowa jest niewiarygodna i nierealistyczna w porównaniu do pozostałych ofert złożonych w postępowaniu, cen rynkowych podobnych zamówień, jak również kwoty, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na finansowanie zamówienia. Deklaracja wykonawcy w zakresie realizacji zamówienia za powyższą cenę, grozi zamawiającemu nienależytym wykonaniem lub niewykonaniem zamówienia w przyszłości. Kalkulacja wynagrodzenia na takim poziomie stanowi bezspornie czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisu art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003r. nr 153, poz. 1503, z późn. zm). Przepis ten stanowi, że czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odsprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców. Ponadto, działaniem spełniającym przesłanki uznania czynności przedsiębiorcy za czyn nieuczciwej konkurencji, jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy. Odwołujący stwierdził, że wybór wskazanej oferty świadczy o braku poszanowania prawa, obowiązujących reguł i mechanizmów oraz zasad ustalonych przez zamawiającego. Wniósł jak na wstępie.

Zamawiający wniósł w odpowiedzi na odwołanie o jego oddalenie i obciążenie odwołującego kosztami postępowania odwoławczego. Odnośnie zaniechania wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, zamawiający zarzucił odwołującemu całkowite pominięcie okoliczności, że cena oferty odwołującego, najdroższa w postępowaniu, jest jedynie wyższa od ceny oferty wybranej o 3,8%. W tym kontekście uznał, że całkowicie niezasadne jest twierdzenie, że cena oferty wybranej jest niewiarygodna i nierealistyczna w porównaniu do pozostałych ofert złożonych w postępowaniu. Powołując się na wyrok KIO z dnia 22 listopada 2011 r., sygn. akt KIO 2447/11 podał, że stwierdzenie różnic pomiędzy składanymi ofertami jest naturalnym objawem konkurencji i nie jest wystarczające dla wykazania rażąco niskiej ceny którejs z ofert. Wskazał również, że jako ofertę z rażąco niską ceną należy uznać ofertę z ceną

niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień, tj. cenę wskazującą na fakt wykonania zamówienia poniżej kosztów wytworzenia przedmiotu zamówienia. Uzasadnienie wszczęcia procedury wyjaśniającej z art. 90 ust. 1 ustawy występuje wówczas, gdy różnica w cenach ofert jest znacząca. W wyroku z dnia 25 marca 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 193/10, KIO/UZP 214/10, Izba wskazała, że taki obowiązek powstaje wobec ofert, których cena była niższa o 40%, 30% od wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o VAT. Zamawiający podniósł, że w prowadzonym postępowaniu nie miał podstaw do wszczęcia procedury wobec wybranej oferty, w sytuacji gdy jej cena przekraczała wartość szacunkową przedmiotu zamówienia powiększoną o VAT w granicach 10% i jednocześnie była niższa od oferty najwyższej o 3,8%. Różnicy tej nie można uznać za znaczną, zarówno w odniesieniu do wartości przedmiotu zamówienia powiększonej o VAT, jak też ceny drugiej oferty (złożonej przez odwołującego), jako jedynej pozostałej oferty ocenianej poza ofertą wybraną. Zamawiający podał też, że cena oferty odwołującego jest niższa od wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o VAT o 7%.

Zamawiający uznał również za niezasadny zarzut naruszenia art. 87 ust. 1 ustawy. W pierwszej kolejności wskazał, że zarzut jest ogólnikowy. Podniósł, że odwołujący nie wskazał jakie części wybranej oferty miałyby budzić wątpliwości. Stwierdził, że z uprawnienia wynikającego z tego przepisu zamawiający może korzystać jedynie wtedy, gdy w toku badania oferty powźmie wątpliwości dotyczące jej treści. Wskazał, że podczas starannego merytorycznego badania zawartości oferty, w tym czy wykonawca spełnia wymogi określone w siwz, nie powziął wątpliwości uprawniających zamawiającego do żądania wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy. Zamawiający uznał również, że niezasadny jest zarzut naruszenia zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Podniósł, że zaferowanie niższej ceny niż odwołujący, nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji, podając, że jest to przejaw wolnego rynku, a nie ograniczenie dostępu do zamówienia, powołał się na wyrok Izby z dnia 29 lutego 2012 r., sygn. akt KIO 342/12, wskazał również wyrok z dnia 13 marca 2012 r., sygn. akt KIO 406/12.

W piśmie złożonym składowi orzekającemu zamawiający podtrzymał stanowisko wskazując na niewielkie różnice w cenach dwóch ocenianych ofert, powołał się na wyrok z dnia 21 stycznia 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 1906/09.

