

WYROK

z dnia 30 czerwca 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Rakowska

Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 czerwca 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 czerwca 2022 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Impel System Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, ul Słonimskiego 1, 50-304 Wrocław i Impel Facility Services Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, ul Słonimskiego 1, 50-304 Wrocław** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Administrację Domów Miejskich „ADM” Sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy, ul. Śniadeckich 1, 85-011 Bydgoszcz**

przy udziale wykonawcy **Amlux Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Grójecka 77, 02-094 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu nr 2 odwołania, tj. zarzutu dotyczącego naruszenia art. 18 ust. 1-3 ustawy Pzp przez zaniechanie przez zamawiającego odtajnienia wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez Wykonawcę **Amlux Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**,
2. Oddala odwołanie.
3. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Impel System Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, ul Słonimskiego 1, 50-304 Wrocław i Impel Facility Services Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, ul Słonimskiego 1, 50-304 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 System Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, ul Słonimskiego 1, 50-304 Wrocław i Impel Facility Services Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, ul Słonimskiego 1, 50-304 Wrocław** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Impel System Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, ul Słonimskiego 1, 50-304 Wrocław i Impel Facility Services Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, ul Słonimskiego 1, 50-304 Wrocław** na rzecz zamawiającego **Administracji Domów Miejskich „ADM” Sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy, ul. Śniadeckich 1, 85-011 Bydgoszcz** kwotę **4 219 zł 20 gr** (słownie: cztery tysiące dwieście dziewiętnaście złotych dwadzieścia groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika, kosztów dojazdu na rozprawę oraz opłaty skarbowej od pełnomocnictwa.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Administracja Domów Miejskich „ADM” Sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy, zwana dalej „Zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2019 r., poz.2019 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na „Wykonywanie usług polegających na utrzymaniu czystości budynków, podwórzy, chodników, placów oraz utrzymaniu czystości i pielęgnacji terenów zielonych w nieruchomościach zarządzanych przez "ADM".

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 30 marca 2022 r. pod pozycją nr 2022/S 063-166280.

W dniu 13 czerwca 2022 r. (pismem z tej samej daty) wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Impel System Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu i Impel Facility Services Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, zwani dalej „Odwołującym”, wnieśli odwołanie wobec czynności i zaniechań Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, zarzucając Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów, które ma wpływ na wynik postępowania w Zadaniu nr 1 - nr 5, tj.:

1. art. 16 pkt. 1 ustawy Pzp poprzez naruszenie przez Zamawiającego zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców przy ocenie oferty Wykonawcy Amlux Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zwany dalej "Wykonawcą Amlux",
2. art. 18 ust. 1-3 ustawy Pzp przez zaniechanie przez Zamawiającego odtajnienia wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez Wykonawcę Amlux,
3. art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie przez Zamawiającego odrzucenia oferty Wykonawcy Amlux jako niezgodnej z warunkami zamówienia,
4. art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp poprzez zaniechanie przez Zamawiającego odrzucenia oferty Wykonawcy Amlux z tego powodu, że oferta została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,
5. art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp poprzez zaniechanie przez Zamawiającego odrzucenia oferty Wykonawcy Amlux jako zawierającej rażąco niską cenę,
6. art. 239 ust 1 ustawy Pzp poprzez wadliwy wybór przez Zamawiającego najkorzystniejszej oferty.

Odwołujący wniósł o:

1. nakazanie Zamawiającemu uchylecia czynności wyboru oferty wybranego Wykonawcy Amlux,

2. nakazanie Zamawiającemu odtajnienia wyjaśnień rażąco niskiej ceny Wykonawcy Amlux,
3. nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty Wykonawcy Amlux na podstawie przepisu art. 226 ust. 1 pkt 5, 7, 8 ustawy Pzp,
4. nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownej oceny ofert i wybór najkorzystniejszej oferty spośród ofert ważnych.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał m.in.:

