

Sygn. akt: KIO 1886/15

WYROK

z dnia 15 września 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: **Anna Chudzik**

Protokolant: **Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **11 września 2015 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 sierpnia 2015 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Impel Cleaning Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, Impel Airport Partner Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu,**

w postępowaniu prowadzonym przez **Polską Agencję Żeglugi Powietrznej,**

orzeka:

1. **Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w części 1 zamówienia, odrzucenie – na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp – oferty A. B. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą A&M Partners A. B. oraz powtórzenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;**
2. **W pozostałym zakresie odwołanie oddala;**
3. **Kosztami postępowania obciąża Polską Agencję Żeglugi Powietrznej i:**
 - 3.1. **zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;**
 - 3.2. **zasądza od Polskiej Agencji Żeglugi Powietrznej na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Impel Cleaning Sp. z o.o., Impel Airport Partner Sp. z o.o. kwotę 19 201 zł 77 gr (słownie: dziewiętnaście**

tysięcy dwieście jeden złotych siedemdziesiąt siedem groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu na rozprawę.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 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 **Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Polska Agencja Żeglugi Powietrznej – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: *Kompleksowe utrzymanie czystości i porządku wraz z utrzymaniem terenów zewnętrznych w obiektach PAŻP.*

W dniu 28 sierpnia 2015 r. Konsorcjum: Impel Cleaning Sp. z o.o., Impel Airport Partner Sp. z o.o. wniosło odwołanie zaniechania odrzucenia oferty A. B. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą A&M Partners A. B. (dalej: A&M Partners) i dokonania wyboru tej oferty jako najkorzystniejszej w części 1 zamówienia. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów: art. 7 ust. 1 i 2, art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 oraz art. 90 ust. 1 i 3 ustawy Pzp.

Odwołujący podniósł, że oferta wykonawcy A&M Partners powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp z uwagi na fakt, że zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a nieodrzuconie tej oferty stanowi naruszenie zasad równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający po otwarciu ofert stwierdził, że wysokość ceny podanej w ofercie przez A&M Partners jest o 30% niższa od wartości średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert. Zamawiający zwrócił się do ww. wykonawcy o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Pismem z dnia 21 lipca 2015 r. A&M Partners złożył wyjaśnienia, jednak w opinii Odwołującego wyjaśnienia te są zbyt ogólne i nie zawierają dowodów na potwierdzenie, że cena nie jest rażąco niska. W związku z tym Zamawiający zobowiązany był odrzucić tę ofertę.

Odnosząc się do złożonych wyjaśnień Odwołujący wskazał, że załączony do wyjaśnień kosztorys zawiera 5 pozycji z podaniem sumy, ilości, stawki i opisu. Ponadto podniósł, że posiadanie własnego zaplecza technicznego i bazy zlokalizowanej blisko miejsca wykonania zamówienia mogłoby być uznane za obniżające koszty świadczenia usług, gdyby inni wykonawcy musieli skalkulować w cenie oferty koszty związane z transportem z dalszych odległości. Odwołujący wskazał, że również posiada własne zaplecze techniczne oraz bazy przedsiębiorstwa znajdujące się w bliskich odległościach od miejsca świadczenia usługi. W podobnej sytuacji jak A&M Partners znajduje się wielu wykonawców, w tym Odwołujący, dlatego wyjaśnienia w tym zakresie należy traktować jako

gołosłowne. Podobnie należy odnieść się do przywołanej przez wykonawcę okoliczności posiadania własnego sprzętu i urządzeń. Powszechnie wiadomym jest, że firmy świadczące usługi w zakresie przedmiotu zamówienia, posiadają sprzęt niezbędny do wykonania świadczonych usług. Trudno sobie wyobrazić, aby w celu realizacji pojedynczej usługi wykonawca dokonał zakupu całego wyposażenia technicznego i parku maszynowego. Poza tym nieuwzględnienie w cenie oferty kosztu związanego z amortyzacją sprzętu na potrzeby przedmiotowego zamówienia, jakie ma miejsce w ofercie A&M Partnera A. B., stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, bowiem każdy z innych wykonawców w cenie swojej oferty uwzględnił koszt amortyzacji sprzętu. Jest to powinność wynikająca z przepisów prawa.

