

WYROK

z dnia 15 stycznia 2020 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 stycznia 2020 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 grudnia 2019 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Impel System Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, Impel Facility Services Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu** w postępowaniu prowadzonym przez **42. Bazę Lotnictwa Szkolnego w Radomiu**

przy udziale wykonawcy **B. L.**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie **zamawiającego**

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 90 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 roku, poz. 1843), poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy B. L. do złożenia wyjaśnień w zakresie wartości usługi sprzątania powierzchni wewnętrznej, oraz art. 91 ust. 1 ustawy – Prawo zamówień publicznych poprzez wadliwy wybór oferty najkorzystniejszej i nakazuje zamawiającemu – **42. Bazie Lotnictwa Szkolnego w Radomiu** – unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w zakresie części II postępowania, wezwanie wykonawcy B. L. do złożenia wyjaśnień w zakresie wartości usługi sprzątania powierzchni wewnętrznej i dokonanie ponownej oceny ofert;
2. W pozostałym zakresie zarzuty odwołania oddala;
3. Kosztami postępowania obciąża **42. Bazę Lotnictwa Szkolnego w Radomiu** i:
 - 3.1. 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**

System Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, Impel Facility Services Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu tytułem wpisu od odwołania,

- 3.2 zasądza od **42. Bazy Lotnictwa Szkolnego w Radomiu** na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Impel System Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, Impel Facility Services Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843), na niniejszy wyrok, w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia, przysługuje skarga, za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, do Sądu Okręgowego w **Radomiu**.

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – 42. Baza Lotnictwa Szkolnego w Radomiu – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest świadczenie usług porządkowych na obiektach wojskowych administrowanych przez 42. Bazę Lotnictwa Szkolnego w Radomiu w 2020 r.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 roku, poz. 1986 ze zm.), zwanej dalej ustawą P.z.p.

W dniu 23 grudnia 2019 roku wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Impel System Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, Impel Facility Services Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu (dalej: odwołujący) wnieśli odwołanie w zakresie części II postępowania zarzucając zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 7 ust. 1 i 3 ustawy P.z.p. poprzez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;
- 2) art. 89 ust. 1 pkt. 3 i 4 ustawy P.z.p. poprzez zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez przystępującego, z uwagi na fakt, że zawiera rażąco niską cenę oraz jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji;
- 3) art. 90 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie wezwania przystępującego do złożenia wyjaśnień z zakresu rażąco niskiej ceny,
- 4) art. 91 ust. 1 i ust. 1a w związku z art. 90 ust. 1-4 ustawy P.z.p. poprzez wadliwy wybór oferty najkorzystniejszej,

W związku z powyższymi zarzutami odwołujący wniósł o:

- 1) nakazanie zamawiającemu uchylecia czynności wyboru oferty przystępującego,
- 2) nakazanie zamawiającemu wezwania przystępującego do wyjaśnień rażąco niskiej ceny na podstawie art. 90 ust. 1 i ust. 1a ustawy P.z.p.,
- 3) nakazanie zamawiającemu odrzucenia oferty złożonej przez przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 3 i 4 ustawy P.z.p.;
- 4) nakazanie zamawiającemu dokonania ponownej oceny ofert i wybór najkorzystniejszej oferty spośród ofert ważnych.

Odwołujący podniósł, że ma interes w złożeniu niniejszego odwołania, ponieważ w razie uwzględnienia odwołania oferta odwołującego będzie ofertą najkorzystniejszą w przedmiotowym postępowaniu.

W uzasadnieniu odwołujący wskazał, że w dniu 12 grudnia 2019 r., na podstawie przekazanego przez zamawiającego zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej (pismo nr 8880/19 z dnia 12 grudnia 2019 r.), powziął informację o wyborze oferty najkorzystniejszej w zakresie II części przedmiotu zamówienia. Odwołujący stwierdził, że nie może zgodzić się z zasadnością takich czynności.