Odnośnie zarzutu 1 Odwołujący podniósł m. in., że Wykonawca Amlux w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 10 maja 2022r. złożył wyjaśnienia rażąco niskiej ceny w zakresie Zadania nr 1 - nr 5, które zostały zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa. Wskazane działanie wybranego Wykonawcy jest bezprawne, gdyż w ww. wyjaśnieniach nie zostały wykazane okoliczności uzasadniające utajnienie oraz dlatego, że informacje zawarte w ww. dokumencie nie stanowią i nie są kwalifikowane jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Znamiona bezprawności nosi także zachowanie Zamawiającego polegające na zaniechaniu odtajnienia informacji nieposiadających cechy poufności, zastrzeżonych przez wybranego Wykonawcę. Zaniechanie odtajnienia przez Zamawiającego wyjaśnień, stanowi naruszenie podstawowych i fundamentalnych zasad ustawy Prawo zamówień publicznych. Obowiązek przeprowadzenia przywołanej procedury stanowi urzeczywistnienie zasady jawności. Zaniechania Zamawiającego we wskazanym zakresie są tym bardziej rażące, że uniemożliwiają pozostałym uczestnikom postępowania, weryfikację zdolności wybranego Wykonawcy tak do udziału w procedurze, jak również zdolności do należytego wykonania zamówienia.

Odwołujący podkreślił, że zasada jawności w systemie zamówień publicznych jest jedną z podstawowych zasad, które należy uwzględniać w trakcie przygotowywania oraz przeprowadzania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a która może doznać ograniczenie wyłącznie w warunkach art. 18 ust. 1-3 ustawy Prawo zamówień publicznych. W procesie udzielania zamówienia zasada jawności przejawia się dwójako: przez upublicznienie chęci udzielenia określonego rodzaju zamówienia oraz w jawności całej dokumentacji w tymże postępowaniu o udzielenie zamówienia. Zasadę jawności postępowania wyraża art. 18 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Postępowanie o zamówienie publiczne jest jawne, dlatego każde naruszenie zasady jawności przyczynia się do wadliwości postępowania i w efekcie może prowadzić do jego unieważnienia. Ustawa prawo zamówień publicznych wprowadzając generalną zasadę jawności, również w stosunku do złożonych ofert, czyni jednak zastrzeżenie, iż Zamawiający nie może ujawnić informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli Wykonawca składając ofertę, zastrzeże w odniesieniu do tych informacji, że mogą być one ogólnie udostępnione. Tajemnicę przedsiębiorstwa definiuje art.

11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Tym samym, określona informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, jeżeli spełnia łącznie trzy warunki. Ocena, czy dowolna informacja zastrzeżona przez wykonawcę stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, podobnie, jak wszystkie inne czynności w postępowaniu, jest obowiązkiem Zamawiającego wyrażonym w przepisie art. 18 ust. 1 -3 ustawy prawo zamówień publicznych (por. aktualne tezy z wyroku KIO z dnia 1 sierpnia 2008 r. - sygn. akt: KIO/UZP 745/08; wyrok KIO z dnia 30 czerwca 2008 r. - sygn. akt: KIO/UZP 595/08). Ponadto, zgodnie z utrwalonym stanowiskiem zarówno orzecznictwa jak i doktryny pojęcie tajemnicy przedsiębiorstwa, jako wyjątek od fundamentalnej zasady jawności postępowania o zamówienie publiczne powinno być interpretowane ściśle. Zaniechanie odtajnienia wyjaśnień rażąco niskiej ceny uniemożliwia Odwołującemu ocenę prawidłowości kalkulacji ceny oferty wybranego Wykonawcy.