Do postępowania odwoławczego przystąpili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia - Spółdzielnia Inwalidów Naprzód w Krakowie i „Izan+” sp. z o.o. w Łodzi po stronie zamawiającego, wnosząc o oddalenie odwołania w całości.



**Krajowa Izba Odwoławcza po przeprowadzeniu rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje.**

Odwołujący spełnia wymóg posiadania legitymacji czynnej do wniesienia odwołania (art. 179 ust. 1 ustawy), gdyż jego oferta jest jedyną ofertą poza wybraną w postępowaniu, podlegającą ocenie. Wyeliminowanie z postępowania wybranej oferty stwarzałoby odwołującemu możliwość uzyskania zamówienia.

Odwołanie podlega oddaleniu.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu ruszenie przepisów ustawy, które można połączyć w 2 grupy, jedna grupa to przepisy art. 89 ust. 1 pkt 2, 3, 4 i 6 ustawy w zw. z art. 3 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, w skrócie „uoznk”, które zobowiązują zamawiającego do odrzucenia oferty, druga grupa to przepisy, które uprawniają/zobowiązują zamawiającego do dokonania czynności, w okolicznościach wskazanych w tych przepisach: art. 87 ust. 1, art. 90 ust. 1-3, art. 7 ust. 1 ustawy. Konsekwencją naruszenia przepisów podanych w dwóch grupach, jest naruszenie art. 91 ust. 1 i art. 7 ust. 3 ustawy.

Odwołujący nie przedstawił dowodów, w rozumieniu art. 190 ust. 1 i 3 ustawy, ani przekonującego uzasadnienia, zarówno w odwołaniu, jak i na rozprawie w toku składania wyjaśnień, na poparcie zarzutów zaniechania czynności odrzucenia oferty, czy skorzystania z ustawowych uprawnień przez zamawiającego, tym samym naruszenia wyżej podanych przepisów. Wskazał jedynie, że różnica w cenie dwóch ocenianych ofert przekłada się na 10-etatowe zatrudnienie na podstawie stosunku pracy.

Sformułowanie zarzutu naruszenia przepisów obligujących zamawiającego do odrzucenia oferty, obciąża wykonawcę stawiającego zarzut, wymogiem udowodnienia istnienia przesłanek, które kształtują taki obowiązek po stronie zamawiającego.

Przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 zobowiązuje zamawiającego do odrzucenia oferty, której treść nie odpowiada treści siwz. Z istoty przepisu, orzecznictwa i piśmiennictwa w sprawie, jednoznacznie wynika, że treść oferty nie odpowiada siwz, gdy jest niezgodna w zakresie merytorycznym z treścią siwz, przewiduje inny zakres przedmiotu zamówienia, odmienny sposób wykonania niż wymagany w siwz, itp., a więc nie pozwala zamawiającemu osiągnąć zamierzonego celu. Zakres żądania zamawiającego wynikający z siwz, co do opisu treści oferty, którą należało złożyć w rozpoznawanym postępowaniu, nie pozwala uznać, że odwołujący udowodnił naruszenie wskazanego przepisu. Zamawiający nie żądał przedstawienia w ofercie opisu oferowanego zakresu usługi, czy sposobu jej wykonania, żądał zamieszczenia w formularzu ofertowym w pkt „III. Cena oferty” zobowiązania wykonawcy o treści: „Oferujemy wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie ze

szczegółowym opisem przedmiotu zamówienia oraz na warunkach określonych w projekcie umowy i złożonej ofercie...”. Załącznik nr A do siwz „Opis przedmiotu zamówienia”, który wskazuje odwołujący w odwołaniu, miał na celu przekazanie wykonawcom informacji co do zakresu usługi, która będzie przedmiotem umowy zawartej w wyniku przeprowadzonego postępowania oraz miał służyć do skalkulowania ceny oferty (fakty potwierdzone przez strony). Odwołujący formułuje zarzut naruszenia wskazanego przepisu, jak również pozostałych przepisów podanych w odwołaniu, na podstawie wysokości ceny wybranej oferty, niższej od ceny oferty odwołującego o 3,8% i niższej od ceny przedmiotu zamówienia w granicach 11%, w sytuacji, gdy cena oferty odwołującego jest niższa od ceny przedmiotu zamówienia o ponad 7%.