Zdaniem Odwołującego, powołanie się na posiadanie zmagazynowanych zapasów też może budzić wątpliwości, po pierwsze dlatego, że fakt posiadania zapasów trudno powiązać z oszczędnościami (koszt zakupu zmagazynowanych zapasów Wykonawca przecież i tak poniósł), po drugie – A&M Partners ponosi koszt magazynowania zgromadzonych zapasów, ewentualne koszty utylizacji magazynowanych środków, jeśli ulegną przeterminowaniu, czy też ryzyko ich utraty lub zniszczenia.

Odwołujący podniósł również, że wykonawca A&M Partners nie przedstawił żadnych dokumentów (faktur Vat, umów itp.), na dowód posiadania na lokalnym rynku atrakcyjnych rabatów – często 40 % – na jakie się powołuje. Zawarcie w wyjaśnieniach ogólnego twierdzenia o możliwości uzyskania rabatów, bez podania podstaw do takiego twierdzenia, nie mogło być potraktowane przez Zamawiającego jako dostateczne i wiarygodne uzasadnienie kalkulacji ceny. Nawet gdyby przyjąć, że wykonawca A&M Partners uzyskuje rabaty, to powstaje wątpliwość, czy te rabaty uzyskuje na tych składnikach cenotwórczych, które stanowią o największych kosztach, czy też na te, które mają znaczenie drugorzędne, niemające przełożenia na kształtowanie się ceny. Należy więc stwierdzić, że złożone wyjaśnienia składają się z niczym niepopartych twierdzeń i deklaracji, a zatem są gołosłowne.

Dodatkowo Odwołujący zwrócił uwagę na wyjaśnienia wykonawcy A&M Partners, że *do kalkulacji przyjęto 11 osób na pełen etat x 2276,80 zł brutto (w tym koszty ZUS), 6 osób na pół etatu x 1125 zł brutto (w tym koszty ZUS) oraz ekipa Interwencyjna, której firma posiada do akcji odśnieżania, sprzątnia oraz dyżurów świątecznych, całodobowych itp. koszt 2 190,00 zł brutto (w tym koszty ZUS). Wg naszej wiedzy taka ilość osób będzie w stanie zrealizować usługę zgodnie z wymogami Zamawiającego.* Odwołujący podniósł, że z niewiadomej przyczyny wykonawca podaje dwie różne stawki wynagrodzeń 2276,80 zł dla osób zatrudnionych na cały etat oraz 1125,00 zł dla osób zatrudnionych na pół etatu. Treść wyjaśnień w zacytowanym zakresie wskazuje na jakość udzielonych wyjaśnień i ich dużą ogólność. Trudno nie odnieść wrażenia, że wykonawca A&M Partners sporządził je w taki

sposób, aby nie odnieść się do składników cenotwórczych, które faktycznie powinny być ujęte w cenie złożonej przez niego oferty, a ujęte nie zostały.

Dalej Odwołujący podniósł, że powołanie się w wyjaśnieniach na okoliczność, że stosowany system jakości ma bezpośrednie przełożenie na możliwość obniżenia kosztów oferty, jest również chybiony przede wszystkim dlatego, że Zamawiający w postanowieniach § 2 ust. 13 załącznika nr 2 do SIWZ wymaga, aby wykonawcy świadczyli usługi zgodnie z normami ISO 9001. Poza tym, wg wiedzy Odwołującego, stosowanie systemów zarządzania jakością jest w chwili obecnej powszechne na rynku wykonawców o takim profilu działalności. Dlatego uznać należy, że i w tym zakresie wyjaśnienia są gołosłowne, nie wynika z nich, na jakiej podstawie wykonawca mógł zawrzeć w ofercie tak niskie ceny.