Odnośnie zarzutu 2 Odwołujący podniósł, że oferta wybranego Wykonawcy winna zostać odrzucona z uwagi na to, że oferta jest niezgodna z warunkami zamówienia; oferta została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji; oferta zawiera rażąco niską cenę. Odwołujący wskazał na rażąco niską cenę i na błędny sposób wyliczenia ceny ofertowej przez wybranego Wykonawcę Amlux, załączając do odwołania tabele dotyczące każdego z zadań. Odwołujący wskazał, że taki sposób kalkulacji ceny oferty potwierdza, że oferta wybranego Wykonawcy jest niezgodna z warunkami zamówienia na gruncie przepisu art. 226 ust. 1 pkt. 5 ustawy Pzp. Na potwierdzenie, że zaoferowane przez Wykonawcę Amlux stawki są stawkami nierynkowymi, Odwołujący przedłożył dowody w postaci ofert na wykonanie usług, objętych przedmiotem zamówienia w zadaniach nr 1-5, pochodzących od wyspecjalizowanych w tych usługach wykonawców. Dodał także, że wyliczenia i załączone do odwołania dowody, wskazują, że zaproponowane przez wybranego Wykonawcę ceny nie są adekwatne do zakresu prac wymaganych przez Zamawiającego i nie są wystarczające, aby w sposób należyty świadczyć usługę, co oznacza, że ceny ofert tego Wykonawcy w zadaniach nr 1 - 5 są cenami rażąco niskimi i nierealnymi. Kalkulacje ofert wybranego Wykonawcy na takim poziomie stanowią 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.). Deklaracja wybranego Wykonawcy w zakresie realizacji niniejszego zamówienia za powyższe ceny grozi Zamawiającemu nienależytym wykonaniem lub niewykonaniem zamówienia w przyszłości. W rezultacie Odwołujący stwierdził, iż wybór przez Zamawiającego w/w ofert w poszczególnych zadaniach całkowicie świadczy o naruszeniu obowiązujących reguł i mechanizmów oraz zasad, które Zamawiający sam ustalił.

W konsekwencji powyższego Odwołujący wskazał, iż ceny zaproponowane przez wybranego Wykonawcę w jego ofertach mają charakter rażąco niski. Ceny ofertowe są

niewiarygodne i nierealistyczne w porównaniu do pozostałych, złożonych w postępowaniu, cen rynkowych, jak również kwoty, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na finansowanie zamówienia.

W dniu 13 czerwca 2022 r. Zamawiający, za pośrednictwem środków komunikacji elektronicznej za pomocą platformy zakupowej przekazał wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu informację o odwołaniu wraz z kopią odwołania oraz informacją o możliwości zgłoszenia przystąpienia wykonawców do postępowania odwoławczego.

W dniu 15 czerwca 2022 r. (pismem z tej samej daty) Wykonawca Amlux zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego, po stronie Zamawiającego, przekazując kopie przystąpienia Odwołującemu i Zamawiającemu.

W dniu 28 czerwca 2022 r. (pismem z dnia 23 czerwca 2022 r.) Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której oświadczył że uwzględni odwołanie w części dotyczącej zarzutu zaniechania odtajnienia treści wyjaśnień złożonych przez Wykonawcę Amlux w zakresie rażąco niskiej ceny niektórych jej elementów. W pozostałej części, tj. zarzutów nr 1 i 3-5 odwołania wniósł o ich oddalenie i zasądzenie na rzecz Zamawiającego kosztów postępowania, zgodnie ze spisem kosztów.

Przystępujący (Wykonawca Amlux) oświadczył na posiedzeniu w dniu 29 czerwca 2022 r., iż nie wnosi sprzeciwu co do uwzględnienia tego zarzutu.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym SWZ, złożone oferty, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron oraz Przystępującego złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp.

Izba również stwierdziła, że wypełniono przesłanki istnienia interesu Odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 505 ust 1 ustawy Pzp.

Izba rozpoznając sprawę uwzględniła akta sprawy odwoławczej, które zgodnie z § 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz. U. z 2020 r. poz. 2453) stanowią odwołanie wraz z załącznikami oraz dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia w postaci elektronicznej lub kopia dokumentacji, o której mowa w § 7

ust. 2, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma kierowane przez Izbę lub Prezesa Izby w związku z wniesionym odwołaniem.

Izba uwzględniła także stanowiska oraz oświadczenia Stron i Przystępującego wyrażone w pismach oraz złożone ustnie przez Strony i Przystępującego do protokołu posiedzenia i rozprawy.