Przepis art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy zobowiązuje zamawiającego do odrzucenia oferty, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Odwołujący wskazał w zarzutach odwołania art. 3 ustawy. Zgodnie z wyrokiem Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z dnia 25 października 2006 r. sygn. akt I ACa 947/06, norma tego przepisu „jest klauzulą generalną spełniającą funkcję uzupełniającą i korygującą wobec pozostałych unormowań tej ustawy zawartych w art. 5-17 i zawierających stypizowane czyny nieuczciwej konkurencji. Oznacza to, że określone zachowanie, o ile nosi znamiona czynu nieuczciwej konkurencji, winno podlegać badaniu najpierw przez pryzmat przesłanek określonych w powyższych przepisach szczególnych. Dopiero zaś wówczas, gdy konkretne zachowanie nie wypełnia dyspozycji żadnego z powyższych deliktów szczególnych, powstaje potrzeba dokonania jego oceny na gruncie przesłanek z art. 3, zawierających uniwersalną postać czynu nieuczciwej konkurencji”. Podany w uzasadnieniu odwołania przepis art. 15 ust. 1 pkt 1 uoznk stanowi, że czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez: sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odsprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców. Wykazanie czynu nieuczciwej konkurencji z uwzględnieniem podanego przepisu, wymaga udowodnienia dwóch przesłanek, tj. sprzedaży poniżej kosztów świadczenia oraz, że sprzedaż ma na celu eliminację innego przedsiębiorcy z rynku, co połączone jest z dogłębną analizą gospodarczą wykonawcy, którego dotyczy zarzut (podobnie w wyroku Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 27 maja 2010 r. sygn. akt X Ga 122/10). Szczególny wydźwięk w przedmiocie ma jeden z wyroków Sądu Okręgowego w Warszawie, w którym uznano, że czynem nieuczciwej konkurencji jest zarządzanie cmentarzem za cenę 1 zł miesięcznie.

Należy podnieść, że odwołujący nie poparł dowodami zarzutu, iż wykonawca, którego ofertę wybrano jako najkorzystniejszą, przez zaoferowanie ceny oferty na określonym poziomie, utrudnia dostęp do rynku innym wykonawcom, przez których należy rozumieć w tym postępowaniu wyłącznie odwołującego. Żądanie, by zarzut popełnienia czynu

nieuczciwej konkurencji został uznany za udowodniony, wymaga przedstawienia dowodów (m.in. wyrok KIO z dnia 21 września 2010 r. sygn. akt KIO/UZP 965/09, utrzymany w mocy przez Sąd Okręgowy w Warszawie wyrokiem z dnia 9 lutego 2010 r. sygn. akt V Ca 2446/09).

Zgodnie z treścią przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej cena jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia. W opinii Urzędu Zamówień Publicznych dotyczącej rażąco niskiej ceny, zamieszczonej na stronie internetowej, odzwierciedlającej stanowisko orzecznictwa i doktryny, zawarto istotne wskazania służące ocenie rażąco niskiej ceny. Podkreślono, że podstawę oceny, czy cena oferty jest rażąco niska stanowi odniesienie ceny oferty do przedmiotu zamówienia. „Ustawa wprowadzając możliwość odrzucenia oferty przez zamawiającego z powodu rażąco niskiej ceny nie precyzuje jednak tego pojęcia. Nie definiują go również przepisy dyrektyw Unii Europejskiej będące u podstaw przedmiotowej regulacji. Znaczenia tego wyrażenia nie wyjaśnia również orzecznictwo Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości. Mając na względzie cel przedmiotowej regulacji wydaje się, iż za ofertę z rażąco niską ceną można uznać ofertę z ceną niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień.” (...). „Nieco odmiennie sytuacja przedstawia się w przypadku usług lub dostaw powtarzających się okresowo lub zamówienia dzielonego na części. Wiąże się to z odmiennym sposobem ustalania wartości szacunkowej przy tych zamówieniach. Przy ustalaniu wartości zamówienia na usługi lub dostawy powtarzające się okresowo zamawiający bierze pod uwagę łączną wartość zamówień okresowych jakich zamierza udzielić w określonym czasie (art. 34 ust. 1) a w przypadku zamówienia dzielonego na części łączną wartość zamówień dzielonego na części (art. 32 ust. 4).” W przedmiocie rażąco niskiej ceny zostało wydane liczne orzecznictwo Izby oraz sądów okręgowych (m.in. sygn. akt KIO 752/10 z dnia 11 maja 2010 r.). W wyroku z dnia 30 stycznia 2007 r. sygn. akt XIX Ga 3/07 Sąd Okręgowy w Katowicach orzekł, że „o cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy 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 lub wytworzenia albo oferowanie usług za symboliczną kwotę”.