Odwołujący wskazał, że A&M Partners w kosztorysie stanowiącym załącznik do wyjaśnień, w pozycji *ekipa interwencyjna* przyjął wartość, która wg Odwołującego – w świetle braku możliwości dokładnego przewidzenia, jaka liczba pracowników będzie wymagana w celu zapewnienia realizacji należytego wykonania umowy w ramach świadczenia tzw. dyżurów – jest zbyt niska. Zamawiający w postanowieniach § 2 ust. 2 załącznika nr 2 do SIWZ wskazał, że oczekuje reakcji wykonawcy w ciągu godziny w sytuacji, gdy będzie potrzeba działań zmierzających do usunięcia nagłych zanieczyszczeń (w tym awarii środowiskowych związanych z wyciekami oleju, paliwa, płynu chłodniczego, płynu hamulcowego). W zakresie prac osób wskazanych w kosztorysie znajdować się mają także zadania: odśnieżania terenu zewnętrznego, dyżury świąteczne, weekendy, dlatego aby zabezpieczyć należyte wykonanie umowy wykonawca winien był wskazać kwotę adekwatną do opisanych jako przedmiot zamówienia potrzeb Zamawiającego.

Z powyższego – zdaniem Odwołującego – wynika, że treść wyjaśnień wykonawcy A&M Partners nie daje podstaw do tego, aby przyjąć, że wykonawca ten miał możliwość większego obniżenia kosztów niż inni wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia. Co więcej twierdzenia zawarte w wyjaśnieniach nie zostały poparte odpowiednimi dowodami.

Odnosząc się do kalkulacji poszczególnych składników cenotwórczych wskazanych w cenie oferty Odwołujący podniósł, że składniki cenotwórcze zawarte w ofercie przy ujęciu wszystkich czynności wskazanych w opisie przedmiotu zamówienia powinny kształtować się następująco:

Odwołujący przedstawił następujący wynik porównania realnej wartości kosztów do kosztów wykazanych przez A&M Partners w kosztorysie załączonym do wyjaśnień:

a) środki chemiczne – cena realna: 2 450,00 zł, cena podana w wyjaśnieniach: 530,00 zł, różnica: 920,00 zł netto;

Powyższa różnica wynika z faktu, że w kosztorysie A&M Partners nie przewidział odpowiedniej ilości środków do czyszczenia całej powierzchni do tego przeznaczonej, w tym Ośrodka Sportu i Rekreacji (powierzchni przy basenie, sali gimnastycznej, siłowni) oraz środków do prania wykładzin.

- b) środki higieniczne – cena realna: 5 215,00 zł, cena podana przez A&M: 3 150,00 zł, różnica 2 065,00 zł netto;

Powyższa różnica wynika z faktu, że w kosztorysie A&M Partners nie przewidział faktycznego zużycia środków zgodnie z wymogami Zamawiającego zawartymi w „Szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia” dla części I na stronach 4-43. Odwołujący opierając się na swoim doświadczeniu i faktycznym zużyciu odpowiedniej jakości środków skalkulował realną wartość w wysokości przyjmując koszt średniego zużycia 7,00 zł netto na osobę x 745 osób, natomiast w przypadku A&M Partners średnia cena na osobę wynosi 4,23 zł, która według Odwołującego jest niewystarczająca. Na potwierdzenie rzetelności i wykazanie faktycznego zużycia środków chemicznych i higienicznych, Odwołujący złożył kopię 3 faktur zakupu środków z ostatnich 3 miesięcy (maj, czerwiec i lipiec 2015 r.). Z uwagi na to, że faktury obejmują również środki zakupione dla innej usługi, Odwołujący wskazał, które z nich dotyczą bezpośrednio Zamawiającego. Z zaznaczonych pozycji wynika, że w poszczególnych miesiącach koszt zakupu i jednocześnie zużycia środków wyniósł (netto):

- maj – środki chemiczne: 2 297,51 zł, środki higieniczne: 5 796,73 zł,
- czerwiec – środki chemiczne: 1 741,43 zł, środki higieniczne: 6 031,20 zł,
- lipiec – środki chemiczne: 2 498,75 zł, środki higieniczne: 6 243,40 zł,
- średnio – środki chemiczne: 2 179,23 zł, środki higieniczne: 6 023,78 zł,

- c) amortyzacja sprzętu – cena realna: 3 623,00 zł, cena podana w wyjaśnieniach: 650,00 zł, różnica 2 973,00 zł netto;

Wg Odwołującego podany przez A&M Partners koszt jest nierealny, gdyż do realizacji zamówienia Zamawiający wymaga zarówno ciężkiego, jak i mniejszego sprzętu, zgodnie z „Wykazem niezbędnych narzędzi i urządzeń do realizacji zamówienia” dla części I, co potwierdza, że koszt miesięczny 650,00 zł jest stanowczo zaniżony.