W ocenie odwołującego, oferta przystępującego, w zakresie II części przedmiotu zamówienia, winna zostać odrzucona na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 ustawy P.z.p.

Odwołujący podniósł, że w przedmiotowym postępowaniu, dla II części przedmiotu zamówienia, zamawiający przeznaczył na sfinansowanie 1 209 476,18 zł brutto, natomiast w postępowaniu zostały złożone oferty, jak niżej:

Zamawiający:		42. Baza Lotnictwa Szkolnego CZ. II			
25.11.2019		Czas trwania w m-cach:	12		
L.p.	firma	brutto 1 m-c	brutto kontrakt		
	<i>Budżet</i>	<i>100 789,68</i>	<i>1 209 476,18</i>	Różnica % do średniej wszystkich ofert	Różnica % do budżetu
1.	Kamyczki Meg	82 842,52	994 110,24	-13,98%	-17,81%
2.	Impel	109 778,69	1 317 344,32	13,98%	8,92%

Odwołujący podniósł, że z powyższego zestawienia wynika, że różnica między ofertami złożonymi w postępowaniu wynosi 25%. Odwołujący zarzucił, że zamawiający nie wezwał wybranego wykonawcy do wyjaśnień rażąco niskiej ceny, mimo tak istotnej różnicy między złożonymi ofertami w postępowaniu. W ocenie odwołującego, zamawiający winien powziąć wątpliwości co do możliwości należytego wykonania przedmiotu umowy za cenę zaoferowaną przez wybranego wykonawcę, gdyż wartości wskazane w ofercie wybranego wykonawcy mają charakter zaniżony i przesądzają jednoznacznie, że cena ta jest nierealna i nierzeczywista na tle opisu przedmiotu zamówienia.

Odwołujący stwierdził, że w kalkulacji ceny ofertowej przystępującego zastosowano ewidentnie rażąco niskie ceny jednostkowe zgodnie z poniższą analizą:

		Kamyczki Meg		Średnie stawki wszystkich wykonawców	
Rodzaj powierzchni	powierzchnia m ²	Stawka Brutto	Netto 1 m-c	Średnia stawka	różnica vs Kamyczki Meg
Wewnętrzna	23 218,34	1,00	18 876,70	2,09	-52,04%
zewnątrzna utwardzona	66 698,00	0,70	43 230,19	0,54	+30,84%
zewnątrzna zielona	246 392,00	0,09	20 532,67	0,09	5,88%

W ocenie odwołującego, zamawiający powinien powziąć wątpliwości, co do możliwości prawidłowego wykonania umowy przy zastosowaniu tak niskich stawek. Już pierwsza analiza oferty przystępującego wskazuje na konieczność wezwania tego wykonawcy do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny z uwagi nie tylko na rażąco niższą cenę tej oferty od pozostałych złożonych ofert, ale także z uwagi na:

1. przesunięcie czynników cenotwórczych tej oferty do stawek generujących niższy podatek VAT, co stanowi naruszenie zasad uczciwej konkurencji, przez sztuczne przerzucenie kosztów na stawkę z niższym VAT-em. Dla porównania, stawka opodatkowana 23% VAT-em jest ponad 52% niższa od średniej stawek, natomiast stawka z 8% VAT-em jest wyższa o ponad 30% od średniej stawek.

2. ustalenie, że przy sprzątnięciu powierzchni w miesiącach zimowych (pow. wewnętrzne i teren zewnętrzny utwardzony) suma wartości miesięcznych oferty wykonawcy przystępującego nie pokrywa nawet kosztów zatrudnienia osób wymaganych przez zamawiającego (18 osób na umowę o pracę, zatrudnionych na pełny etat). W przypadku miesięcy uznanych za „zimowe”, tj. listopad-marzec nie jest brane pod uwagę utrzymanie terenów zielonych. Mimo to, zamawiający wymaga w okresie realizacji umowy (§4 pkt 2 i 5 wzoru umowy) wszystkich 18 pracowników. Z powyższego wyliczenia kosztu jednostkowego zatrudnienia pracownika, wynika fakt, że przystępujący nie będzie w stanie pokryć kosztów miesięcznych samych pracowników, nie mówiąc o pozostałych kosztach świadczenia usługi sprzątnięcia takich jak zakup środków higienicznych i chemicznych, sprzętu i maszyn, kosztów transportu i dostawy tych środków, przewidzianego zysku itp.

wart. miesiące zimowe	62 106,88 zł
koszt 18 osób	63 765,18 zł
Brakująca wartość miesięczna	-1 658,30 zł

Odwołujący wskazał, że zakładając płacę minimalną, koszt zatrudnienia jednego pracownika wygląda następująco:

	Umowa o Pracę
KOSZTY ŁĄCZNIE:	3 542,51
płaca brutto 2020 r.	2 600,00
ZUS - koszty z tyt. składek na ubezpieczenia społeczne	520,26
Urlopy i chorobowe - wynagrodzenie chorobowe i świadczenia urlopowe	326,75
PPK (50% obsady)	39,00
ekwiwalent BHP - koszty wynikające z przepisów BHP w ujęciu miesięcznym (odzież ochronna, obuwie, środki ochrony osobistej, ekwiwalent za pranie)	20,89
ZFSS	4,86
Obsługa HR	30,75

Odwołujący podniósł, że z powyższego podsumowania (Tabela nr 2) wynika, że na powierzchnie wewnętrzną przystępujący zamierza skierować tylko 5 pracowników (5,33 etatu). Wykazana powyżej struktura kosztu w sposób jaskrawy pokazuje, że nie można za zaoferowaną przez wybranego wykonawcę cenę oferty wykonać przedmiotu zamówienia. Przekłada się to na absurdalną i nierealną wydajność każdego pracownika na poziomie $544,66 \text{ m}^2 / 1\text{h}$ (każdy pracownik musiałby w ciągu 8h pracy przy pełnym etacie posprzątać 4.357 m^2 powierzchni). W ocenie odwołującego, jest to wysoka i oczywiście nierealna wartość w stosunku do ludzkich możliwości oraz do stosowanych na rynku, a także wymienionych w oficjalnych normach ISSA. Stawka brutto zadeklarowana przez przystępującego $1,00 \text{ zł} \times 23.218,34 \text{ m}^2$ powierzchni wewnętrznej = 23.218,34 zł brutto.

$23.218,34 \text{ zł} - 23\% \text{ (VAT)} = 18.876,70 \text{ zł netto}$ (wartość miesięczna sprzątnięcia powierzchni wewnętrznej)

$18.876,70 \text{ zł} / 3.542,51 \text{ zł kosztu pracowniczego} - 5.33 \text{ etatu}$

3. ustalenie, że po podzieleniu wartości miesięcznej sprzątnięcia powierzchni wewnętrznej przez koszt pracownika, wynika wydajność pracy na poziomie $544 \text{ m}^2 / 1\text{h}$ (4.357 m^2 w ciągu dnia pracy). W ocenie odwołującego, jest to wysoka i nierealna wartość w stosunku do stosowanych na rynku, a także wymienionych w oficjalnych normach ISSA.

Wg odwołującego nie jest możliwe w pełnym zakresie, przy zachowaniu wszelkich norm, minimalnego wynagrodzenia za pracę i innych uwarunkowań rynkowych, spełniając wymagania zamawiającego w kwocie zaproponowanej przez przystępującego wykonać

prawidłowo przedmiot zamówienia w zakresie II części postępowania. Powyższe wyliczenia jednoznacznie wskazują, że zaproponowana przez przystępującego cena, nie jest adekwatna do zakresu prac wymaganych przez zamawiającego i nie jest wystarczająca, aby w sposób należyty świadczyć usługę, co oznacza, że jest ceną rażąco niską i nierealną.