Odwołujący nie wykazał podstaw do odrzucenia wybranej oferty, jako zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. W postępowaniu złożono 3 oferty, w tym oferta odwołującego zawierała cenę 23 340 382,46 zł, oferta wybrana 22 452 392,66 zł i oferta konsorcjum Jantar sp. z o.o. - Jantar 2 sp. z o.o., odrzucona z powodu nieuwzględnienia wyjaśnień, cenę 12 996 854,62 zł. Kwota przeznaczona na realizację zamówienia, to 25 253 296,00 zł. Na rozprawie potwierdzono, że różnica dwóch ocenianych ofert, tj. oferty odwołującego i oferty wybranej wynosi 3,8%, strony określiły, że ceny ofert w

stosunku do kwoty, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia (wartość zamówienia zwiększona o podatek VAT, a więc cena przedmiotu zamówienia) są niższe, oferty wybranej w granicach/ponad 10%, oferty odwołującego w granicach 7%. W ocenie Izby, brak jest podstaw, by przy takiej różnicy ceny oferty wybranej i ceny przedmiotu zamówienia oraz drugiej oferty, złożonej przez odwołującego, przy żądanym przez zamawiającego sposobie sporządzenia oferty, uznać, że wybrana oferta zawiera rażąco niską cenę.

Odwołujący nie przedstawił uzasadnienia, co do naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy (zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera błędy w obliczeniu ceny), nie skonkretyzował też na czym błąd miałby polegać. Z orzecznictwa i doktryny jednoznacznie wynika pojęcie błędu w rozumieniu wskazanego przepisu. Zarzut zaniechania dokonania czynności, do której zobowiązuje zamawiającego przepis ustawy, jak wskazano wyżej, wymaga udowodnienia.

W zakresie drugiej grupy naruszonych przepisów, brak jest również podstaw, by wskazane zarzuty uznać za udowodnione. Przepis art. 87 ust. 1 ustawy stanowi o uprawnieniu zamawiającego do żądania wyjaśnień i to w sytuacji, gdy obiektywnie oceniając stan rzeczy, treść oferty budzi uzasadnione wątpliwości. Odwołujący nie wykazał, poza różnicą w cenie ofert, zakresu oferty, który budziłby uzasadnione wątpliwości zamawiającego. Izba, mając na uwadze okoliczności sprawy i również fakt, że wykonawcami są profesjonalni usługodawcy konkurujący na rynku zamówień publicznych, podziela stanowisko zamawiającego, iż różnica w cenie ofert oraz różnica cen ofert w stosunku do ceny zamówienia, stanowi naturalny objaw konkurencji.

Przepis art. 90 ust. 1 ustawy o charakterze wyjaśniającym, również uprawnia zamawiającego do zwrócenia się do wykonawców o złożenie stosownych wyjaśnień, o ile cena oferty jest wątpliwa co do jej wysokości, stosownie do ceny przedmiotu zamówienia, cen innych ofert, czy cen rynkowych. W ocenie Izby, nie ma uzasadnienia, by na podstawie faktu, że zamawiający zwrócił się do jednego wykonawcy o złożenie wyjaśnień przy różnicy ceny jego oferty w stosunku do ceny przedmiotu zamówienia i pozostałych dwóch ofert w granicach 51% - 57%, a do drugiego wykonawcy będącego w innej sytuacji pod względem ceny, nie, sformułować zarzut naruszenia wskazanych przepisów. Odwołujący przedstawił zarzuty w tym zakresie wyłącznie na tej podstawie. Fakt, że obie oferty zawierają ceny niższe niż ustalona przez zamawiającego cena zamówienia, szczególnie, że dotychczasowym wykonawcą usługi jest odwołujący, który zaoferował cenę oferty niższą od kwoty wskazanej przez zamawiającego o ponad 7%, potwierdza okoliczności konkurencji wykonawców.

Brak potwierdzenia zarzutów naruszenia przepisów art. 89 ust. 1 pkt 2, 3, 4 i 6 ustawy w zw. z art. 3 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz art. 87 ust. 1, art. 90 ust. 1-

3, art. 7 ust. 1 ustawy, powoduje konsekwencje w postaci braku potwierdzenia naruszenia art. 91 ust. 1 i art. 7 ust. 3 ustawy.

Na podstawie powyższych ustaleń i dokonanej oceny, Izba oddaliła odwołanie zgodnie z art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy stosownie do jego wyniku oraz § 3 pkt 1 lit. a, pkt 2 lit. a, § 5 ust. 3 pkt 1 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), uwzględniając koszty zamawiającego związane z dojazdem na wyznaczone posiedzenie Izby i uiszczeniem opłaty skarbowej od pełnomocnictwa, na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy.

**Przewodniczący: .....**