- d) pozostałe koszty, czyli: prace alpinistyczne, paliwo, środki do odladzania, koszt przepustek, ujęte przez A&M jako „Inne” – cena realna: 6 035,46 zł, cena podana w wyjaśnieniach: 1200,00 zł, różnica 4 835,46 zł netto;

A&M Partners A. B. nie wskazał w ofercie kosztów niezbędnych prac alpinistycznych zgodnie z SIWZ wykonywane – średnio 2 razy w roku mycie elewacji i szyb, które Odwołujący skalkulował w następujący sposób: 4,77 zł usługa mycia x 4 699,11 m² x 2 mycia w roku + 44 829,51 zł netto/12 miesięcy = 3 735,79 zł netto średnio na miesiąc.

Ponadto, do kalkulacji podanej powyżej wykonawca przyjął minimalne zużycie paliwa w wysokości 630,00 zł, w tym: 5 zł za litr paliwa x 3 litry/h (średnia spalania ciężkich i mniejszych maszyn) x 2 h pracy dziennie x 21 dni w miesiącu = 630 zł netto miesięcznie. Specyfika zadrzewienia terenu Zamawiającego wymaga używania dmuchawy do usuwania liści przez około 3/4 roku. Ponadto Odwołujący założył rezerwy na środki odladzające, w tym mieszanki solno-piaskowej do zwykłych powierzchni zewnętrznych utwardzonych (cena około 320,00 zł netto za tonę, zużycie około 1 tony na hektar) oraz chlorku wapnia do powierzchni estakady (cena około 1 100,00 zł netto za tonę, zużycie około 0,5 tony na hektar). Z uwagi na to, iż większość terenu Zamawiającego znajduje się w strefie bardzo wilgotnej, w przypadku przymrozków teren wymaga nawet kilkudziesięciu posypań na powierzchni 60 223 m², w tym chlorkiem wapnia na powierzchni estakady dojazdach – łącznie 8 420 m², które Odwołujący skalkulował w następujący sposób: 550,00 zł 1/2 tony chlorku wapnia x 0,842 hektara x 40 posypań/12 miesięcy = 1 543,67 zł netto średnio na miesiąc.

Odwołujący podniósł, że wykazane powyżej różnice dają łączną wartość 10 793,46 zł netto miesięcznie, która stanowi niedoszacowanie kosztów w ofercie A&M Partners i która może być powodem do nierzetelnego wykonywania przez A&M Partners usługi, co może w dalszej konsekwencji skutkować wcześniejszym zakończeniem kontraktu i tym samym koniecznością przeprowadzenia dodatkowego procesu przetargowego. W ocenie Odwołującego nie jest możliwe wykonanie przedmiotu zamówienia za cenę zaoferowaną przez A&M Partners.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenia czynności badania oceny ofert, dokonania czynności odrzucenia oferty A&M Partners na podstawie art. 89 ust. i pkt 4 ustawy Pzp i powtórzenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i dowody przedstawione na rozprawie, Izba ustaliła, co następuje:

Zgodnie z SIWZ część 1 zamówienia obejmuje kompleksowe utrzymanie czystości i porządku wraz z utrzymaniem terenów zewnętrznych w obiektach PAŻP w Warszawie. Wartość zamówienia dla części 1, zgodnie z protokołem postępowania, została ustalona na kwotę 1.110.000,00 zł, na podstawie aktualnie obowiązujących umów, a dla nowych zadań na podstawie badania rynku – cenników firm zajmujących się świadczeniem przedmiotowych

usług. Podana przez Zamawiającego kwota, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie części 1 zamówienia to 1.291.800,00 zł brutto.