W ocenie odwołującego, kalkulacja wynagrodzenia oferty przystępującego 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, iż 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 danego działania przedsiębiorcy, za czyn nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy. Jeżeli działania podejmowane przez przedsiębiorcę nie wynikają z istoty konkurencji, lecz są podejmowane w celu utrudnienia dostępu do rynku i przy pomocy środków niezajdujących usprawiedliwienia w mechanizmie wolnej konkurencji, stanowią one czyn nieuczciwej konkurencji.

W rezultacie odwołujący stwierdził, iż wybór przez zamawiającego ww. oferty całkowicie świadczy o naruszeniu obowiązujących reguł i mechanizmów oraz zasad, które zamawiający sam ustalił.

Odwołujący przywołał orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, w tym wyrok z dnia 10 maja 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 704/10, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 sierpnia 2010r., sygn. akt KIO/UZP 1605/10 i inne,

Zamawiający na rozprawie w dniu 10 stycznia 2020 roku wniósł o oddalenie odwołania. Wskazał, że cena oferty przystępującego mieści się w kwocie, którą przeznaczył na finansowanie zamówienia. Stwierdził, że nie zaszły tu przesłanki, o których mowa w art. 90 ust. 1a ustawy P.z.p., tj. cena oferty przystępującego nie jest niższa o 30% od szacunkowej wartości zamówienia lub średniej cen zawartych w ofertach. Zarzut rażąco niskiej ceny jest zatem niezasadny – przystępujący na pewno skalkulował cenę w taki sposób, by mógł zamówienie wykonać.

Przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego wniósł o oddalenie odwołania. Stwierdził, że poza sporem jest, iż w sprawie nie zaszły okoliczności, o których mowa w art. 90 ust. 1a ustawy P.z.p.. Powołał się na opinię UZP dotyczącą art. 90 ust. 1 ustawy P.z.p. i stwierdził, że to zamawiający decyduje o tym, czy wezwać wykonawcę

do złożenia wyjaśnień na podstawie tego przepisu. Zamawiający na rozprawie potwierdził, że takiej wątpliwości nie powziął.

W ocenie przystępującego, zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy P.z.p. jest chybiony i co najmniej przedwczesny, gdyż nie można odrzucić oferty na tej podstawie, gdy nie ma przeprowadzonej procedury wyjaśnienia ceny. Zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem KIO, ceny jednostkowe nie mogą być podstawą odrzucenia oferty, jeśli cena globalna nie jest zaniżona.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy P.z.p., wskazał, że ustawa wymaga udowodnienia, że świadczenie usługi poniżej kosztów było umyślne i miało na celu eliminację konkurencji w rozpoznawanej sprawie, a taka okoliczność nie nastąpiła.

Przystępujący zanegował przyjętą przez odwołującego wysokość kosztów zatrudnienia jednego pracownika. Kwota ta nie znajduje oparcia w przepisach prawnych. Aktualnie koszt zatrudnienia jednego pracownika to 3 120.26 zł, co przy zatrudnieniu 18 pracowników daje kwotę 56 164.68 zł na miesiąc. Koszty takie jak urlopy, koszty zastępstwa chorobowego, BHP i szkoleń są to koszty stałe, nie są pokrywane z wynagrodzenia. Przystępujący skalkulował je na podstawie wieloletniego doświadczenia.

Stwierdził, że odwołujący w tabeli nr 3 zawyżył koszty wynagrodzenia pracownika oraz nie uwzględnił faktu, że przystępujący zatrudnia osoby niepełnosprawne i otrzymuje dofinansowanie z PFRON. Obsługę HR przystępujący wykonuje osobiście, koszty PPK wchodzi dopiero od 1 lipca, przy czym przystępujący ma deklarację pracowników, że nie są zainteresowani programem PPK. U przystępującego nie został ustanowiony zakładowy fundusz świadczeń socjalnych. Etaty w wysokości 5.5 zostały oparte na błędnym założeniu. Odwołujący po prostu podzielił wynagrodzenie netto za jeden miesiąc przez zawyżone koszty osobowe. Nie można zastosować tak prostego przeliczenia.

Izba ustaliła, co następuje:

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego o wartości powyżej kwoty określonej na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy (rozdz. I pkt 1 s.i.w.z.).

Przedmiot zamówienia stanowi „Świadczenie usług porządkowych na obiektach wojskowych administrowanych przez 42. Bazę Lotnictwa Szkolnego w Radomiu w 2020 r” (rozdz. IV pkt 1 s.i.w.z.).

W ramach świadczenia przedmiotu zamawiający wskazał, że czynności dotyczące usługi utrzymania czystości w zakresie realizacji zamówienia muszą być wykonywane przez

osoby zatrudnione na umowy o pracę w rozumieniu przepisów ustawy – Kodeks pracy (rozdz. IV pkt 6 s.i.w.z.).

Cenę ofertową, na podstawie której dokonany zostanie wybór najkorzystniejszej oferty – zgodnie z założonym kryterium oceny ofert – stanowi całkowite wynagrodzenie Wykonawcy jakie może on uzyskać z tytułu realizacji przedmiotowego zamówienia (rozdz. XIV pkt 1 s.i.w.z.)

Oferta musi zawierać ostateczną sumaryczną cenę brutto obejmującą wszystkie koszty związane z wykonaniem przedmiotu zamówienia podaną w PLN cyfrowo i słownie (rozdz. XIV pkt 2 s.i.w.z.).

Cena ofertowa musi być jednoznaczna i ostateczna. Zostanie wprowadzona do umowy jako obowiązujące strony wynagrodzenie niezmienne przez okres realizacji zadania (rozdz. XIV pkt 3 s.i.w.z.)

Cenę oferty należy skalkulować w formularzu ofertowym. Wykonawca zobowiązany jest do wypełnienia wszystkich pól formularza. Cena ofertowa powinna obejmować kompletne wykonanie przedmiotu zamówienia określonego w niniejszej SIWZ (rozdz. XIV pkt 4 s.i.w.z.).

Jedynym kryterium oceny ofert była cena (100%) – rozdz. XV pkt 1 s.i.w.z.

Wykonawca w umowie zawartej z wykonawcą zobowiązywał się do zatrudnienia przy realizacji części II zamówienia 18 pracowników (§ 4 ust. 5 projektu umowy).

Szacunkowa wartość zamówienia – 2 870 828,94 zł netto, co stanowi równowartość 665 822,98 euro, w tym na część II zamówienia – 1 078 985,84 zł netto, co stanowi równowartość 250 246,04 euro.

W postępowaniu na część II złożono 2 oferty:

Przystępujący - cena 994 110,24 brutto zł

Odwolujący – cena 1 317 344,32 zł.

Składniki cenotwórcze oferty przystępującego wyglądały następująco:

Powierzchnia wewnętrzna: stawka brutto za 1m² – 1,00 zł, wartość ogólna brutto (zł) za 1 miesiąc – 23 218,34 zł, wartość ogólna zamówienia brutto (zł) – 278 620,08 zł

Powierzchnia zewnętrzna utwardzona: stawka brutto za 1m² – 0,70 zł, wartość ogólna brutto (zł) za 1 miesiąc – 46 688,60 zł, wartość ogólna zamówienia brutto (zł) – 560 263,20 zł

Powierzchnia zewnętrzna zielona: stawka brutto za 1m² – 0,09 zł, wartość ogólna brutto (zł) za 1 miesiąc – 22 175,228 zł, wartość ogólna zamówienia brutto (zł) – 155 226,96 zł.

Podczas otwarcia ofert zamawiający podał kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia: 2 870 828,94 zł netto / 3 231 798,23 zł brutto, w tym na część II zamówienia: 1 078 985,84 zł netto / 1 209 476,18 zł brutto.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie jest zasadne w zakresie zarzutu naruszenia art. 90 ust. 1 ustawy P.z.p., poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy B. L. do złożenia wyjaśnień w zakresie wartości usługi sprzątania powierzchni wewnętrznej, oraz art. 91 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez wadliwy wybór oferty najkorzystniejszej.

W pozostałym zakresie odwołanie jest bezzasadne.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że odwołujący jest uprawniony do korzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy P.z.p.

Odnosząc się do uznanego za zasadny zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 90 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie wezwania przystępującego do złożenia wyjaśnień z zakresu rażąco niskiej ceny, Izba wskazuje, iż zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy P.z.p., jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, 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 albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2018 r. poz. 2177);
- 2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów;
- 3) wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;
- 4) wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska;

- 5) powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.

Zgodnie natomiast z art. 90 ust. 1a ustawy P.z.p., ustawy P.z.p., w przypadku, gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od:

- 1) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia;

- 2) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania, w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych, zamawiający może zwrócić się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1.

Analiza wskazanych wyżej przepisów prawnych pozwala na wniosek, iż w sytuacji, gdy cena oferty jest niższa o 30% od wartości szacunkowej zamówienia, powiększonej o wartość podatku VAT, lub średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert, i rozbieżność nie wynika z okoliczności oczywistych, zamawiający ma obowiązek wezwać wykonawcę do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny. W sytuacji zaś, gdy cena lub koszt oferty lub ich istotne części składowe wydają się zamawiającemu niskie, wzywa on wykonawcę do złożenia stosownych wyjaśnień.

W rozpoznawanej sprawie nie było sporu pomiędzy stronami w zakresie tego, że cena oferty przystępującego nie była niższa o 30% od wartości szacunkowej zamówienia ani średniej arytmetycznej innych ofert. Zamawiający nie był zatem obowiązany wzywać przystępującego do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 1a ustawy P.z.p.

Odnosząc się do czynności wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy P.z.p., Izba wskazuje, że wskazany przepis jest narzędziem służącym zamawiającemu do badania ceny (kosztu) lub istotnych składników cenotwórczych w sytuacji, gdy nie ma podstaw do zastosowania art. 90 ust. 1a ustawy P.z.p., a mimo to zamawiający widzi potrzebę wyjaśnienia pewnych kwestii dotyczących ceny. Przesłanki zastosowania przepisu mają co do zasady charakter subiektywny, gdyż odnoszą się do ewentualnych wątpliwości powstałych po stronie zamawiającego, niemniej jednak, w ocenie Izby, nie jest tak, że po stronie zamawiającego pozostaje zupełna dowolność w kwestii zastosowania wskazanego przepisu. Podkreślić należy, że przepis art. 90 ust. 1 ustawy P.z.p. w poprzednim brzmieniu (sprzed nowelizacji z dnia 22 czerwca 2016 r. Dz. U. 2016, poz. 1020) również opierał się na subiektywnej ocenie zamawiającego, a mimo to nie było

wątpliwości co do tego, że w pewnych okolicznościach zamawiający jest obowiązany do jego zastosowania, również w sytuacjach, gdy różnica pomiędzy ceną oferty a wartością zamówienia lub średnią arytmetyczną innych ofert nie przekracza 30%.

Zamawiający podniósł, że zarówno cena, jak i jej elementy cenotwórcze w ofercie przystępującego, nie budziły jego wątpliwości. Przystępujący wskazał, że był wykonawcą przedmiotowego zamówienia w poprzednim roku, gdzie stawka za sprzątanie powierzchni wewnętrznej wynosiła 0,94 zł. Usługa była wykonywana prawidłowo, co zamawiający potwierdził stosownymi referencjami.

Wskazać jednak należy, że poprzednio zaoferowana cena w zakresie sprzątania powierzchni wewnętrznej nie była przez zamawiającego weryfikowana. Za niewystarczający należy zatem uznać argument, że aktualna stawka jest prawidłowa, ponieważ poprzednia niewiele się od niej różniła.

Argumentacja odwołującego opierała się na podzieleniu wartości sprzątania powierzchni wewnętrznej w ofercie przystępującego (18.876,70 zł) przez koszt zatrudnienia pracownika z minimalnym wynagrodzeniem od 1 stycznia 2020 roku (3.542,51 zł). Uzyskana w wyniku takiego działania kwota (5,33) wskazywała na ilość etatów przeznaczonych przez przystępującego do sprzątania powierzchni wewnętrznych i – w ocenie odwołującego – była niewystarczająca do realizacji zamówienia w tym zakresie.

Izba nie do końca podziela stanowisko odwołującego, a to z tego względu, że koszty pracownicze, które przyjął odwołującego, zostały przez niego zawyżone. Koszty pracodawcy zatrudniającego na pełen etat pracownika z najniższym wynagrodzeniem wynoszą bowiem w 2020 roku 3 132,48 zł i składają się na nie: wynagrodzenie (2 600 zł), ubezpieczenie emerytalne (253,76 zł), ubezpieczenie rentowe (169,00 zł), ubezpieczenie wypadkowe (43,42 zł), Fundusz Pracy (63,70 zł), Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych (2,60 zł). Niemniej jednak wykonanie analogicznego działania z uwzględnieniem rzeczywistych kosztów pracowniczych wskazuje na ilość 6 etatów przeznaczonych do wykonania usługi w zakresie powierzchni wewnętrznych. Nadal jest to ilość dalece odbiegająca od wymaganych przez zamawiającego 18 osób zatrudnionych na pełny etat.

Przystępujący podnosił, że proste podzielenie wartości usługi przez koszty pracownicze nie jest prawidłowe. Wskazywał, że zatrudnia osoby niepełnosprawne i z tego tytułu otrzymuje dofinansowanie z PFRON. Nie przedstawił jednak żadnej informacji na temat ilości zatrudnianych osób niepełnosprawnych ani też kwoty dofinansowania z tego tytułu oraz jej wpływu na wartość usługi w zakresie sprzątania powierzchni wewnętrznych.

W ocenie Izby, sporna kwestia wymaga wyjaśnienia. Odwołujący podniósł, że ilość etatów, którą przewidział przystępujący, jest niewystarczająca do wykonania usługi w zakresie powierzchni wewnętrznej. Przystępujący zakwestionował wyliczenia odwołującego, jednakże nie wskazał iloma osobami ma zamiar realizować usługę i w jaki sposób dokonał kalkulacji. Nie wiadomo zatem, czy przyjęta przez niego kalkulacja odpowiada wymogom wskazanym w s.i.w.z. i nie jest rażąco zaniżona.

Z powyższych powodów Izba uznała za zasadny zarzut naruszenia art. 90 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie wezwania przystępującego do złożenia wyjaśnień w zakresie wartości usługi sprzątnia powierzchni wewnętrznej oraz art. 91 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez wadliwy wybór oferty najkorzystniejszej i nakazała zamawiającemu wezwanie przystępującego do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej stawki za sprzątnie powierzchni wewnętrznej.

Izba nie uwzględniła zarzutów naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt. 3 i 4 ustawy P.z.p. poprzez zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez przystępującego, z uwagi na fakt, że zawiera rażąco niską cenę oraz jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. W ocenie Izby zarzuty te są przedwczesne, a ich ewentualne podniesienie mogłoby nastąpić dopiero po złożeniu przez przystępującego wyjaśnień, o których mowa w pkt. 1 sentencji niniejszego orzeczenia.

Biorąc pod uwagę powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy P.z.p., czyli stosownie do wyniku postępowania.

.....