Izba dopuściła także zawnioskowany i złożony przez Wykonawcę Amlux (Przystępującego) w trakcie rozprawy dowód w postaci wyciągu z oferty Odwołującego, tj. Formularza cenowego złożonego przez tego wykonawcę w innym postępowaniu.

Postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu nr 2 odwołania, tj. zarzutu dotyczącego naruszenia art. 18 ust. 1-3 ustawy Pzp przez zaniechanie przez zamawiającego odtajnienia wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez Wykonawcę Amlux Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zostało umorzone na podstawie art. 522 ust. 4 ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe skład orzekający Izby merytorycznie rozpoznał złożone odwołanie.

Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp poprzez zaniechanie przez Zamawiającego odrzucenia oferty Wykonawcy Amlux jako zawierającej rażąco niską cenę nie potwierdził się.

Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający prowadzi postępowanie z podziałem na 6 zadań.

Szacunkową wartość zamówienia Zamawiający ustalił na kwotę 4 956 858,95 zł, co stanowi równowartość 1 113 000,48, euro (protokół postępowania), w tym:

- zadanie 1: kwota netto 85 778,51 zł / brutto 94 893,10 zł/ 19 260,49 euro,
- zadanie 2: kwota netto 1 659 587,72 zł / brutto 1 844 363,74 zł/ 372 639,60 euro,
- zadanie 3: kwota netto 647 347,82 zł / brutto 730 723,41 zł/ 145 353,83 euro,
- zadanie 4: kwota netto 988 297,38 zł / brutto 1 102 177,16 zł/ 221 909,78 euro,
- zadanie 5: kwota netto 290 570,45 zł / brutto 332 085,00 zł/ 65 243,95 euro,
- zadanie 6: kwota netto 293 905,28 zł / brutto 359 490,11 zł/ 65 992,75 euro.

Zamawiający przed otwarciem ofert poinformował wykonawców, iż na sfinansowanie usługi zamierza przeznaczyć kwotę w wysokości (protokół postępowania):

- zadanie 1: 94 893,10 zł brutto,
- zadanie 2: 1 844 363,74 zł brutto,
- zadanie 3: 730 723,41 zł brutto,

- zadanie 4: 1 102 177,16 zł brutto,
- zadanie 5: 332 085,00 zł brutto,
- zadanie 6: 359 490, 11 zł brutto.

W postępowaniu złożono:

- zadanie 1: 2 oferty, tj.: oferta Odwołującego – 106 968,06 zł brutto, oferta Wykonawcy Amlux – 75 315,87 zł brutto,
- zadanie 2: 2 oferty, tj.: oferta Odwołującego – 1 561 728,68 zł brutto, oferta Wykonawcy Amlux – 1 428 237, 54 zł brutto,
- zadanie 3: 2 oferty, tj.: oferta Odwołującego – 899 050,35 zł brutto, oferta Wykonawcy Amlux – 678 094,00 zł brutto,
- zadanie 4: 2 oferty, tj.: oferta Odwołującego – 1 263 923,28 zł brutto, oferta Wykonawcy Amlux – 970 330,38 zł brutto,
- zadanie 5: 2 oferty, tj.: oferta Odwołującego – 341 967,42 zł brutto, oferta Wykonawcy Amlux – 309 077,29 zł brutto,
- zadanie 6: 2 oferty, tj.: oferta Odwołującego – 406 778,25 zł brutto, oferta Wykonawcy Security & Cleaning System Sp. z o.o. z siedziba we Wrocławiu – 380 881,76 zł brutto.

Wykonawca Amlux w złożonych formularzach cenowych dla kilku a nawet kilkunastu pozycji tego formularza dla poszczególnych zadań (zadań 1-5) wskazał cenę jednostkową netto w wysokości 0,01 zł.

Zamawiający, pismem z dnia 10 maja 2022 r., wezwał Wykonawcę Amlux do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny (art. 224 ustawy Pzp).