Na część pierwszą zamówienia zostało złożonych 6 ofert z następującymi cenami:

- 1.264.660,56 zł (oferta A&M Partners),
- 1.518.439,68 zł (oferta Odwołującego),
- 1.588.588,56 zł,
- 2.287.937,76 zł,
- 2.853.360,00 zł,
- 3.262.313,38 zł.

Średnia arytmetyczna wszystkich złożonych ofert wyniosła 2.129.216,66 zł, zatem cena oferty A&M Partners była niższa o 40,6% o tej średniej.

Pismem z dnia 17 lipca 2015 r. Zamawiający wezwał wykonawcę do złożenia wyjaśnień, w tym przedstawienia dowodów dotyczących elementów oferty złożonej dla części nr 1, mających wpływ na wysokość ceny. Zamawiający zwrócił się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów w szczególności w zakresie:

1. Oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę,
2. Pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.

Zamawiający poinformował, że zgodnie z art. 90 ust. 2 ustawy obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy oraz że jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdzi, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, oferta zostanie odrzucona zgodnie z art. 90 ust. 3 ustawy.

Wykonawca A&M Partners złożył wyjaśnienia, w których poinformował, że zaproponowana cena oferty stanowi bilans sprzyjających i dostępnych warunków cenotwórczych wykonania niniejszego zamówienia polegających na:

- 1) *Posiadaniu własnego zaplecza technicznego oraz bazy przedsiębiorstwa zlokalizowanej w bliskiej odległości od miejsca wykonania przedmiotu zamówienia co skutkuje obniżeniem kosztów transportu maszyn, urządzeń itp.,*

- 2) Firma wprowadziła zintegrowany system zarządzania jakością i zarządzania BHP (ISO 9001 i PN-BN 18001), który usprawnia organizację pracy w sposób pozwalający na obniżenie kosztów pracy pracowników o 10 %,
- 3) Do kalkulacji przyjęto 11 osób na pełen etat x 2276,80 zł brutto (w tym koszty ZUS), 6 osób na pół etatu x 1125,00 zł brutto (w tym koszty ZUS) oraz ekipa Interwencyjna, którą firma posiada do akcji odśnieżania, sprzątanía oraz dyżurów świątecznych, całodobowych itp. koszt 2190,00 zł brutto (w tym koszty ZUS). Wg naszej wiedzy taka ilość osób będzie w stanie zrealizować usługę zgodnie z wymogami Zamawiającego.
- 4) Firma posiada własny sprzęt i urządzenia do realizacji przedmiotu zamówienia, tj. wózki serwisowe z akcesoriami do sprzątanía, wózek dwukomorowy z wyciskarką, odkurzacze przemysłowe, odkurzacze wodne z filtrem, odkurzacz piorący do czyszczenia, odkurzacz wodny, odkurzacze plecakowe, maszyny czyszcząco zbierające, szorowarki, zestawy ręczne do mycia okien, zmiatarki, kosiarki, myjki ciśnieniowe, ciągniki, itp., co skutkuje niższymi kosztami oraz brakiem konieczności ponoszenia kosztów związanych z wynajmem sprzętu czy zakupem, czy leasingiem.
- 5) W chwili składania ofert nasza firma posiadała ok. 30 % zmagazynowanych zapasów materiałowych tj. soli drogowej, chlorku wapnia, artykułów, higienicznych (ręczniki papierowe, papier toaletowy, mydło, odświeżacze itp.) niezbędnych do realizacji przedmiotu zamówienia, co skutkuje oszczędnościami przy wykonaniu przedmiotu zamówienia.
- 6) Dzięki wieloletniej działalności na rynku lokalnym nasza firma korzysta z atrakcyjnych rabatów (często nawet do 40%) na zakup materiałów i sprzętu. Zatem możliwe jest zaoferowanie przez naszą firmę konkurencyjnych cen za wykonanie zamówienia.

Oświadczamy również, że w ofercie zostało uwzględnione wykonanie wszystkich czynności wyszczególnionych w SIWZ, w szczególności w opisie przedmiotu zamówienia oraz został uwzględniony zysk w wysokości 9 %. Mając na uwadze powyższe wyjaśnienia stwierdzamy brak podstaw do uznania, że oferta złożona przez naszą firmę w niniejszym postępowaniu zawiera rażąco niską cenę.

Do wyjaśnień załączono kosztorys, w którym wyszczególniono stawki, ilości i sumy na wynagrodzenia (11 osób na pełen etat, 6 osób na pół etatu, ekipa interwencyjna), chemię (obejmującą środki do codziennego utrzymania czystości, środek do konserwacji kamienia, środek od czyszczenia estakady, środka dezynfekcyjnego do kliniki, itp.), środki higieniczne (papier toaletowy, ręczniki papierowe, mydło, odświeżacz powietrza), inne (paliwo, nadzór, ubrania robocze, szkolenia bhp itp. sól drogowa) i sprzęt (kosiarki, zmiatarki, ciągniki, odśnieżarki, wózki, odkurzacze, maszyna czyszcząco-zbierająca).

W dniu 18 sierpnia 2015 r. Zamawiający zawiadomił wykonawców o wyborze w części 1 zamówienia oferty A&M Partners.

Izba zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że Odwołujący – jako wykonawca, którego oferta, w przypadku potwierdzenia się zarzutów odwołania, może zostać wybrana jako najkorzystniejsza – spełnia określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody, polegającej na niezyskaniu zamówienia. Izba nie podzieliła twierdzeń Zamawiającego o braku po stronie Odwołującego legitymacji do korzystania ze środków ochrony prawnej. Fakt, że cena oferty Odwołującego przewyższa wskazaną przez Zamawiającego kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia i związana z tym możliwość unieważnienia postępowania, nie stanowi o braku legitymacji do korzystania ze środków ochrony prawnej. Zamawiający unieważni postępowanie, o ile rzeczywiście budżet nie będzie mógł zostać i nie zostanie zwiększony, jednak w momencie orzekania w przedmiotowej sprawie jest to zdarzenie hipotetyczne, które nie może powodować odmówienia wykonawcy możliwości korzystania ze środków ochrony prawnej.

Na marginesie należy stwierdzić, że niezrozumiała jest przedstawiona przez Zamawiającego teza, że konsekwencją odrzucenia oferty Odwołującego będzie unieważnienie postępowania, co narazi Zamawiającego na odpowiedzialność za czyn określony w art. 17 ust. 3 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Stanowisko Zamawiającego w tym zakresie jest wewnętrznie sprzeczne, gdyż twierdzi on, że zaistnieją ustawowe przesłanki unieważnienia postępowania, a jednocześnie powołuje się na odpowiedzialność za unieważnienie postępowania mimo braku takich przesłanek.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie w zakresie zarzutu dotyczącego zaniechania odrzucenia oferty A&M Partners na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, jeżeli i cena oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, w szczególności jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących

elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w szczególności w zakresie: oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów. Zgodnie z art. 90 ust. 2 ustawy Pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa na wykonawcy. Stosownie do art. 90 ust. 3 ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Podkreślić należy, że rozstrzygając sprawę w kontekście przywołanych wyżej przepisów Izba bada nie tyle samą cenę oferty, co czynność Zamawiającego polegającą na ocenie złożonych przez wykonawcę wyjaśnień i prawidłowość zaniechania odrzucenia oferty tego wykonawcy. Przedmiotem odwołania może być bowiem czynność lub zaniechanie zamawiającego (art. 180 ust. 1 ustawy Pzp). Zatem rozstrzygnięcie przedmiotowej sprawy wymagało odpowiedzi na pytanie, czy na podstawie przedmiotowych wyjaśnień Zamawiający był uprawniony do wniosku, że cena zaoferowana przez A&M Partners nie jest rażąco niska. W ocenie Izby ww. wykonawca w złożonych wyjaśnieniach nie wykazał prawidłowości zaoferowanej ceny.

W związku z tym, że cena oferty wykonawcy A&M Partners była niższa o więcej niż 30% od średniej arytmetycznej ceny wszystkich ofert złożonych w postępowaniu, Zamawiający wezwał ww. wykonawcę do złożenia wyjaśnień. Wezwanie wskazywało na konieczność wykazania przez wykonawcę, że cena nie jest rażąco niska oraz na obowiązek złożenia stosownych dowodów. Wykonawca A&M Partners powołał w wyjaśnieniach okoliczności, które miały świadczyć o możliwości obniżenia ceny oferty, okoliczności te jednak – wbrew obowiązkowi wynikającym z art. 90 ust. 1 i 2 oraz wbrew treści wezwania – nie zostały poparte żadnymi dowodami.

W odniesieniu do obowiązku przedstawienia dowodów Izba wskazuje, że obowiązek ten spoczywa na wykonawcy w każdej sytuacji powołania się na okoliczności, w przypadku których możliwe jest przedłożenie dowodów. Poprzestanie w takiej sytuacji na oświadczeniu własnym wykonawcy jest niewystarczające i czyni wyjaśnienia gołosłownymi. Mogą oczywiście pojawić się w wyjaśnieniach takie okoliczności, w przypadku których złożenie dodatkowych dowodów nie jest niezbędne, a samo oświadczenie wykonawcy pokazuje prawidłowość kalkulacji ceny. Jeżeli jednak wykonawca powołuje się na takie okoliczności jak szczególnie niskie koszty zakupu materiałów/środków potrzebnych do wykonania

zamówienia, może i powinien załączyć do wyjaśnień stosowne umowy lub oferty, które potwierdzą tę okoliczność.

Wykonawca A&M Partner wskazał na kilka okoliczności, które – w ocenie Izby – powinny być poparte dowodami. Po pierwsze wykonawca ten powołał się na korzystanie z rabatów (do 40%) na zakup materiałów i sprzętu. Bez wątplenia jest to okoliczność, która mogłaby dowodzić prawidłowości ceny ofertowej, jednak bez przedstawienia stosownych dowodów jest ona jedynie gołosłownym oświadczeniem. Jeżeli wykonawca rzeczywiście korzysta z dużych rabatów, pozwalających znacznie obniżyć cenę oferty, to miał obowiązek wskazać, czego te rabaty dotyczą i potwierdzić to np. stosownymi umowami, ofertami lub oświadczeniami podmiotów, u których wykonawca dokonuje zakupów. Podobnie posiadanie zapasów magazynowych – w ocenie Izby jest to okoliczność, która może wpłynąć na obniżenie ceny, jednak powinna być potwierdzona stosownymi dowodami. Nie było natomiast – zdaniem Izby – konieczne przedstawienie dowodów, które miałyby potwierdzać bliską odległość bazy przedsiębiorstwa wykonawcy od miejsca świadczenia usług, gdyż jest to okoliczność znana Zamawiającemu w związku z wcześniej zawartymi przez Zamawiającego z A&M Partners umowami. Jednak sama ta okoliczność nie może potwierdzać, że cena oferty nie jest rażąco niska.

Odnosząc się do pozostałych elementów wyjaśnień należy stwierdzić, że niektóre z nich nie mogą być uznane za szczególne okoliczności istniejące po stronie wykonawcy i pozwalające obniżyć cenę oferty w stosunku do przeciętnych cen rynkowych. Nie jest bowiem niczym szczególnym, że wykonawca świadczący usługi z zakresu utrzymania czystości i porządku w obiektach biurowych posiada własny sprzęt i urządzenia do realizacji przedmiotu zamówienia. Podobnie korzystanie z systemu zarządzania jakością trudno uznać za szczególną, wyróżniającą wykonawcę okoliczność. Powyższe okoliczności nie stawiają wykonawcy w lepszej sytuacji w stosunku do innych wykonawców działających w branży. Z kolei informacje o liczbie i wynagrodzeniach osób przeznaczonych do realizacji zamówienia, potwierdza zachowanie wymagań ustanowionych przez Zamawiającego w tym zakresie, jak również wymagań ustawowych, co nie jest samo w sobie wystarczające do stwierdzenia, że cena nie jest rażąco niska. Natomiast załączona do wyjaśnień tabelka przedstawia elementy składowe ceny, co jest pomocne przy ocenie prawidłowości kalkulacji tej ceny, nie potwierdza jednak możliwości jej obniżenia.

Wobec powyższego Izba stwierdziła, że złożone przez A&M Partners wyjaśnienia dotyczące ceny były ogólne i niepoparte dowodami, a zatem wykonawca nie wywiązał się ze spoczywającego na nim ciężaru wykazania, że cena nie jest rażąco niska. Również Zamawiający – którego w postępowaniu odwoławczym obciążał obowiązek udowodnienia, że prawidłowo ocenił wyjaśnienia – nie wywiązał się z tego obowiązku, a argumentacja

przedstawiona przez Zamawiającego nie zasługuje na uwzględnienie. Odnosząc się do tej argumentacji Izba wskazuje przede wszystkim, że nie sposób podzielić stanowiska, jakoby wykonawca był zwolniony z obowiązku złożenia dowodów potwierdzających korzystanie z rabatów z uwagi na ochronę tajemnicy przedsiębiorstwa. Podkreślić bowiem należy, że wykonawcy mają możliwość korzystania w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego z ochrony informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, przy spełnieniu przesłanek określonych w ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (art. 8 ust. 3 ustawy Pzp). Skuteczne zastrzeżenie takich informacji uniemożliwia zapoznanie się z nimi innym podmiotom niż zamawiający. Chęć ochrony tych informacji nie zwalnia natomiast z obowiązków wykonawcy względem zamawiającego.

Nie zasługuje również na uwzględnienie próba usprawiedliwienia przez Zamawiającego swojej decyzji koniecznością przestrzegania przepisów o finansach publicznych. Przepisy te nie wyłączają bowiem obowiązków wynikających z ustawy Pzp, przeciwnie – obie te grupy przepisów służą zapewnieniu należytego prawidłowego wydatkowania środków publicznych. Nie sposób uznać wyboru oferty z ceną, co do której nie wykonawca nie wykazał jej należytej kalkulacji, za dążenie do zapewniania wydatkowania środków publicznych zgodnie z art. 44 ust. 3 ustawy o finansach publicznych.

Podsumowując, w ocenie Izby wyjaśnienia złożone przez A&M Partners uzasadniały odrzucenie oferty, z uwagi na niewykazanie okoliczności, które spowodowały obniżenie ceny ofertowej, w tym przede wszystkim niezłożenie dowodów potwierdzających prawdziwość złożonych wyjaśnień. Trudno natomiast zgodzić się z Odwołującym co do wskazanego w odwołaniu sposobu kalkulacji ceny, którego nie można uznać za jedyny prawidłowy i obiektywnie możliwy, zwłaszcza że opiera się on na założeniach co do których Zamawiający nie postawił wymagań w SIWZ lub na założeniach niewykazanych przez Odwołującego. Nie można zdaniem Izby stwierdzić, że przy istnieniu po stronie wykonawcy szczególnych okoliczności pozwalających wykonać zamówienie przy niższych nakładach finansowych, kalkulacja ceny mogła odbiegać od przedstawionej przez Odwołującego. Niemniej jednak okoliczności te nie zostały wykazane i w tym należy upatrywać podstaw do odrzucenia oferty.

Izba nie uwzględniła zarzutu zaniechania odrzucenia oferty A&M Partners na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, z uwagi na nieskonkretyzowanie tego zarzutu w odwołaniu. Zgodnie z przywołanym przepisem Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Odwołujący w treści odwołania stwierdził jedynie, że czyn ten polegał na nieuwzględnieniu w cenie oferty kosztów amortyzacji sprzętu, na rozprawie natomiast wskazał, że wykonawca nie ujął wszystkich kosztów, takich jak np. koszty środków

do odświeżania. Należy więc stwierdzić, że Odwołujący nie wskazał okoliczności faktycznych i prawnych zarzutu w sposób umożliwiający odniesienie się do niego i ocenę jego zasadności.

W związku ze stwierdzeniem naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 90 ust. 3 ustawy Pzp w stopniu mającym wpływ na wynik postępowania, odwołanie podlegało uwzględnieniu.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 i 2 lit. a i b 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).

Przewodniczący: