

WYROK
z dnia 23 grudnia 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk

Członkowie: Dagmara Gałczewska-Romek
Marek Koleśnikow

Protokolant: Jadwiga Ząbek

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **22 grudnia 2008 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Firma Handlowo-Usługowa THOMAS Tomasz Zelent, Firma Handlowo-Usługowa THOMAS Sp. z o.o. ul. Lubiszyńska 34, 72-006 Szczecin-Mierzyn** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny nr 2 Pomorskiej Akademii Medycznej Al. Powstańców Wielkopolskich 72, 70-111 Szczecin** protestu z dnia **20 listopada 2008 r.**

przy udziale **Adam Nowik** prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą **Zakład Sprzątania Wnętrz – Adam Nowik, ul. 5 lipca 4/13, 70-374 Szczecin** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Firma Handlowo-Usługowa THOMAS Tomasz Zelent, Firma Handlowo-Usługowa THOMAS Sp. z o.o. ul. Lubiszyńska 34, 72-006 Szczecin-Mierzyn i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 064 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Firma Handlowo-Usługowa THOMAS Tomasz Zelent, Firma Handlowo-Usługowa THOMAS Sp. z o.o. ul. Lubiszyńska 34, 72-006 Szczecin-Mierzyn;**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **3 787zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące siedemset osiemdziesiąt siedem złotych zero groszy) przez **Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Firma Handlowo-Usługowa THOMAS Tomasz Zelent, Firma Handlowo-Usługowa THOMAS Sp. z o.o. ul. Lubiszyńska 34, 72-006 Szczecin-Mierzyn** na rzecz **Samodzielnego Publicznego Szpitala Klinicznego nr 2 Pomorskiej Akademii Medycznej Al. Powstańców Wielkopolskich 72, 70-111 Szczecin** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztu dojazdu pełnomocnika na posiedzenie KIO;
- 3) dokonać zwrotu kwoty **10 936 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Firma Handlowo-Usługowa THOMAS Tomasz Zelent, Firma Handlowo-Usługowa THOMAS Sp. z o.o. ul. Lubiszyńska 34, 72-006 Szczecin-Mierzyn.**

Uzasadnienie

Zamawiający Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny nr 2 Pomorskiej Akademii Medycznej w Szczecinie prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie

pielęgnacją terenów zielonych. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 9.09.2008 r. pod numerem 2008/S 174-232393. Zamawiający podzielił przedmiot zamówienia na trzy zadania umożliwiając składanie ofert częściowych.

W dniu 13.11.2008 r. Zamawiający poinformował o odrzuceniu oferty złożonej na zadanie 1 przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Tomasza Zelenta prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Firma Handlowo-Usługowa "THOMAS" Tomasz Zelen, z siedzibą w Szczecinie - Mierzynie oraz Firmę Handlowo-Usługową „THOMAS” Sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie – Mierzynie (dalej: Konsorcjum ZELENT lub Odwołujący się) na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2007 roku, Nr 223, poz. 1655 ze zm.). Czynność ta stała się przedmiotem odwołania poprzedzonego protestem złożonego przez Konsorcjum ZELENT. Odwołujący się zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust I oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp i wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownej oceny ofert, unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego się oraz dokonanie wyboru oferty Odwołującego się jako oferty najkorzystniejszej, ewentualnie o unieważnienie postępowania oraz zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego się kosztów postępowania według zestawienia kosztów, które zostaną przedstawione na rozprawie. W uzasadnieniu Odwołujący się wskazał, że ustalenie przez Zamawiającego, iż zaoferowana przez Odwołującego się cena jest niższa o 27,8% od wartości szacunkowej zamówienia oraz o 18,2% od średniej ceny ofert złożonych przez czterech innych wykonawców, nie stanowi podstawy do uznania, że cena oferty Odwołującego się jest rażąco niska. Podstawę do takich ustaleń winno stanowić odniesienie do przedmiotu zamówienia i wykazanie, że zaoferowana została cena poniżej kosztów własnych wykonawcy. Odwołujący się wskazał również, że będąc obecnym wykonawcą usług wchodzących w skład przedmiotu zamówienia uzyskał od Zamawiającego dokumenty potwierdzające należyte wykonanie zamówienia. A skoro cena za którą realizuje usługę, jest niższa niż zawarta w ofercie złożonej w aktualnym postępowaniu, to nie ma ryzyka nienależytego wykonania zamówienia. Odwołujący się wskazał również, że w dniu 05.11.2008 r. udzielił wyczerpujących wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny, w trybie art. 90 ust. 1 Pzp. Cena oferty została skalkulowana przez Odwołującego się na podstawie wymagań Zamawiającego a jako cena ryczałtowa obejmuje wszystkie koszty bezpośrednie i pośrednie związane z realizacją zamówienia. Odwołujący kalkuluje cenę przyjął średnie zużycie środków czystości i dezynfekcyjnych, sprzętu (zarówno manualnego jak i mechanicznego) oraz zysku na poziomie 20% wartości netto miesięcznego ryczałtu tj. w wysokości 22 548,24 zł, co było możliwe z powodu bardzo wysokich rabatów od dostawców środków myjących,

dezynfekujących oraz środków higienicznych, co potwierdzone zostało odpowiednimi dokumentami. Odwołujący się stwierdził również, że stanowisko Zamawiającego kwestionujące wyjaśnienia Odwołującego się wyłącznie na podstawie cen uzyskiwanych w prowadzonych przez niego postępowaniach z udziałem kontrahentów Odwołującego się jest chybione, gdyż zasady współpracy w tym wysokości rabatów są indywidualnie ustalane przez podmioty gospodarcze. Odwołujący się podniósł również, że wpływ na wysokość zaoferowanej ceny ma także forma prowadzenia działalności przez obu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, w tym brak znaczących kosztów pośrednich związanych z zarządzaniem (firmy nie posiadają szczebli zarządzania), kosztów dowozu pracowników (bliska odległość siedzib Odwołującego się i Zamawiającego). Odwołujący się podniósł również, że pojęcie rażąco niskiej ceny odnosi się do ceny oferty w całości, nie zaś do poszczególnych jej elementów. Na wzmocnienie argumentacji Odwołujący się przytaczał orzecznictwo ZA i KIO. Odwołujący się wskazał również, iż w toku prowadzonego postępowania Zamawiający w sposób rażąco naruszył także art. 8 ust. 3 Pzp oraz art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia

1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz.U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 ze zm.) przez odtajnienie informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa Odwołującego się, które zostały zastrzeżone przez niego w złożonych Zamawiającemu wyjaśnieniach w sprawie rażąco niskiej ceny. Zamawiający podał do publicznej wiadomości informacje o wysokości rabatu jaki ma możliwość uzyskać Odwołujący się przy nabywaniu środków dezynfekcyjnych i środków czystości. Zachowane zostały ustawowe terminy na wniesienie środków ochrony prawnej oraz warunek przekazania kopii odwołania Zamawiającemu.

W dniu 24.11.2008 r do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu przystąpił Adam Nowik prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Sprzątania Wnętrz - Adam Nowik, wnosząc o oddalenie protestu wniesionego przez Konsorcjum ZELENT.

Zamawiający rozstrzygnął protest oddalając go w dniu 28.11.2008 r. tego dnia informując wykonawców o swojej decyzji. Zamawiający wskazał, że art. 90 ust. 3 Pzp ciężarem dowodu zaofferowania ceny nie będącej rażąco niską obciąża wykonawcę. Zamawiający uznał, że przywoływana różnica między ceną oferty Odwołującego się a szacunkową wartością przedmiotu zamówienia oraz średnią cen pozostałych ofert złożonych w postępowaniu upoważnia go do skorzystania z art. 90 ust. 1 Pzp. Zamawiający nie uznał wyjaśnień złożonych przez Odwołującego się, gdyż nie wynika z nich wynika jaka kwota przewidziana została na realizację zamówienia, nie została podana stopa zysku. Nie zostało wykazane, że inni wykonawcy będą musieli dowozić pracowników do pracy, ani też wpływu na cenę ofert

4

faktu, że niektórzy wykonawcy nie mają siedziby w Szczecinie. Za gołosłowne uznał Zamawiający twierdzenie, że forma działalności prowadzonej przez Odwołującego się ma wpływ na wysokość zaofferowanej ceny. Z faktu korzystania z rabatów nie wynika zdaniem Zamawiającego, że w kalkulacji uwzględniono wystarczającą kwotę na zakup środków czystości i dezynfekcyjnych. W oparciu o prowadzone przez siebie postępowania Zamawiający wywiódł, że ceny po których Odwołujący się dokonuje zakupu środków czyszczących - myjących i dezynfekcyjnych od przypuszczalnie nie są niższe od cen płaconych przez Zamawiającego, zwłaszcza, że w pismach wystawionych przez dostawców a załączonych do wyjaśnień jest mowa o udzielaniu rabatu na poziomie "do", co oznacza, że rabaty są udzielane w istocie w różnej wysokości. Na prawidłową realizację przedmiotowego zamówienia wg szacunku Zamawiającego wykonawca musi ponieść koszty w wysokości co najmniej 7.789 zł brutto/m-c, tj. 1/3 kwoty przewidzianej na wszystkie pozostałe koszty bezpośrednie, koszty pośrednie i zysk. Zdaniem Zamawiającego, przedłożenie aneksu do umowy z zakładem pralniczym pozostaje bez wpływu na ocenę zaofferowanej ceny, gdyż cena wskazana w aneksie nie pozwoli na wypranie mopów i ściereczek w ilościach wymaganych przez Zamawiającego. Istotne jest również ponoszenie przez wykonawcę kosztów zakupu odpowiedniej ilości nowych mopów i ścierek oraz nakładek na mopy, które w ocenie Zamawiającego będą wynosiły miesięcznie prawie tyle, co koszty podane w aneksie. Zamawiający podniósł również różnice zakresu rzeczowego usługi realizowanej obecnie przez Odwołującego się w stosunku do usługi stanowiącej przedmiot postępowania. Zarzut naruszenia art. 8 ust 3 Pzp i art. 11 ust 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji uznał za chybiony, gdyż nie podał do wiadomości publicznej tajemnicę przedsiębiorstwa t.j., którzy przedsiębiorcy udzielają Odwołującemu się rabatów a sama informacja o % rabatu nie stanowi w ocenie Zamawiającego tajemnicy przedsiębiorstwa.

Po ustaleniu na posiedzeniu, że nie zachodzą przesłanki odrzucenia odwołania, Izba przeprowadziła rozprawę, podczas której strony oraz uczestnik podtrzymały dotychczasowe stanowiska.

Na podstawie dowodu z zawartych w aktach sprawy: protokołu ZP-1, oryginału siwz z załącznikami, oryginałów ofert złożonych w postępowaniu, wezwania skierowanego do Odwołującego się z dnia 31.10.2008 r., odpowiedzi Odwołującego się z dnia 5.11.2008r. oraz po wysłuchaniu stanowisk stron i pełnomocników Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Protest został wniesiony w dniu 20.11.2008 r., tj. po dniu wejścia w życie przepisów ustawy z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 171, poz. 1058). Na podstawie art. 4 ust. 2 przywołanej ustawy

nowelizującej, Izba wydała rozstrzygnięcie na podstawie przepisów działu VI ustawy Prawo zamówień publicznych w brzmieniu nadanym nowelizacją.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący się posiada interes prawny w uzyskaniu zamówienia w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp. Wobec ustalenia w pkt XV siwz ceny jako jedynego kryterium oceny ofert, potwierdzenie zarzutów odwołania i przywrócenie oferty Odwołującego się do postępowania da mu możliwość uzyskania zamówienia.

Postępowanie związane z badaniem ceny oferty składa się z dwóch etapów. W etapie pierwszym Zamawiający stwierdza, czy jego zdaniem cena oferty zaproponowana w postępowaniu może uzasadniać przypuszczenie, iż jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia, co uzasadniałoby wystąpienie do wykonawcy o wyjaśnienia. Istotne jest zatem ustalenie, czy Zamawiający zobowiązany był zwrócić się do Odwołującego się o wyjaśnienia w trybie art. 90 ust. 1 Pzp. Punktem odniesienia może być przede wszystkim szacunkowa wartość przedmiotu zamówienia powiększona o podatek od towarów i usług (pod warunkiem ustalenia jej przez Zamawiającego z należytą starannością) oraz cena innych ofert złożonych w postępowaniu.

Zamawiający oświadczył na rozprawie, że wartość przedmiotu zamówienia oszacował na podstawie ponoszonych przez siebie kosztów realizowania usługi sprzątnięcia we własnym zakresie oraz wysokości ustawowego minimalnego wynagrodzenia za pracę. Brak jest zatem podstaw do przypuszczenia, że szacunkowa wartość zamówienia została obliczona przez Zamawiającego niewłaściwie. Różnica między ceną oferty Odwołującego się a szacunkową wartością przedmiotu zamówienia wynosi 27,8 %, a stosunku do cen pozostałych ofert złożonych w postępowaniu wynosi 18%. Wielokrotnie w doktrynie podnosi się, że brak jest ustalenia, jaka różnica wskazuje na możliwość zaoferowania ceny rażąco niskiej a ze stanowiska orzecznictwa wynikają daleko idące różnice w tym względzie. Na aprobatę zasługuje w ocenie Izby podnoszone w doktrynie stanowisko, że odwołując się do doświadczeń państw Unii Europejskiej istnieje obowiązek wszczęcia procedury wyjaśniającej elementów cenowych oferty, gdy cena oferty odbiega o 10% od średniej ceny grupy ofert o zbliżonych cenach, względnie o 20% od wartości szacunkowej zamówienia (vide; G.Wicik, P. Wiśniewski w Prawo zamówień publicznych. Komentarz. C.H. Beck. Warszawa 2007, str. 467). Zatem nie budzi zastrzeżeń Izby, powstanie po stronie Zamawiającego, wątpliwości co do prawidłowości kalkulacji ceny oferty, zwłaszcza przy uwzględnieniu, bezspornej między stronami okoliczności, zwiększonego w stosunku do obecnie realizowanej usługi zakresu przedmiotu zamówienia.

Art. 90 ust. 1 Pzp przewiduje zwrócenie się przez Zamawiającego w formie pisemnej do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Z wykładni literalnej przywołanego przepisu potwierdzonej jednoznacznie w orzecznictwie wynika, że czynności wezwania do wyjaśnień Zamawiający musi dokonać przed ewentualnym odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp. Wystąpienie do wykonawcy w trybie art. 90 ust. 1 Pzp ustanawia domniemanie prawne (*praesumptio iuris*) zaproponowania w ofercie ceny rażąco niskiej w stosunku do przedmiotu zamówienia. Wyjaśnienia Wykonawcy mają doprowadzić do obalenia tego domniemania.

Istotne dla rozstrzygnięcia sprawy jest ustalenie strony na której spoczywa ciężar dowodu, (kwestia sporna między stronami) oraz zakresu dowodu.

W związku z ustanowieniem domniemania wystąpienia ceny rażąco niskiej, przy udzielaniu wyjaśnień trybie art. 90 ust. 1 Pzp, dowód braku zaoferowania ceny rażąco niskiej spoczywa na wykonawcy (vide: wyrok Sądu Okręgowego w Częstochowie z dnia 1 kwietnia 2005 r. sygn. akt. VI Ca 464/05). Skoro jednak Zamawiający nie uznał złożonych wyjaśnień i dokonał czynności odrzucenia oferty Odwołującego się, to jego obowiązkiem jest dowiedzenie, że (zgodnie z klasyczną regułą rozkładu ciężaru dowodu art. 6 k.c w związku z art. 14 Pzp), że wyjaśnienia Odwołującego się nie obalają domniemania zaoferowania ceny rażąco niskiej. Na Zamawiającym spoczywa zatem ciężar dowodu, jednak nie w zakresie wykazania, iż

cena oferty Odwołującego się jest rażąco niska, a co do wykazania prawidłowości oceny wyjaśnień Odwołującego się zgodnie z art. 90 ust. 2 Pzp. Ocena tych wyjaśnień stanowi podstawę do uznania za potwierdzone zaofiarowania rażąco niskiej ceny (art. 90 ust. 3 Pzp). Powyższe powoduje, że rozpoznanie zarzutów odwołania przez Izbę Izby dotyczyć musi niepodzielnie zarówno wyjaśnień Odwołującego się, jak i prawidłowości ich oceny przez Zamawiającego.

Wobec braku wypracowania jasnych wskazań, co do kryteriów oceny wyjaśnień udzielonych przez wykonawcę na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp, każdy przypadek należy badać indywidualnie *ad casum* z uwzględnieniem całokształtu występujących w nim okoliczności.

Zamawiający pismem z dnia 31.11.2008r. zwrócił się do Odwołującego w trybie art.90 ust. 1 Pzp, zobowiązując go do udzielenia odpowiedzi na zadane pytania.

Art.90 ust. 3 Pzp nakazuje Zamawiającemu odrzucenie oferty wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeśli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Odwołujący się w określonym terminie udzielił wyjaśnień.

Zgodnie z art. 90 ust. 2 Pzp przy ocenie wyjaśnień Zamawiający zobligowany jest brać pod uwagę obiektywne czynniki, w szczególności oszczędność metody wykonania zamówienia,

7

wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy, oryginalność projektu wykonawcy oraz wpływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.

Izba stwierdza, że ocena wyjaśnień dokonana przez Zamawiającego jest prawidłowa.

W doktrynie i orzecznictwie podnosi się, że cena rażąco niska to cena nierealna, nie pozwalająca na realizację zamówienia z należytą starannością, wskazująca na zamiar realizacji zamówienia poniżej kosztów własnych wykonawcy, nie pozwalająca na wygenerowanie przez niego zysku.

Stwierdzić należy, że Odwołujący się w treści środków ochrony prawnej oraz na rozprawie nie oświadczył, że kalkulując cenę oferty przewidział w niej nawet minimalny zysk. Wskazać też należy, że Odwołujący się udzielając wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp i wnosząc środki ochrony prawnej nie zaprzeczył wymaganiom Zamawiającego dokonania kalkulacji w oparciu o wartość wynagrodzenia minimalnego za pracę, nie przeczył również przyjętemu przez Zamawiającego w piśmie z dnia 31.10.2008r. założeniu, że zaofiarował realizację zamówienia za pomocą osób zatrudnionych na podstawie umowy o pracę. Odwołujący się oświadczył na rozprawie, że na potrzeby realizacji zamówienia zamierza dokonać restrukturyzacji zatrudnienia. W ocenie Izby oświadczenie to, jednoznacznie wskazuje na błędną kalkulację ceny oferty. Cena skalkulowana z należytą starannością powinna dać wykonawcy możliwość realizacji zamówienia po kosztach obliczonych w ofercie. Wskazać też należy, że koszty procesu restrukturyzacji również obciążać będą wykonawcę a pozytywny skutek ewentualnej restrukturyzacji nie został nawet uprawdopodobniony w aspekcie czasowym i finansowym. Zarówno z treści złożonych wyjaśnień, treści środków ochrony prawnej oraz załącznika Nr 8 do odwołania wynika w ocenie Izby zamiar realizacji zamówienia za pomocą osób zatrudnionych na podstawie umowy o pracę. Za logiczne i spójne Izba uznaje również stanowisko Zamawiającego i Przystępującego do postępowania odwoławczego w tej kwestii. Wobec powyższego przywołane wyżej oświadczenie Odwołującego się winno być potraktowane jako stanowisko wyrażone wyłącznie na potrzeby sporu toczącego przed Izbą. Przedmiotem sporu nie jest bowiem dopuszczalność realizacji przedmiotu zamówienia przez osoby połączone z wykonawcą zarówno umową cywilnoprawną, jak i umową o pracę (okoliczność bezsporna), a prawidłowość obliczenia ceny oferty. Skoro z dokumentów składanych przez Odwołującego się do otwarcia rozprawy wynika wprost dokonanie kalkulacji ceny oferty w zakresie kosztów osobowych na podstawie umowy o pracę, to badanie ceny oferty przebiegać winno z uwzględnieniem tego założenia i późniejsze mogące mieć miejsce zmiany powodujące oszczędności kosztów u Odwołującego się nie mogą być uwzględnione w tej materii, szczególnie wobec braku ich konkretyzacji.

8

Stanowisko Odwołującego się dotknięte jest również w ocenie Izby wewnętrzną sprzecznością. Z jednej strony Odwołujący się powołuje się na swoją przewagę konkurencyjną nad pozostałymi wykonawcami wynikającą z faktu, że jest obecnym wykonawcą usług wchodzących w skład przedmiotu zamówienia i posiadanie przez niego wynikającego z tego faktu know-how. Z drugiej strony natomiast sytuacja ta nie umożliwia mu wskazania ilości mopów i ściereczek niezbędnych do wykonania zamówienia, choć powinno to mieć miejsce zwłaszcza wobec uznania, że wymagania dotyczące standardów jakościowych realizacji usługi nie zmieniły się w stosunku do poprzednio prowadzonego postępowania, a jedyna istotna zmiana dotyczy wymagań związanych z obsadą personalną. Godzi się przy tym zauważyć, że Odwołujący się nie zaprzeczył prawidłowości wyliczeń Zamawiającego, co do ilości mopów i ściereczek niezbędnych do prawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia.

Izba przyznaje rację Odwołującemu się, że nie ma podstaw do automatycznego przenoszenia cen uzyskiwanych przez niego w postępowaniu a oferowanych przez podmioty gospodarcze współpracujące z Odwołującym się do ceny oferty Odwołującego się. Z praktyki życia gospodarczego wynika bowiem indywidualizacja zasad współpracy w stosunku do różnych kontrahentów podyktowana różnorodnymi czynnikami np. wielkością obrotu.

Izba zważyła jednak, że ze złożonego jako dowód aneksu do umowy Nr 84/P/2005 z dnia 15.10.2008 r. nie sposób wywieść prawidłowej kalkulacji ceny usługi prania. Z uwagi na brak załączenia tekstu aneksowanej umowy nie można zweryfikować oświadczenia Odwołującego się, co do objęcia ryczałtem całości mopów i ściereczek wymaganych do realizacji zamówienia zgodnie z wymaganiami Zamawiającego, niezależnie od ich ilości, i faktycznego przerzucenia na Pralnię Centralną Sp. z o.o. z siedzibą Szczecinie kosztów związanych z realizacją zamówienia w aspekcie prania. Zatem przedstawiony na rozprawie aneks bez treści pierwotnej umowy, będącej podstawą jego wydania nie może stanowić dowodu na okoliczność rozliczeń pomiędzy stronami i przyjętych do ustalonego w aneksie wynagrodzenia ilości mopów i ściereczek.

Ze złożonych przez Zamawiającego i Przystępującego ofert cenowych pralni wynika, że średni poziom cen usług pralniczych odbiega w istotny sposób od ceny w wysokości skalkulowanej przez Odwołującego się.

Znamienny jest w ocenie Izby brak odpowiedzi ze strony Odwołującego się na zadane na rozprawie pytanie, dotyczące ilości mopów i ściereczek przyjętych przez niego do kalkulacji ceny oferty i odesłanie w tym względzie do literalnego braku wskazania tych wymagań w siwz. Wykonawcy wykonującemu aktualnie zamówienie ilość ta winna być bezwzględnie znana.

Izba dała wiarę stanowisku Odwołującego się o uzyskiwaniu przez niego korzystnych rabatów na środki dezynfekcyjne i myjące. Okoliczność bezsporna korzystania z rabatów

oraz posiadania statusu przedstawiciela są w ocenie Izby obiektywnymi czynnikami mającymi wpływ na cenę oferty Odwołującego się. Jednak wpływ wskazanych okoliczności na cenę oferty Odwołującego się pozostał nieudowodniony. Izba nie ma żadnych podstaw do ustalenia wysokości rabatów, z których faktycznie Odwołujący się korzysta, a tym bardziej ich wpływu na wysokość ceny oferty, w szczególności wykazania przewagi Odwołującego się z tego tytułu nad pozostałymi wykonawcami.

Podobnie w ocenie Izby należy odnieść się do zawartych w proteście i odwołaniu twierdzeń o możliwości obniżenia ceny oferty z powodu formy prowadzenia działalności gospodarczej przez podmioty wchodzące w skład Konsorcjum ZELENT oraz brak kosztów związanych z dowozem pracowników. Mimo, iż stanowią one przesłanki o charakterze obiektywnym mogące mieć zastosowanie na mocy art. 90 ust. 2 Pzp, to jednak zważyć należy, że nie został wskazany ich wpływ na wysokość ceny oferty.

Podnieść należy, że katalog obiektywnych czynników wskazanych w art. 90 ust. 2 Pzp, które Zamawiający jest obowiązany wziąć pod uwagę przy ocenianiu wyjaśnień wykonawcy złożonych w trybie art. 90 ust. 1 Pzp ma charakter taksatywny. Wykonawca może również wykazać inne niż wynikające z art. 90 ust. 2 Pzp obiektywne czynniki wskazujące na prawidłową kalkulację ceny oferty. Odwołujący się nie wskazał na takie czynniki.

„Dla zakwalifikowania oferty do dalszego postępowania nie jest wystarczające złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, lecz wyjaśnień odpowiednio umotywowanych, przekonujących, że zaproponowana oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny” (Wyrok Sądu Okręgowego w

Warszawie z dnia 5 stycznia 2007 roku – sygn. akt V Ca 2214/06).

Z pisma Odwołującego się z dnia 5.11.2008 r. nie sposób wywieść w sposób jednoznaczny przyczyn różnicy między ceną oferty Odwołującego się a kwotą jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia oraz rozbieżności w stosunku do cen zaproponowanych przez innych wykonawców biorących udział w postępowaniu. Przy czym zważyć należy również, że gdyby pominąć ofertę złożoną przez IMPEL, zawierającą błąd w obliczeniu ceny oraz odrzuconą przez Zamawiającego również z powodu zaproponowania ceny rażąco niskiej, to rozbieżność między ceną oferty Odwołującego się a pozostałymi trzema zbliżonymi cenowo ofertami wynosiłaby więcej niż wskazane przez Zamawiającego 18%.

„(...) podstawowym celem art. 90 ustawy jest ochrona zamawiającego przed nienależytym wykonaniem lub niewykonaniem zamówienia w przyszłości, ponadto wspieranie zasady rzeczywistej konkurencji w zamówieniach publicznych. Postępowanie wyjaśniające ma (...) utwierdzić zamawiającego, że dokonana przez niego wstępna ocena oferty jest prawidłowa lub nie” (wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 8 czerwca 2006 roku, sygn. akt V Ca 459/06). Izba stwierdza, że zamawiający prawidłowo ustalił, że wartość części elementów mających wpływ na wysokość ceny pozostaje w dysproporcji do żądanej za wykonanie

10

przedmiotu zamówienia ceny. Z wyjaśnień udzielonych przez Odwołującego się oraz przedstawionych na rozprawie nie wynika, że dysproporcja ta nie znajduje wyrównania w kalkulacji pozostałych elementów mających wpływ na wysokość ceny. Wbrew twierdzeniom Odwołującego się Zamawiający ocenił nie wyłącznie wybiórcze elementy cenotwórcze oferty ale odniósł je do ceny oferty rozumianej jako całość i ocenił cenę oferty w całości uznając ją za rażąco niską.

Zamawiający dokonał zatem prawidłowej weryfikacji wyjaśnień złożonych przez Odwołującego się i konsekwencji odrzucił złożoną przez niego ofertę.

Zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp Izba uznała za nie potwierdzony.

Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp, art. 8 ust 3 Pzp i art. 11 ust 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji nie został podniesiony na rozprawie. Zważyć należy, że samo powołanie przepisu nie tworzy zarzutu. Zarzut stanowi, bowiem wskazanie czynności bądź zaniechania przez Zamawiającego czynności, do których jest zobowiązany na podstawie ustawy (art. 180 ust. 1 Pzp) oraz okoliczności faktyczne wskazujące na naruszenie przepisów prawa. Izba stwierdza, że Zamawiający nie dopuścił się naruszenia przywołanego przepisu.

Izba odmówiła mocy dowodowej dokumentom złożonym na rozprawie, gdyż przedstawione arytmetyczne wyliczenia nie stanowią dowodu w rozumieniu art. 188 ust. 3 Pzp, dokumenty dotyczące innych postępowań pozostają bez związku z okolicznościami sprawy i nie mogą być wzięte przez Izbę pod ocenę, okoliczność objęcia zakresem postępowania większej liczby oddziałów Zamawiającego jest bezsporna między stronami.

Mając na uwadze powyższe Izba na podstawie art. 191 ust. 1 zd. 1 oraz art. 191 ust. 1 a Pzp oddaliła odwołanie.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp oraz § 4 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886) zasądzając koszty zastępstwa prawnego Zamawiającego w kwocie 3600 zł oraz koszty dojazdu pełnomocnika w kwocie 187 zł zgodnie ze sformułowaniem zawartym w rachunku „koszty dojazdu do Warszawy” potwierdzonym złożonymi biletami kolejowymi oraz oświadczeniem do protokołu rozprawy.

11

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) na niniejszy wyrok w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa

Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Szczecinie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....