W dniu 18 maja 2022 r. Wykonawca Amlux złożył wyjaśnienia, zastrzegając złożone wyjaśnienia jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Oferta Wykonawcy Amlux została wybrana jako najkorzystniejsza w zakresie zadania 1 - 5.

Powyższe zakwestionował Odwołujący, wnosząc odwołanie będące przedmiotem tego postępowania odwoławczego.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp stanowi, że Zamawiający odrzuca ofertę jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. W przypadku podejrzenia, że cena lub koszt mogą być rażąco niskie, Zamawiający zwraca się do wykonawcy w trybie art. 224 ustawy Pzp o złożenie stosownych wyjaśnień. Wezwanie skierowane do wykonawcy oznacza, że jest on zobowiązany do wykazania, że zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niska. Wezwany wykonawca ma obowiązek złożenia

wyczerpujących wyjaśnień. Są one składane celem stwierdzenia, że podejrzenie Zamawiającego dotyczące rażąco niskiej ceny było nieuzasadnione. Wykonawca zobowiązany jest nie tylko do przedstawienia argumentów dotyczących zaoferowanej ceny ale również do przedstawienia dowodów na ich poparcie, tak aby na ich podstawie Zamawiający mógł zweryfikować treść złożonych wyjaśnień.

Przekładając powyższe na przedmiotowy stan faktyczny stwierdzić należy, że Zamawiający powziął wątpliwości co do cen jednostkowych oferowanych przez Wykonawcę Amlux dla zadania 1-5, gdyż wykonawca ten w złożonych formularzach cenowych dla kilku a nawet kilkunastu pozycji formularza dla poszczególnych zadań wskazał cenę jednostkową netto w wysokości 0,01 zł.

Usługi wycenione na 0,01 zł dotyczyły m.in.:

- „jednorazowego cięcia krzewów powyżej 1 m – usługa na zlecenie (szt.) (...)”,
- „jednorazowego grabienia liści wraz z wywozem biomasy – usługa na zlecenie (m²) (...)”,
- „jednorazowego obowiązkowego utrzymania czystości poprzez wygrabianie terenów zielonych na wiosnę z wywozem biomasy – usługa na zlecenie (m²) (...)”,
- „utrzymania czystości podwórzy, chodników, placów itp. - usługa na zlecenie (m²) (...)”.
- „jednorazowego cięcia krzewów poniżej 1 m – usługa na zlecenie (szt.) (...)”
- uprzątnięcia i wygrabienia terenu po wywozie odpadów innych, niż komunalne (opony, papa itp.) z terenów nie objętych usługami bieżącego utrzymania czystości (m²) - usługa na zlecenie (...)”,
- „jednorazowego podlewania wskazanych nasadzeń (drzew, krzewów) w okresie od kwietnia do września - usługa na zlecenie (sztuki nasadzeń) (...)”,
- „jednorazowego utrzymania czystości strychów – usługa na zlecenie (m²) (...)”,
- „jednorazowego mycia okien – usługa na zlecenie (m²) (...)”,
- „jednorazowego koszenia trawy wraz z wygrabieniem i wywozem biomasy - usługa na zlecenie (m²) (...)”.

(Usługi te dla potrzeb niniejszego orzeczenia, wskazano jedynie przykładowo, nie podając przy tym powierzchni i ilości sztuk, gdyż są one różne dla różnych zadań).

Ceny tak wycenionych usług zakwestionował Odwołujący wskazując, że cena zaoferowana przez Wykonawcę Amlux jest niezgodna z warunkami zamówienia, jego oferta została złożona bowiem w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i zawiera rażąco niską cenę. Odwołujący podniósł, że wykonawca ten oparł wyliczenia na błędnym sposobie wyliczenia ceny oferty i zamieścił w treści odwołania wyliczenia dotyczące usług realizowanych w ramach każdego z zadań, a które zostały wycenione przez wykonawcę Amlux na 0,01 zł.

Złożone kalkulacje Odwołujący oparł na wyliczeniach, uwzględniających koszty pracy, tj. koszty 1 rbh pracownika zatrudnionego na podstawie umowy o pracę (przy uwzględnieniu

minimalnego wynagrodzenia za rok 2022 w wysokości 3010 zł), koszty zatrudnienia, dofinansowania z PEFRON, koszty sprzętu w odniesieniu do jednorazowej usługi, koszty materiałów w odniesieniu do jednorazowej usługi, koszty odpadów w odniesieniu do jednorazowej usługi oraz koszty dodatkowej jednorazowej usługi, dodając w komentarzu do ceny kwestionowanej usługi m.in., że usługa wyspecyfikowana w danej pozycji formularza cenowego nie zawiera odpowiednio: „kosztów osobowych”, „kosztów wywozu biomasy”, „kosztów związanych z transportem”, „kosztów za wodę”, „kosztów wykonania usługi”, itp.

Tymczasem Wykonawca Amlux – tak w złożonych wyjaśnieniach, jak i w oświadczeniu złożonym na rozprawie - twierdził, że prace te, a są to zadania wykonywane jednorazowo bądź też w określonych odstępach czasu, będą wykonywane przez osoby znajdujące się już na obiektach, a więc już zatrudnione do wykonywania usług czy też zadań podstawowych na podstawie umowy o pracę. Oznacza to, że dla tych pozycji formularza cenowego nie będą ponoszone dodatkowo koszty zatrudnienia dodatkowych osób, gdyż pracownicy już zatrudnieni będą wykonywać te usługi w całości lub części w ramach już przydzielonych zadań, tj. wykonywanych w ramach umowy o pracę. Powyższe uzasadnia odpowiednia organizacja pracy uwzględniająca określone urządzenia i sprzęt w zestawieniu z czasem pracy osób wykonujących zadania podstawowe, która stanowi know-how wykonawcy i daje możliwość zrealizowania w całości lub w części przez te osoby (osoby już zatrudnione do wykonywania zadań podstawowych) zadań wykonywanych dodatkowo. Wykonawca Amlux w załączeniu do wyjaśnień złożył 12 umów o pracę, wskazując także na efekt skali.

Z zestawienia tych dokumentów (wyjaśnień i załączników do tych wyjaśnień oraz wyliczeń Odwołującego) wynika, że każdy z wykonawców ubiegających się o udzielenie tego zamówienia w inny sposób kalkulował cenę swojej oferty. Odwołujący – jak wynika z wyliczeń załączonych do odwołania - oparł się wyliczając cenę danej usługi w ofercie Przystępującego (wykonawcy Amlux) na zatrudnianiu do realizacji tych usług, usług wycenionych na 0,01 zł, osób zatrudnionych na podstawie umowy o pracę. Stanowisko to oparł więc na takich danych i takich założeniach, które sam uznał za właściwe. Z powyższego więc wynika, że Odwołujący w wyliczeniach uwzględniał do realizacji kwestionowanych usług koszt wynagrodzenia osób dodatkowo zatrudnionych na podstawie umowy o pracę podczas gdy wykonawca Amlux realizację tych zadań powierzał osobom już zatrudnionym do realizacji innych zadań, którzy poza tymi przypisanymi już zadaniami podstawowymi będą wykonywać dodatkowe zadania czyli usługi, które wyceniono na 0,01 zł. Wykonawca ten będzie korzystał także z podwykonawców. Zakres podwykonawstwa wskazany w JEDZ obejmuje bowiem niektóre usługi, dla których zostały w formularzu cenowym podane ceny w kwocie 0,01 zł. Realność zastosowanych przez niego stawek potwierdzają także złożone oferty handlowe. Oferty te nie są identyczne z ofertami

przedłożonymi przez Odwołującego. Nie oznacza to jednak, że nie są realne. Przeciwnie potwierdzają one prawidłowość dokonanej przez niego kalkulacji ceny. Także konsekwentnie kwestionowany przez Odwołującego koszt odbioru biomasy w zestawieniu ze złożonym oświadczeniem wykonawcy, który zobowiązuje się dokonać jego odbioru bezpłatnie nie może się ostać. Jednoznacznie potwierdza to złożona oferta handlowa.

Realność wskazanej ceny jednostkowej wynika także z wyciągów z formularzy cenowych składanych przez wykonawcę Amlux w innych postępowaniach. Pokazują bowiem ceny, za które realizuje on aktualnie tego rodzaju usługi. Co więcej taką cenę w innym postępowaniu zaoferował także Odwołujący. Oznacza to, że ceny jednostkowe w wysokości 0,01 zł pozwalają na prawidłową realizację zamówienia.

Nie sposób i nie odnieść się do argumentów podniesionych przez Zamawiającego, który słusznie wskazywał na treść projektu umowy, która zapewnia wykonawcy comiesięczne wynagrodzenie obejmujące zawsze stałe elementy za wykonanie podstawowego zakresu usług, które może być podwyższone stosownie do wykonanych w danym miesiącu usług dodatkowych. Należy bowiem podkreślić, że wynagrodzenie wykonawcy jest wynagrodzeniem kosztorysowym, które jest ustalone na podstawie faktycznie wykonanych i odebranych przez Zamawiającego usług, przy zastosowaniu obowiązujących ceny jednostkowych netto mających charakter ryczałtowy, tj. niezmienny w całym okresie obowiązywania umowy, określonych w Formularzu Cenowym.

Tym samym stwierdzić należy, że zarzut rażąco niskiej ceny wykazywany poprzez przedstawione wyliczenia Odwołującego nie potwierdził się.

Art. 555 ustawy Pzp stanowi, że Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Oznacza to, że w postępowaniu odwoławczym Izba rozstrzyga tylko w przedmiocie zarzutów zawartych w odwołaniu. Nie jest więc możliwe podniesienie nowych zarzutów ani też rozszerzenie podstawy faktycznej zarzutów, w tym także na rozprawie, a więc po upływie terminu na wniesienie odwołania. Zarzuty podnoszone przez Odwołującego w odwołaniu konstruowane są wobec konkretnych czynności podejmowanych przez Zamawiającego. Poza wskazaniem naruszanych przepisów istotne znaczenie ma sprecyzowanie na czym polega ich naruszenie w konkretnym przypadku, co wymaga szczegółowego opisanie kwestionowanego działania. Odwołujący wniósł odwołanie, w którym postawił m.in. zarzut zaniechania odtajnienia wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez Wykonawcę Amlux. Zarzut ten został uwzględniony przez Zamawiającego i w tym zakresie Wykonawca Amlux (Przystępujący) nie wniósł sprzeciwu. Odtajnienie zastrzeżonych informacji jest czynnością Zamawiającego, która pozwala wykonawcy na zapoznanie się z dokumentami zastrzeżonymi przez innego wykonawcę i stanowi samodzielną podstawę do skorzystania przez niego ze środków ochrony prawnej. Izba jest

bowiem uprawniona do oceny prawidłowości zachowania Zamawiającego jedynie przez pryzmat sprecyzowanych w odwołaniu okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających jego wniesienie. Oznacza to, że na tym etapie postępowania, kwestionowanie wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez Wykonawcę Amlux - w taki sposób jak uczynił to Odwołujący – a więc przez pryzmat treści odtajnionego dokumentu nie może mieć miejsca, gdyż stanowi nieuprawnione rozszerzenie zarzutu (jego podstawy prawnej i faktycznej).

Nie potwierdziły się także zarzuty dotyczące tego, że cena zaoferowana przez Wykonawcę Amlux jest niezgodna z warunkami zamówienia, a jego oferta została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zarzuty te nie potwierdziły się wobec uznania, że zarzut rażąco niskiej ceny nie potwierdził się. A ponadto Odwołujący w tym zakresie poza postawieniem zarzutów nie przedstawił żadnych argumentów wskazujących na ich zasadność.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 574 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 ze zm.) oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 pkt 1) w zw. z § 5 pkt 1 lit. a) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r., poz. 2437).

Przewodniczący: