

WYROK
z dnia 11 stycznia 2018 roku

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Klaudia Szczytowska-Maziarz

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 stycznia 2018 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 grudnia 2017 roku przez wykonawcę **Eco-Plan S.A. ze Słupska (76-200)** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **33 Bazę Lotnictwa Transportowego z Powidza Osiedle (62-430)**,

przy udziale wykonawcy **Impel Cleaning Sp. z o.o. z Wrocławia (53-111)**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu zaniechania wezwania do wyjaśnienia istotnych części składowych oferty wykonawcy Impel Cleaning Sp. z o.o. z Wrocławia (53-111) oraz oferty wykonawcy D.B., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Biuro Projektowe Ogrody Hesperyd z Żagania (68-100) wobec uznania, że ceny i istotne części składowe ww. ofert nie budzą wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego w SIWZ i nie wydają się rażąco niskie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie w zadaniu nr 1 czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Impel Cleaning Sp. z o.o. z Wrocławia (53-111) oraz wezwanie tego wykonawcy oraz wykonawcy D.B., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Biuro Projektowe Ogrody Hesperyd z Żagania (68-100) do złożenia, na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy z dnia z dnia 29 stycznia 2004 r.**

Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 poz. 1579 ze zm.) wyjaśnić co do zaofertowanych cen jednostkowych, tj.

- **w przypadku wykonawcy Impel Cleaning Sp. z o.o. z Wrocławia:**
 - **ceny jednostkowej za utrzymanie terenów zewnętrznych zielonych,**
 - **ceny jednostkowej utrzymania i mineralizacji pasów ppoż.,**
 - **ceny jednostkowej za odśnieżanie dachów,**
- **w przypadku wykonawcy D.B., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Biuro Projektowe Ogrody Hesperyd z Żagania:**
 - **ceny jednostkowej za odśnieżanie dachów,**
 - **ceny jednostkowej za utrzymanie czystości powierzchni wewnętrznych w budynkach,**

pozostałe zarzuty się nie potwierdziły.

2. kosztami postępowania obciąża 33 Bazę Lotnictwa Transportowego z Powidza Osiedle (62-430) i:

- 2.1. **zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Eco-Plan S.A. ze Słupska (76-200) tytułem wpisu od odwołania,**
- 2.2. **zasądza od 33 Bazy Lotnictwa Transportowego z Powidza Osiedle (62-430) na rzecz wykonawcy Eco-Plan S.A. ze Słupska (76-200) kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 poz. 1579 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Koninie.**

Przewodniczący

.....

Uzasadnienie

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na *Świadczenie usług utrzymania czystości powierzchni wewnętrznych w budynkach oraz powierzchni zewnętrznych (tj. terenów zielonych i utwardzonych) oraz odśnieżania dachów i wojskowej bocznicy kolejowej administrowanych przez 33 Bazę Lotnictwa Transportowego w Powidzu – nr sprawy 26/2017 – Zadanie nr 1: Usługa utrzymania czystości powierzchni wewnętrznych w budynkach oraz powierzchni zewnętrznych (terenów zielonych i utwardzonych). Mineralizacja pasów ppoż. oraz odśnieżania dachów i wojskowej bocznicy kolejowej na terenach administrowanych przez 33 Bazę Lotnictwa Transportowego w Powidzu w miejscowościach: Powidz, Przybrodzin, Ruchocinek, Witkowo, Gniezno i Konin* wykonawca Eco-Plan S.A. z siedzibą w Słupsku złożył odwołanie wobec dokonania oceny ofert oraz wobec wyboru oferty, złożonej przez Impel Cleaning Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu (dalej także „przystępujący”), tj.

1. wadliwej oceny oferty złożonej przez przystępującego w związku z zaniechaniem zbadania jej cen składowych pomimo, iż w ofercie tej istotne części składowe dotyczące usług okresowych są rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia, dokonano manipulacji cenami jednostkowymi, polegającej na przeliczeniu kosztów pomiędzy cenami jednostkowymi będącymi podstawą wypłaty wynagrodzenia w ten sposób, iż koszty realnie ponoszone w części pozycji dotyczące usług okresowych przenoszone są do innych pozycji dotyczących usług ciągłych, tj. wykonywanych na bieżąco przez cały okres trwania umowy,
2. wadliwej oceny oferty złożonej przez Biuro Projektowe Ogrody Hesperyd D.B. z Żagania (dalej także „drugi wykonawca”) w związku z zaniechaniem zbadania jej cen składowych pomimo, iż w ofercie tej istotne części składowe oferty dotyczące utrzymania powierzchni wewnętrznych w budynkach oraz dotyczące usług okresowych są rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia, dokonano manipulacji cenami jednostkowymi, polegającej na przeliczeniu kosztów pomiędzy cenami jednostkowymi będącymi podstawą wypłaty wynagrodzenia w ten sposób, iż koszty realnie ponoszone w części pozycji dotyczącej usług okresowych przenoszone są do innych pozycji dotyczącej usług ciągłych, tj. wykonywanych na bieżąco przez cały okres trwania umowy; dokonano manipulacji cenami jednostkowymi, polegającej na przeliczeniu kosztów usług sprzątnięcia budynków z wyższą stawką podatku VAT (23%) na koszty pozostałych usług z niższą stawką podatku VAT (8%) w celu osiągnięcia sprzecznej z prawem korzyści w przetargu, polegającej na bezprawnym zaniżeniu kwoty podatku VAT i łącznej ceny oferty,

3. zaniechania wezwania do wyjaśniania istotnych części składowych ww. ofert, które są rażąco niskie w związku z zaferowaniem przez ww. wykonawców rażąco niskich i nierealnych cen jednostkowych,
4. uznania, że ceny i istotne części składowe ww. ofert nie budzą wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego w SIWZ i nie wydają się rażąco niskie,
5. zaniechania odrzucenia ww. ofert jako ofert stanowiących czyn nieuczciwej konkurencji, polegający na dokonaniu manipulacji cenami jednostkowymi, sprowadzający się do rażącego zaniżenia cen jednostkowych niektórych usług i przerzucania kosztów tych usług na inne ceny jednostkowe w celu osiągnięcia sprzecznej z prawem korzyści,
6. dokonania wadliwej oceny wyjaśnień i uzupełnień dotyczących pełnomocnictwa do podpisania oferty złożonej przez przystępującego, a tym samym zaniechania odrzucenia tej oferty jako oferty nieważnej na podstawie odrębnych przepisów,
7. dokonania wyboru oferty złożonej przez przystępującego, która podlega odrzuceniu.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 poz. 1579 ze zm.) [dalej „ustawa Pzp”]:

1. art. 7 ust. 1 i 3 ze względu na wadliwą ocenę ofert w trybie procedury „odwróconej” prowadzonej wg art. 24 aa ustawy Pzp oraz wybór oferty złożonej przez przystępującego
2. art. 90 ust. 1 ustawy ze względu na:
 - wadliwą ocenę oferty złożonej przez przystępującego oraz wadliwą ocenę oferty złożonej drugiego wykonawcę – zaniechanie zbadania rażąco niskich cen składowych tych ofert celem wykluczenia podstaw do odrzucenia tych ofert jako ofert stanowiących czyn nieuczciwej konkurencji,
 - zaniechanie wezwania do wyjaśniania istotnych części składowych ww. ofert, które są rażąco niskie w związku z zaferowaniem przez ww. wykonawców rażąco niskich i nierealnych cen jednostkowych,
 - uznanie, że ceny i istotne części składowe ww. ofert nie budzą wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego w SIWZ i nie wydają się rażąco niskie;
3. art. 89 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji ze względu na zaniechanie odrzucenia ww. ofert złożonych jako ofert stanowiących czyn nieuczciwej konkurencji,
4. art. 89 ust. 1 pkt 4 ze względu na uznanie, że ceny ww. ofert nie są rażąco niskie,

5. art. 26 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 8 ze względu na dwukrotne wezwanie przystępującego do wyjaśnienia i uzupełnienia dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania dotyczących pełnomocnictwa udzielonego P.G. oraz ze względu na wadliwą ocenę wyjaśnień i uzupełnień dotyczących ww. pełnomocnictwa, a tym samym zaniechania odrzucenia oferty przystępującego jako oferty nieważnej na podstawie odrębnych przepisów,
6. art. 91 ust. 1 ze względu na wybór oferty, która podlega odrzuceniu.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i uchylenie skutków prawnych zaskarżonych czynności, poprzez:

1. unieważnienie czynności oceny ofert przystępującego i drugiego wykonawcy oraz unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty złożonej przez przystępującego,
2. nakazanie zamawiającemu dokonanie ponownej oceny ofert i odrzucenie oferty złożonej przez przystępującego oraz drugiego wykonawcy jako ofert stanowiących czyn nieuczciwej konkurencji oraz dokonanie oceny oferty odwołującego jako najkorzystniejszej, a w przypadku oddalenia zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji nakazanie zamawiającemu wezwania do wyjaśnienia ceny, istotnych części składowych, cen jednostkowych ww. ofert celem zbadania czy ww. oferty są rażąco niskie,
3. nakazanie zamawiającemu dokonanie ponownego wyboru oferty spośród ofert niepodlegających odrzuceniu.

Odwołujący oświadczył, że jest wykonawcą, który przez 3 ostatnie lata wykonuje z należytą starannością usługę utrzymania czystości powierzchni wewnętrznych w budynkach oraz powierzchni zewnętrznych (terenów zielonych i utwardzonych) na obiektach administrowanych przez zamawiającego.

Podał, że przedmiot zamówienia obejmuje prace polegające na utrzymaniu czystości: powierzchni wewnętrznej w budynkach: 36 320,93 m², powierzchni terenów zewnętrznych utwardzonych: 422 890,00 m², powierzchni terenów zewnętrznych zielonych: 561 531,00 m², a także prace polegające na mineralizacji pasów ppoż.: 57 121,00 m², prace polegające na odśnieżaniu powierzchni dachów: 11 538,00 m^a oraz prace polegające na odśnieżaniu wojskowej bocznic kolejowej: 33 000,00 m².

Uzupełnił, że przedmiot zamówienia obejmuje:

1. usługi ciągłe – usługi wykonywane w każdym miesiącu trwania umowy, w każdy dzień roboczy w sposób ciągły przez 24 m-ce w tzw. cyklu całorocznym sprzątnia; są to usługi utrzymania czystości w budynkach i usługi utrzymania terenów utwardzonych,
2. usługi okresowe (cykliczne) – usługi wykonywane w niektórych okresach w trakcie trwania umowy, takie jak:
 - usługi utrzymania terenów zielonych – założony w SIWZ cykl sprzątnia od kwietnia do listopada, tj. 8 miesięcy w skali roku,
 - usługi utrzymania i mineralizacji pasów przeciwpożarowych – założono w SIWZ 3-krotną mineralizację w skali roku,
 - odśnieżanie dachów – założono w SIWZ 1-krotne odśnieżanie dachów w skali roku.

Odwołujący wskazał, że zamawiający rozszerzył zakres przedmiotu zamówienie w stosunku do dotychczas realizowanej umowy, zwiększając powierzchnię:

- utrzymania terenów zewnętrznych utwardzonych o 127 169,00 m² (zwiększenie 42,8%),
- utrzymania terenów zewnętrznych zielonych o 50 141 m² (zwiększenie 9,8%)

oraz wymaga, zgodnie z warunkiem udziału w postępowaniu w zakresie osób (pkt 1.3 lit. b w Części V SIWZ):

- kierownika, który posiada minimum 1 rok doświadczenia na stanowisku kierowniczym,
- minimum 25 osób do realizacji usługi na powierzchniach wewnętrznych, którzy posiadają minimum 6 miesięczne doświadczenie na stanowisku związanym z utrzymaniem czystości,
- minimum 12 osób do realizacji na powierzchniach zewnętrznych (terenów zielonych i utwardzonych), którzy posiadają minimum 6 miesięczne doświadczenie na stanowisku związanym z utrzymaniem czystości.

Odwołujący podał także, że zamawiający, zgodnie z art.29 ust. 3a) ustawy Pzp, wymaga zatrudnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę, na podstawie umowy o pracę, osób bezpośrednio zaangażowanych do prac utrzymania czystości powierzchni wewnętrznych i zewnętrznych, za wyjątkiem osób sprawujących samodzielne funkcje kierownicze (Część III pkt 6 SIWZ) oraz zażądał, aby cena podana w ofercie obejmowała wszystkie koszty związane z wykonaniem przedmiotu zamówienia zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia zawartym w załącznikach do SIWZ oraz warunkami stawianymi przez zamawiającego we wzorze umowy w tym zmianę ustawy o minimalnym wynagrodzeniu za prace oraz niektórych innych ustaw, wchodzącą w życie z dniem 1 stycznia 2018 roku (Część XIII pkt 2).

Podkreślił, że ponad dwukrotnie wzrosła liczba żołnierzy kontyngentów międzynarodowych stacjonujących nieprzerwanie 24 h/dobę (kompleks 4204) w stosunku do dotychczas realizowanej umowy [pkt IV Załącznika nr 12 do SIWZ (Specyfikacja Techniczna Wykonania i odbioru) oraz z wyjaśnienia SIWZ z dnia 8 listopada 2017 roku – odpowiedź na pytanie, w związku z czym wzrosło zużycie materiałów higienicznych, tj. papieru toaletowego, ręczników papierowych oraz środków czystości, ... a nadto nakłady pracy.

Wedle odwołującego oczywistym jest, z racji realizacji przez niego dotychczasowych usług, iż najlepiej zna specyfikę kompleksów objętych niniejszym przetargiem, szczególne wymagania użytkowników, a tym samym posiada wiedzę w zakresie realnych kosztów, poziomu cen jednostkowych, które mają fundamentalny wpływ na faktyczne wynagrodzenie wykonawcy.

Wskazał, że zamawiający przewidział (tak jak w dotychczasowej umowie) rozliczanie miesięczne za faktycznie wykonane prace w oparciu o zaoferowane ceny jednostkowe usług wskazanych w formularzu cenowym.

Stwierdził, że zgodnie z postanowieniami SIWZ oferowane ceny jednostkowe każdej z usług objętych zamówieniem muszą być obliczone z uwzględnieniem:

- 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 roku o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2015 r. poz. 2008 oraz z 2016 r. poz. 1265), obowiązujących od 01.01.2018 r.,
- wszystkich kosztów wymienionych w pkt VI Załącznika nr 12 do SIWZ oraz w Części XIII SIWZ.

Podał, że zgodnie z odrębnymi przepisami oraz postanowieniami SIWZ miesięczny koszt jaki musi ponieść pracodawca zatrudniający pracownika w oparciu o minimalną płacę obowiązującą od 01.01.2018 r. wynosi 2520,00 zł/miesiąc, zaś minimalna stawka godzinowa pracownika zatrudnionego na umowę o pracę od 01.01.2018 r. wynosi 15 zł/godzinę (tj. 2 520,00 zł/m-c 1 168 godz./m-c).

Odwołujący stanął na stanowisku, że cena oferty złożonej przez przystępującego zawiera istotne części składowe, które są rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i które nie pokrywają wszystkich kosztów zgodnie z wymaganiami określonymi w SIWZ oraz kosztów wynikających z odrębnych przepisów, co przejawia się w zaoferowaniu rażąco niskich, nierealnych cen jednostkowych netto za usługi okresowe (cykliczne) takie jak:

- utrzymanie terenów zewnętrznych zielonych w kwocie: 0,01 zł/m²,
- utrzymanie i mineralizacja pasów ppoż. w kwocie: 0, 01 zł/m²,
- odśnieżenie dachów w kwocie: 0,10 zł/m².

Stwierdził, że z ofert złożonych w niniejszym przetargu, wynika że oferowane ceny jednostkowe za:

- utrzymanie terenów zielonych są 5 krotnie wyższe,
- utrzymanie i mineralizację pasów ppoż. są od 10-50 krotnie wyższe,
- odśnieżenie dachów są 8 krotnie wyższe.

Uznał, że zaoferowanie ww. rażąco niskich cen jednostkowych prowadzi do bardzo istotnego zaniżenia wartości części składowych ceny dotyczącej ww. usług okresowych w stosunku do przedmiotu zamówienia, co – ocenił odwołujący – ma szczególnie istotne znaczenie z uwagi na rozliczenie wynagrodzenia miesięcznego w oparciu o faktycznie wykonane prace na podstawie zaoferowanych cen jednostkowych (zgodnie z § 10 ust. 1 i 4 umowy – Załącznik nr 17 do SIWZ): *„Wykonawca otrzyma wynagrodzenie za należyte wykonywane usługi, zrealizowanej na podstawie „Harmonogramu wykonania usługi”, o którym mowa w § 4, potwierdzonej w Protokole odbioru usługi, w postaci opłaty miesięcznej obliczonej na podstawie cen jednostkowych wskazanych w Formularzu cenowym, pomnożonych przez faktyczną ilość m² powierzchni należycie zrealizowanej usługi sprzątnięcia w danym miesiącu.”* *„Fakturowanie będzie się odbywało miesięcznie z wyszczególnieniem rodzaju zrealizowanych usług na podstawie załączonego do faktury Protokołu odbioru usługi i Wykazu miejsc podlegających usłudze utrzymania czystości.”*

Uzupełnił, że zgodnie z § 1 ust.2 i 3 umowy: *„Zamawiający ma prawo, bez konieczności sporządzania i podpisania aneksu do umowy – w drodze jednostronnej zmiany harmonogramu zmniejszyć wielkość powierzchni przyjętych do wykonania usługi w danym miesiącu nie więcej niż o 33% w stosunku do wielkości powierzchni przyjętych do wykonania usługi na poszczególny rodzaj powierzchni tj. powierzchnia wewnętrzna w budynkach, tereny zewnętrzne utwardzone, tereny zewnętrzne zielone, powierzchnia pasów ppoż., powierzchnia dachów oraz powierzchnia wojskowej boczniczy kolejowej (załącznik nr 1 do umowy). Wynagrodzenie Wykonawcy zostanie odpowiednio zmniejszona – stosownie do powierzchni wyłączonej przez Zamawiającego. Zamawiający będzie korzystał z uprawnienia wskazanego w pkt. 2 w szczególności wystąpienia sytuacji:*

- a) *czasowego wyłączenia obiektu, terenów zewnętrznych na czas powadzenia prac remontowych, konserwacyjnych, budowlanych itp.,*

- b) zmiany sposobu wykorzystania obiektu np. takich jak pokoje noclegowe, kwatery dla osób odbywających szkolenia itp., gdzie koniecznym jest zapewnienie realizacji usługi w trakcie faktycznego wykorzystywania obiektów,
- c) zmian organizacyjnych w przypadku restrukturyzacji Jednostek Wojskowych lub ich dyslokacji.”

W ocenie odwołującego powyższe rozliczenie umowne jest zgodne z przepisami i SIWZ jedynie wtedy, gdy wszystkie ceny jednostkowe są realne, wiarygodne i poprawnie obliczone.

Zdaniem odwołującego oferta przystępującego wykorzystuje ww. postanowienia umowy dotyczące rozliczania wynagrodzenia i zawiera:

- celowo zaniżone ceny jednostkowe ww. usług okresowych, w szczególności dotyczy to usług utrzymania terenów zielonych oraz usług utrzymania pasów ppoż. w wysokości niewiarygodnie niskiej, tj. 0.01 zł/m².
- przerzucenie kosztów ww. usług okresowych na usługi ciągłe takie jak usługi utrzymania terenów utwardzonych, co prowadzi do:
 - nieuprawnionego pobierania wynagrodzenia za usługi okresowe a conto, w ramach wynagrodzenia miesięcznego za realizację usług ciągłych, zamiast dopiero po ich wykonaniu,
 - nieuprawnionego pobierania wynagrodzenia za usługi okresowe w ramach wynagrodzenia miesięcznego za realizację usług ciągłych także, gdy nie zostaną wykonane,
 - w przypadku niewykonania usług okresowych, tj. utrzymania terenów zielonych lub usług utrzymania pasów ppoż. nieuprawnionego korzystania, poprzez zmniejszenie wynagrodzenia z tytułu niewykonania ww. usług o nikłe pomniejszenie wynikające z rażąco niskiej ceny jednostkowej, tj. 1 grosz/m²,
 - w przypadku niewykonania usług odśnieżenia dachów, do nieuprawnionego korzystania, poprzez zmniejszenie wynagrodzenia z tytułu niewykonania ww. usługi o nikłe pomniejszenie wynikające z rażąco niskiej ceny jednostkowej, tj. 4 grosze/m².

Nadto, zdaniem odwołującego, w przypadku zmniejszenia powierzchni np. terenów zielonych, pasów ppoż. wg § 1 ust. 2 i 3 umowy zmniejszenie wynagrodzenia ww. wykonawcy będzie nieadekwatne (rażąco niskie) ze szkodą dla zamawiającego, co ma szczególne znaczenie, ponieważ w ramach prowadzonej modernizacji struktury wojskowej bardzo często występują wyłączenia terenów z uwagi na prowadzone rozbudowy, remonty lub reorganizacje jednostek wojskowych.

Odwołujący zaprezentował także stanowisko, że przy zadeklarowanych przez przystępującego cenach opłaca się przystępującemu płacenie kar i niewykonywanie ww. usług okresowych.

Podał, że zgodnie bowiem z § 13 ust. 1 lit e-g umowy zamawiający przewidział następujące kary w przypadku:

- nierealizowania bądź nienależytego realizowania umowy pomimo wezwania wykonawcy do niezwłocznego wykonania usługi w wysokości 5% miesięcznego wynagrodzenia brutto za dany zakres usług przeznaczony do realizacji na danym obszarze (kompleksie; dotyczy to powierzchni zewnętrznych zielonych i utwardzonych) oraz obiekcie (budynku; dotyczy to powierzchni wewnętrznych) pomnożona przez liczbę dni nierealizowania bądź nienależytego realizowania umowy liczonych od dnia wysłania wezwania,
- niewykonania usługi odśnieżania zgodnie z umową w wysokości 10% miesięcznego wynagrodzenia brutto za: dany obszar/kompleks, na którym usługa nie została wykonana za każdy dzień opóźnienia,
- niewykonania, nienależytego wykonania bądź nie przystąpienia, w ciągu 12 godzin od wysłania zlecenia do rozpoczęcia wykonywania usługi odśnieżania dachów i czyszczenia/odładzania rynien oraz odśnieżania bocznic w wysokości 10% wartości brutto danego zgłoszenia.

Na podstawie powyższego doszedł do wniosku, że przystępujący w wyniku zdeklarowania rażąco niskich cen jednostkowych za ww. usługi okresowe będzie płacił rażąco niskie kary umowne w przypadku nie wykonania lub nienależytego wykonania tych usług, co zagraża:

- 1) interesowi wykonawców, którzy zaoferowali realne ceny jednostkowe za ww. usługi okresowe,
- 2) interesowi zamawiającego, który płaci za niewykonane usługi okresowe w ramach wynagrodzenia za wykonanie usług ciągłych oraz ponosi stratę w związku naliczaniem kar rażąco niskich i nieadekwatnych do przewinienia.

Podkreślił, że zgodnie z postanowieniami Załącznika nr 12 i 14 do SIWZ, w ramach usługi utrzymania terenów zieleni konieczne jest wykonanie wielu, kosztownych prac takich jak:

1. Koszenie trawy z trawników, innych obiektów zielonych wraz z jednoczesnym usuwaniem trawy/siana z przedmiotowych terenów.
2. Przycinanie krzewów i żywopłotów.

3. Pielęgnacja ogródków skalnych.
4. Usuwanie zanieczyszczeń z trawników i klombów oraz z całości terenów zielonych.
5. Usuwanie opadłego listowia i chwastów wraz z ich wywozem we własnym zakresie.
6. Przekopywanie ziemi wokół krzewów i drzew.
7. Wyrównywanie obrzeży trawników.
8. Usunięcie z drzew suszu zagrażającego bezpieczeństwu przechodniów i pojazdów po uzyskaniu zgody zamawiającego.
9. Przycinanie gałęzi, w przypadku zagrożenia bezpieczeństwa ludzi, mienia lub ruchu drogowego, po uzyskaniu zgody zamawiającego.
10. Przekopywanie klombów.
11. Odchwaszczanie i pielenie klombów, ogródków skalnych; usuwanie zeschniętych liści i wszelkich innych nieczystości.
12. Dosiewanie trawy, dosadzanie żywopłotów i kwiatów na klombach wraz z uzupełnianiem czarnoziem, aeracja i wertykulacja trawy, grabienie i wywóz skoszonej trawy.
13. Wykonywanie niezbędnych zabiegów zasilających wzrost roślin i krzewów, oprysków roślin i krzewów oraz wykonywanie w szczególnych przypadkach oprysków roślin i krzewów niszczących szkodniki.
14. Nawożenie terenów zielonych z częstotliwością zapewniającą prawidłową vegetację.
15. Podlewanie terenów zielonych według potrzeb – z taką częstotliwością, aby nie dopuścić do przesuszenia trawników, żywopłotów, klombów, a przede wszystkim nowo nasadzonych drzew; szczególnie w okresie letnim podczas wysokich temperatur,
16. Podstawienie własnych pojemników na nieczystości stałe, uzyskane podczas sprzątania terenów zewnętrznych zielonych i ich wywóz we własnym zakresie.

Stwierdził, że wykonanie wszystkich ww. prac za miesięczną cenę jednostkową 1 grosz/m² jest nierealne i niewiarygodne, co potwierdza kalkulacja zawarta w Załączniku do w odwołania, w której odwołujący obliczył, jak wskazał – jedynie – koszty osobowe 3 spośród 16 prac wymaganych w SIWZ (pozycje: 1, 4 i 5).

Wskazał, że zgodnie z ofertą przystępujący oferuje w trakcie 24 m-cy trwania umowy cenę w kwocie 1 014 963,00 zł za ciągłe usługi utrzymania terenów utwardzonych o powierzchni 422 890,00 m² (obliczoną wg wzoru: 422 890,00 x 0,10 zł/m²/m-c x 24 m-ce) oraz cenę w kwocie jedynie 89 844 96,00 zł za okresowe usługi (realizowane 8 m-cy w każdym roku trwania umowy) utrzymania terenów zewnętrznych zielonych o pow. 561 531,00 m² (obliczoną wg wzoru: 561 531 m² x 8 m-cy x 2 lata x 0,01 zł/m²/m-c).

Stwierdził, że z porównania powyższych kwot i ich powierzchni wynika, że zadeklarowana cena usług utrzymania terenów zielonych o znacznie większej powierzchni stanowi jedynie 9% kwoty usług za utrzymanie terenów utwardzonych, co – wedle odwołującego – oznacza, że przystępujący w sposób nieuprawniony przeniósł koszty i zysk dotyczące okresowych usług utrzymania terenów zewnętrznych zielonych na ciągle usługi utrzymania terenów zewnętrznych utwardzonych.

Stwierdził także, że z załączonej do odwołania kalkulacji wynika, że:

- suma kosztów osobowych jedynie 3 prac z 16 wymaganych w SIWZ wynosi 122 975,29 zł i przekracza cenę zadeklarowaną przez przystępującego za wykonanie całej usługi utrzymania terenów zielonych w kwocie 89 844 96,00 zł,
- zadeklarowana przez przystępującego miesięczna cena jednostkowa 0,01 zł/m² dotycząca usługi utrzymania terenów zielonych w okresie trwania umowy nie pokrywa nawet kosztów osobowych wynikających z minimalnej płacy dla tych 3 prac, innych kosztów niezbędnych do realizacji ww. usług (świadczeń, urlopowych, utrzymania pracowników, pracy i eksploatacji sprzętu, wywozu odpadów i innych) oraz kosztów wykonawstwa pozostałych 13 prac wymaganych w SIWZ.

W odniesieniu do usługi utrzymania czystości i mineralizacji pasów ppoż. (57 121,00 m²) odwołujący podał, że zgodnie z SIWZ, że ona obejmuje porządkowanie terenu, tj. usunięcie drzewostanu, drzew martwych, nalotów drzew iglastych, gałęzi, chrustu, suchych liści (w razie potrzeby) i innych odpadów poeksploatacyjnych oraz mineralizację i uprawę broną talerzową wraz z kosztami wywozu.

Podał także, że zamawiający założył wykonanie ww. prac 3-krotnie w skali roku, tj. 6 razy w trakcie trwania umowy.

Uzupełnił, że mineralizacja pasów ppoż. polega na oczyszczeniu pasa lasu z łatwopalnych materiałów i wyoraniu przy pomocy zestawu ciągnika z narzędziem roboczym (glebogryzarka, brona talerzowa) bruzd o szerokości 2 metrów. Łączna długość pasów ppoż. o szer. 2m wynosi 28,56 km (57121,00m²/2m).

Stwierdził, że z formularza cenowego przystępującego wynika, że wynagrodzenie za jednokrotne wykonanie ww. prac wynosi 527,21 zł (57121m²x 0,01 zł/m²).

Powołując się na doświadczenia, praktyki wykonywania ww. usługi, dane techniczne maszyn, uznał, że:

- prędkość robocza ciągnika z narzędziem roboczym przy wykonywaniu mineralizacji pasów ppoż. nie przekracza 2,5 km/h (uwzględnia przestoje związane z usuwaniem drzewostanu i kamieni, tankowaniem paliwa),

- o prędkość dojazdu i powrotu ciągnika z narzędziem roboczym do jednostki w trudnym zalesionym terenie to nie więcej niż 10 km/h,
- o zużycie paliwa ciągnika w trakcie wykonywania prac polowych to nie mniej niż 7 litrów na godzinę,
- o cena paliwa netto to 3,8 zł za litr.

Na tej podstawie wyliczył:

- o ilość godzin pracy ciągnika, koszt zużycia paliwa i koszt pracy kierowcy dotyczący jednokrotnej mineralizacji pasów ppoż.: $28,56 \text{ km} / 2,5 \text{ km/h} = 11,42 \text{ godz.}$ (mineralizacja), $28,56 \text{ km} / 10 \text{ km/h} = 2,86 \text{ godz.}$ (dojazd, powrót ciągnika), co daje 14,28 godz. (11,42 + 2,86),
- o koszt netto pracy ciągnika z narzędziami roboczymi wynikający jedynie ze zużycia paliwa: $14,28 \text{ godz.} \times 7 \text{ l/godz.} \times 3,8 \text{ zł/l} = 379,85 \text{ zł}$,
- o koszt pracy kierowcy uwzględniający minimalną stawkę godzinową pracownika zatrudnionego na umowę o pracę: $14,28 \text{ godz.} \times 15 \text{ zł/godz.} = 214,20 \text{ zł}$,

co razem stanowi kwotę 594,05 zł, która przewyższa cenę za jednokrotne wykonanie mineralizacji pasów ppoż. zawartą w ofercie złożonej przez przystępującego.

Podkreślił, iż powyżej obliczone koszty nie obejmują :

- o kosztów zatrudnienia pracowników porządkujących teren, usuwających drzewostan, gałęzie, chrust, suche liście i innych odpadów poeksploatacyjnych prac wskazanych w SIWZ,
- o kosztów związanych z eksploatacją ciągnika i narzędzia roboczego, tj. przeglądów, wymiany olejów, filtrów, amortyzacji sprzętu, obowiązkowych ubezpieczeń,
- o kosztów wynikających z Kodeksu Pracy, tj. świadczeń urlopowych pracowników, zakupu odzieży roboczej, badań lekarskich .

Uznał, że koszt jednorazowej mineralizacji pasów ppoż. jest znacznie wyższy niż wynikający z ceny jednostkowej 0,01zł/m².

Podsumował, że wykonanie usługi utrzymania zieleni czy usługi utrzymania czystości i mineralizacja pasów ppoż. za cenę 0,01 zł/m² jest niemożliwe, chyba, że wynagrodzenie za ich realizację zawarte jest w innych, odrębnych usługach objętych niniejszym zamówieniem.

Powołał się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 października 2014 r. sygn. akt KIO 2046/14, w którym skład orzekający uznał, że działanie wykonawcy, polegające na zaoferowaniu ceny 1 grosz za określone pozycje kosztorysu oraz zawyżenie wyceny innych pozycji kosztorysu stanowi manipulację stawkami kosztorysu, kwalifikowaną jako czyn nieuczciwej konkurencji, co skutkuje obowiązkiem odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

Stanął na stanowisku, że zniżenie kosztów w ofercie przystępującego dotyczy również bardzo usługi odśnieżenia dachów (założono 1-krotne w skali roku).

Oświadczył, że odśnieżanie dachów odbywa się przeważnie ręcznie przy użyciu łopat śnieżnych, ponieważ wykonanie tej usługi sprzętem mechanicznym ze względu na ryzyko zniszczenia pokrycia dachowego jest w zasadzie niemożliwe; prace mają charakter prac specjalistycznych, gdyż wymagają posiadania uprawnień do prac na wysokościach, co wiąże się z poniesieniem większych kosztów osobowych

Podał, że odśnieżenie dachu obejmuje wejście na dach, zgarnięcie śniegu do krawędzi dachu, zgarnięcie śniegu poza krawędź dachu, zejście z dachu.

Stwierdził, że odśnieżenie 100 m² dachu ze śniegu o wys. 20 cm wymaga min. 1 godziny pracy pełnosprawnego pracownika posiadającego uprawnienia do pracy na wysokości – koszt pracodawcy wynikający jedynie z minimalnej płacy to ponad 15 zł/godz., natomiast całkowity koszt uwzględniający świadczenia urlopowe pracownika, zakup narzędzi, zakup ubrań roboczych, pracę sprzętu pomocniczego, nadzór wynosi min. 50 zł /100 m².

Uznał, że cena jednostkowa odśnieżenia dachów zaoferowana przez przystępującego w wysokości 0,10 zł/m², tj. 10 zł/100m² nie wystarcza nawet na pokrycie kosztów osobowych wynikających z minimalnego wynagrodzenia.

Oświadczył, że ceny rynkowe usługi odśnieżenia dachów wynoszą od 0,80 zł/m² do 3,00 zł/m², co – wedle odwołującego – potwierdzają m.in. przetargi publiczne na usługi tego samego rodzaju oraz oferty firm ogłaszających się na stronach internetowych – są 800-3000% wyższe od cen zaoferowanych przez przystępującego.

Podsumował, że wykonanie ww. usługi za cenę 0,10 zł/m² jest niemożliwe.

Podkreślił, że realizacja usług okresowych jest uzależniona od warunków pogodowych, co oznacza, że wykonanie ich w pełnym zakresie nie jest gwarantowane, a krotności wskazane w SIWZ są jedynie wielkościami maksymalnymi i dlatego usługi te, z uwagi na obiektywny brak możliwości ich realizacji, mogą nie być fakturowane. Zdaniem odwołującego kwota potencjalnego zmniejszenia wynagrodzenia przy tak zadeklarowanych cenach jednostkowych jest absurdalnie niska, nieadekwatna do realnych kosztów ich wykonania.

Uzupełnił, że w przypadku usług ciągłych takich jak sprzątania terenów utwardzonych realizacja jest pewna, rozliczana w każdym miesiącu trwania umowy.

Podniósł, że zgodnie z zasadą uczciwej konkurencji ceny jednostkowe usług okresowych muszą odzwierciedlać realne dla nich koszty, a odstępstwo od prawidłowego skalkulowania cen usług okresowych – bez powiązania ich z realnymi kosztami stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

Uznał, że przystępujący zastosował niedopuszczalne prawem praktyki manipulowania cenami jednostkowymi, celem zaoferowania zamawiającemu nie jak najkorzystniejszych warunków, czy konkurowanie ceną, a jedynie nieuczciwe wykorzystanie przyjętych w SIWZ postanowień, co do rozliczenia za usługi ciągłe i okresowe, co zagraża (manipulacja cenami jednostkowymi) interesowi nie tylko innych przedsiębiorców, ale przede wszystkim zamawiającego.

Według odwołującego przesądza to o obowiązku odrzucenia oferty przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji jako oferty stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji i znajduje potwierdzenie w orzecznictwie KIO.

Zaprzeczył, iż wykonawca przystępujący do postępowania o udzielenie zamówienia, składając ofertę ma pełną swobodę w kreowaniu cen, w szczególności ma możliwość oferowania cen towarów i usług poniżej cen ich zakupu, gdyż sytuacja taka może prowadzić do zarzutu oferowania cen dumpingowych, w konsekwencji do postawienia zarzutu czynu nieuczciwej konkurencji. (wyrok KIO z dnia 30 maja 2016 r. sygn. akt KIO 817/16).

Stanął na stanowisku, że przejawem czynu nieuczciwej konkurencji jest sytuacja, gdy wykonawca dokonuje kalkulacji części cen jednostkowych w sposób nierentowny, odbiegający od kosztów ponoszonych na wykonanie tego rodzaju zadania, innych zaś relatywnie wysoko, bilansując koszty na różne elementy zamówienia i zakładając, że określone z nich wykona z większą niż zakładana przez zamawiającego częstotliwością. Ma to miejsce w szczególności, gdy ceny jednostkowe pełnią funkcję samodzielnych cen, w oparciu o które jest naliczane wynagrodzenie za wykonanie wyodrębnionych prac lub dostaw. (wyrok KIO z dnia 22 lipca 2015 r., sygn. akt KIO 1457/15).

Uzupełnił, że działanie wykonawcy polegające na "przerzucaniu" kosztów między odrębnie rozliczającymi usługami płatnymi ryczałtem miesięcznie i usługami, których ilość zleceń nie jest gwarantowana i budowaniu ceny w ten sposób, że cena za część stałą jest wygórowana, a cena za część, która może zostać niezlecona jest znacznie zaniżona, jest działaniem sprzecznym z dobrymi obyczajami, obowiązującymi w praktyce gospodarczej i jednocześnie zagraża interesowi nie tylko innych przedsiębiorców, ale przede wszystkim zamawiającego (wyrok z dnia 23 maja 2016 r. sygn. akt. KIO 547/16; KIO 550/16; KIO 552/16).

W ocenie odwołującego cena ofertowa drugiego wykonawcy także zawiera rażąco niskie miesięczne ceny jednostkowe netto, tj. za:

- odśnieżenie dachów w kwocie: 0 10 zł/m²,
- usługi utrzymania czystości powierzchni wewnętrznych w budynkach w kwocie: 0,68 zł/m².

Uznał, że koszty usługi odśnieżania dachów przeniesiono na usługi ciągle dotyczące utrzymania terenów utwardzonych.

W odniesieniu do ceny usługi utrzymania czystości powierzchni wewnętrznych w budynkach stwierdził, że zaoferowana przez tego wykonawcę cena nie pokrywa nawet kosztów pracy, a tym samym pozostałych kosztów niezbędnych do wykonania usług takich jak: koszty zapewnienia środków czynności, koszty transportu, koszty nadzoru, konserwacji podłóg, prania firan i zasłon, czyszczenia rolet, żaluzji i verticali, mycia okien, w tym przy użyciu sprzętu wysokościowego (wysięgnika, rusztowania), prania wykładzin dywanowych, odkurzania mebli tapicerskich i innych.

Podkreślił, że ze wszystkich pozostałych ofert złożonych w przetargu wynika, że ceny jednostkowe za sprzątnięcie budynków są ponad 2-krotnie wyższe niż oferowane przez drugiego wykonawcę.

Oceniał, iż w niniejszym przetargu postawione są szczególnie wysokie wymagania dotyczące środków czystości (pkt VI Załącznika nr 12 SIWZ) – do prawidłowego oszacowania codziennych kosztów zużycia materiałów higienicznych należy brać pod uwagę szacunkową ilość osób przebywających w poszczególnych kompleksach: kompleks 0925 ok. 835 osób, kompleks 6015 ok. 776 osób, kompleks 4577 ok. 41 osób, WKU Konin ok. 20 osób.

Uzupełnił, że osoby te będą przebywały na terenie kompleksów w ciągu dnia od godz. 7³⁰ do godz. 15³⁰, a w kompleksie 4204 będzie przebywało ok. 500 osób 24h/dobę.

Wskazał też, że zamawiający w ciągu roku kalendarzowego przewiduje szkolenia dla około 150 osób z częstotliwością 3 szkoleń w ciągu roku.

Wskazał nadto wymagania dotyczące zatrudnienia osób:

- minimum 25 osób do realizacji usługi na powierzchniach wewnętrznych,
- na podstawie umowy o pracę osób bezpośrednio zaangażowanych do prac utrzymania czystości powierzchni wewnętrznych i zewnętrznych, za wyjątkiem osób sprawujących samodzielne funkcje kierownicze.

Uzupełnił, że zamawiający nie określił wymiaru etatu – wymiar etatu pozostawił w gestii wykonawcy, przy jednoczesnym założeniu, że przedmiot umowy będzie realizowany zgodnie ze specyfikacją techniczną wykonania i odbioru usług, a także z postanowieniami umowy.

Obliczył wskaźnik powierzchni wewnętrznej sprzątej przez 1 osobę zatrudnioną na umowę o pracę na pełen etat (8 godzin): $36\,320,93\text{m}^2/25\text{ os.} = 1\,452,83\text{ m}^2$.

Podkreślił, że wskaźnik jest wysoki w stosunku do np. wymogów stawianych w wielu przetargach na usługi tego samego rodzaju w obiektach wojskowych (np. w przetargu Nr 74/ZP/15 powadzonym przez 31 Wojskowy Oddział Gospodarczy w Zgierzu – na jednego KIO 2704/17

pracownika nie może przypadać więcej niż 1000 m² do wykonywania usługi sprzątnięcia powierzchni wewnętrznych; w przetargu Nr 561z/2015 powadzonym przez 14 WOG Poznań zamawiający wymaga minimalnie 29 osób do obsługi 35.185,34 m² powierzchni wewnętrznych kompleksu: Poznań, ul. Wojska Polskiego 86/90, co daje 1213m²/pracownika; w przetargu Nr 82/kpw/inf/2015 prowadzonym przez KPW Gdynia na jednego pracownika nie może przypadać więcej niż 1000m² do wykonywania usługi sprzątnięcia powierzchni wewnętrznych).

Odwołując się do racjonalnego podejścia i praktyki w zakresie sprzątnięcia powierzchni wewnętrznych stwierdził, że jeden bardzo wydajny, pełnosprawny pracownik na wykonanie sprzątnięcia 100 m² powierzchni wewnętrznej musi przeznaczyć co najmniej:

5 min. na zamiecenie podłogi i opróżnienie koszy, 5 min. na umycie podłogi, 5 min. na odkurzenie dywanu, 12 min. na mycie urządzeń sanitarnych (armatura, biała armatura, wyposażenie sanitariatów, kosze na śmieci, deski sedesowe, parapety), co łącznie daje ok. 27 minut czyli 0,45 godz., co oznacza, że w ciągu 8 godzin ciągłej pracy (bez przerwy) jest w stanie wykonać usługę sprzątnięcia na powierzchni nie większej niż: 1 777,77 m² (100 m² * 8 godz./0,45 godz.).

Według odwołującego powyższy przykład potwierdza, że wskaźnik powierzchni 1 452,83 m² wyliczony na podstawie zatrudnienia min. 25 osób na pełen etat (8 godzin dziennie) jest wysoki .

Zaznaczył, iż zatrudnienie 25 osób w wymiarze krótszym niż pełen etat powoduje automatycznie wzrost wskaźnika powierzchni koniecznej do sprzątnięcia przez 1 pracownika, tj. w przypadku zatrudnienia:

- na 5/6 etatu wskaźnik wynosi: 1743,40 m² ,
- na 3/4 etatu wskaźnik wynosi: 1937,12 m² ,
- na 1/2 etatu wskaźnik wynosi: 2905,67 m².

Podniósł, że zatrudnienie pracowników niepełnosprawnych, którzy wolniej wykonują czynności sprzątnięcia i muszą, zgodnie z odrębnymi przepisami, krócej pracować w ramach pełnego etatu, tj. 7 godzin, powoduje, iż wskaźnik ten odpowiednio rośnie.

Uznał, że niemożliwe jest wykonanie przedmiotu zamówienia w przypadku zatrudnienia 25 pracowników na mniej niż 3/4 etatu, bowiem maksymalnie wydajność to ponad 1 800 m² powierzchni wewnętrznej do sprzątnięcia.

Podkreślił, że niemożliwe jest zastąpienia pracy ludzkiej maszynami z uwagi na kondygnacyjność budynków i trudności komunikacyjne (małe pomieszczenia).

Podał, że zgodnie z ofertą drugiego wykonawcy łączna cena za sprzątnięcie budynków w całym okresie realizacji zamówienia (24 m-ce) wynosi 592 787,59 zł, co w przeliczeniu na

sprzątaną powierzchnię daje cenę jednostkową 0,68 zł/m²; miesięczne wynagrodzenie za sprzątnięcie budynków wynosi 24 699,48 zł (592 787,59 zł/24 m-ce).

Podniósł, że biorąc pod uwagę miesięczny koszt jaki musi ponieść pracodawca zatrudniający pracownika w oparciu o minimalną płacę obowiązującą od 01.01.2018 r. w wysokości 2 520,00 zł/m-c można wyliczyć faktyczne zatrudnienie pracowników na umowę o pracę. I tak:

- w przypadku zatrudnienia wszystkich osób na pełen etat powyższe wynagrodzenie wystarcza na zatrudnienie 9,8 osób ($24\ 699,48\ \text{zł} / 2520,00\ \text{zł} / \text{etat} = 9,8$ pracowników,
- przypadku zatrudnienia wszystkich osób na 5/6 etatu (0,83 etatu) powyższe wynagrodzenie wystarcza na zatrudnienie 11,8 osób ($24\ 699,48\ \text{zł} / 2520,00\ \text{zł} / 0,83\ \text{etatu} = 11,8$ pracowników,
- w przypadku zatrudnienia wszystkich osób na 3/4 etatu (0,75 etatu) powyższe wynagrodzenie wystarcza na zatrudnienie 13 osób ($24\ 699,48\ \text{zł} / 2520,00\ \text{zł} / 0,75\ \text{etatu} = 13,07$ pracowników,
 - w przypadku zatrudnienia wszystkich osób na 1/2 etatu (0,5 etatu) powyższe wynagrodzenie wystarcza na zatrudnienie 19,6 osób ($24\ 699,48\ \text{zł} / 2520,00\ \text{zł} / 0,5\ \text{etatu} = 19,6$ pracowników).

Zdaniem odwołującego powyższe obliczenia wskazują, iż nawet w przypadku zatrudnienia wszystkich 25 osób na 1/2 etatu cena sprzątnięcia budynków zawarta w ww. ofercie nie potwierdza spełnienia warunku w zakresie zatrudnienia 25 osób na umowę o pracę.

Uznał, iż przypadku pracownika zatrudnionego na 1/2 etatu wskaźnik sprzątniętej przez niego powierzchni wynosi aż 2905,67 m², co jest całkowicie nierealne.

Uznał, zastrzegając, że w praktyce jest to całkowicie niemożliwe, że pozyskanie do realizacji zamówienia wszystkich pracowników z umiarkowanym stopniem niepełnosprawności, a tym samym otrzymanie dofinansowania z PFRON dla każdego z nich w kwocie 1 125 zł/m-c, możliwe byłoby zatrudnienie: 17,7 pracowników ($24\ 699,48\ \text{zł} / (2\ 520,00 - 1\ 125)$), co oznaczałoby, że jeden pracownik (niepełnosprawny) zatrudniony na pełen etat w ciągu 7 godzin dziennie musiałby sprzątnąć powierzchnię nie mniejszą niż 1795 m² ($36\ 320,93\ \text{m}^2 / 17,7\ \text{prac.} \times 718$).

Stwierdził, że z powyższych obliczeń wynika, że cena za sprzątnięcie budynków zadeklarowana przez drugiego wykonawcę, nawet przy założeniu dofinansowania ze środków PFRON dla każdego pracownika:

- nie pokrywa kosztów płac pracowników w ilości wymaganej w warunkach niniejszego przetargu (min 25 osób),

- nie pokrywa kosztów zakupu środków czystości, higieny zgodnie z wymaganiami SIWZ,
- nie pokrywa kosztów utrzymania pracowników wynikających z Kodeksu Pracy (m.in. zakup odzieży roboczej, środków higieny, badań lekarskich), – nie pokrywa kosztów zastępstwa pracowników przebywających na urloпах wypoczynkowych, – nie pokrywa kosztów nadzoru,
- nie pokrywa kosztów narzędzi i sprzętu (takich jak mopy, wiadra, miotły, odkurzacze, wózki dla personelu sprząającego),
- nie pokrywa kosztów transportu,
- nie pokrywa kosztów zabezpieczenia należytego wykonania umowy i innych dodatkowych, które występują w trakcie realizacji umowy.

Zaznaczył, że w praktyce niemożliwe jest uzyskanie tak dużego dofinansowania z PFRON, tj. dla każdego z 25 pracowników sprząających budynki bowiem wiąże się to z zatrudnieniem osób:

- które mają ograniczenia w wykonywaniu pewnych prac samodzielnie,
- które wykonują usługę ze znacznie mniejszą wydajnością,
- które mogą pracować maksymalnie 7 godzin dziennie,
- którym, przysługuje dłuższy okres urlopu niż pracownikom pełnosprawnym,
- dla których wskaźnik powierzchni sprząania budynków wyrażony w m² na jednego pracownika jest znacznie niższy niż 1 800 m²,

co oznacza, że comiesięczne dofinansowanie z tytułu zatrudnienia pracownika ze znacznym stopniem niepełnosprawności z jednej strony wpłynie na obniżenie kosztów zatrudnienia, ale jednocześnie spowoduje wzrost kosztów z tytułu zatrudnienia większej ilości pracowników tak, aby możliwe było wykonanie wskaźnika powierzchni przypadającego na pracownika.

Oświadczył, że przedmiot zamówienia realizowany jest na terenie odległym od skupisk ludzkich, gdzie jest bardzo ograniczony dostęp do pracowników oraz, że wśród obecnie realizujących zamówienie pracowników są jedynie 3 osoby niepełnosprawne.

Wskazał, że co do zasady wykonawca musi bazować na osobach miejscowych, które dotychczas realizują przedmiotowe zamówienie, czego potwierdzeniem jest treść wyjaśnienia SIWZ z 31.10.2017 r. – pytanie nr 8: „Czy „Wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia... ” (załącznik nr 7 do SIWZ) musi zawierać osoby, które będą faktycznie wykonywały przedmiot usługi, czy mogą to być osoby którymi dysponuje Wykonawca, posiadające wymagane uprawnienia lub doświadczenie? Wykonawca w przypadku wygrania przetargu i zawarcia umowy na świadczenie przedmiotowej usługi

sprzątania zamierza zatrudnić osoby dotychczas wykonujące usługi, których personalia nie są mu znane. ".

Wskazał, że w przypadku skorzystania z innych osób niż sprzątające obecnie konieczne będzie ich zakwaterowanie, bądź pokrycie kosztów transportu, wobec czego rzeczywiste koszty pracy znacznie wzrosną powyżej 2 520,00 zł/m-c.

Stwierdził, że w przetargów przeprowadzanych w ostatnich dwóch latach na usługi sprzątania w kompleksach wojskowych wynika, że miesięczne ceny jednostkowe wybranych ofert za sprzątanie budynków są wyższe niż 1 zł/ m², a oferty z cenami niższymi są odrzucane jako rażąco niskie (przetarg prowadzony przez 15 Wojskowy Oddział Gospodarczy ze Szczecina – 2017/S 136-280105, przetarg prowadzony przez 12 Wojskowy Oddział Gospodarczy w Toruniu – 2017/S 007-010217, przetarg prowadzony przez 6 Wojskowy Oddział Gospodarczy Ustka-Lędowo Sekcja Obsługi Infrastruktury Lębork – BZP nr 24794-2017, przetarg prowadzony przez 13 Wojskowy Oddział Gospodarczy w Grudziądzu – 2017/S 069-130377, przetarg prowadzony przez Jednostkę Wojskową nr 2063 z Warszawy, Nr sprawy: 038/17, przetarg nieograniczony prowadzony przez 6 Wojskowy Oddział Gospodarczy Ustka).

Uznał, że cena za sprzątanie budynków zawarta w drugiego wykonawcy jest rażąco niska, ponieważ niemożliwe jest wykonanie usługi zgodnie z wymaganiami SIWZ za cenę 0,68 zł/m², chyba, że część wynagrodzenia za jej realizację zawarta jest w innych usługach objętej zamówieniem.

Podniósł, że taka manipulacja cenami jednostkowymi prowadzi w efekcie do przerzucania kosztów usług sprzątanie budynków z wyższą stawką podatku VAT (23%) na koszty pozostałych usług z niższą stawką podatku VAT (8%) w celu osiągnięcia sprzecznej z prawem korzyści w przetargu, polegającej na bezprawnym zaniżeniu kwoty podatku VAT i łącznej ceny oferty.

Powołał się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 września 2012 r., sygn. akt KIO 1934/12: „*Powyższe, co bezsporne, związane jest ze stawką podatku VAT od poszczególnych usług objętych przedmiotem zamówienia i w konsekwencji zaniżenia stawki za sprzątanie powierzchni wewnętrznych. Usługa sprzątania powierzchni wewnętrznych objęta jest bowiem 23% stawką podatku VAT, a usługa sprzątania i odśnieżania terenów wokół obiektów stawką 8%. Konsekwencją powyższego jest więc zaniżenie podatku VAT. Odwołujący, przypisując poszczególnym z usług inne wartości niż rzeczywiście winny być im przypisane, tak skonstruował cenę swojej oferty, że działanie to dało mu możliwość zdobycia przewagi konkurencyjnej i w konsekwencji pozwoliłoby na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.)Tym samym w ocenie Izby zaistniały podstawy ku temu, aby przypisać*

Odwołującemu popełnienie czynu nieuczciwej konkurencji z ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. "

Uznał, że drugi wykonawca zastosował nieuczciwe praktyki rynkowe polegające na manipulowaniu cenami jednostkowymi, które wpływają na wynagrodzenie w toku realizacji umowy, nieodpowiadające faktycznemu wynagrodzeniu jakie powinien otrzymać wykonawca, który zadeklarował realne ceny jednostkowe za ww. usługi, co stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

Powołał się także na opinii UZP: *„W świetle znowelizowanego brzmienia art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, nie ulega wątpliwości, że zamawiający może powziąć wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia za zaoferowaną cenę, także w sytuacji, gdy cena oferty jest niższa np. o 20% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert, w okolicznościach związanych z konkretnym zamówieniem. Zamawiający może wezwać wykonawcę również w każdej innej sytuacji, w której wysokość ceny lub kosztu oferty, a nawet jedynie ich istotne części składowe budzą jego wątpliwości, mimo iż cena całkowita lub koszt nie jest niższa niż szczególny ustawowy limit. W zakresie istotnych części zamówienia ważne jest, aby te części miały znaczenie dla całości wyceny przedmiotu zamówienia (przy wynagrodzeniu ryczałtowym) albo jeśli są to istotne części zamówienia, które stanowią przedmiot odrębnego wynagrodzenia (np. przy wynagrodzeniu kosztorysowym).”*

Zdaniem odwołującego zamawiający zaniechał wyjaśnienia cen zawartych w obu kwestionowanych ofertach, gdyż sam błędnie wyliczył kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia – 2 900 613,30 zł.

Stwierdził, że uwzględniając zakres, warunki i wymagania niniejszego zamówienia oraz istotne zmiany ustawowe, które miały miejsce w latach 2015-2017 w zakresie wynagradzania pracowników w oparciu o umowę o pracę i umowę zlecenie koszty wykonania przedmiotowych usług są znacznie wyższe niż w przypadku dotychczas realizowanej umowy, wobec czego nie można określać możliwości finansowych jedynie na podstawie wartości dotychczasowej umowy z uwzględnieniem zmian ilościowych zamawianych usług oraz prognozowanego na dany rok średniorocznego wskaźnika cen towarów i usług konsumpcyjnych ogółem.

Zdaniem odwołującego zamawiający, określając ww. kwotę nie uwzględnił istotnego wzrostu kosztów pracy w stosunku do dotychczas realizowanej umowy, które stanowią dominujący koszt w cenie zamówienia, w związku z obowiązkiem zatrudnienia wszystkich osób sprzątających (na powierzchniach wewnętrznych oraz na terenach zewnętrznych) na umowę o pracę, zgodnie z art. 29 ust. 3a ustawy Pzp, który to przepis nie obowiązywał w postępowaniu poprzedzającym zawarcie dotychczasowej umowy.

W ocenie odwołującego powyższa kwota nie zawiera wzrostu:

- kosztów osobowych w wyniku przejścia pracowników z umów zleceń na umowy o pracę,
- kosztów osobowych jakie musi ponieść wykonawca jako pracodawca wobec zmiany wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę z dniem 01.01.2018 r.

Stwierdził także, że kwota, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia w Zadaniu nr 1 nie uwzględnia wartości wynikającej z dodatkowej umowy na dostarczenie środków higienicznych dla zwiększonej liczby użytkowników o żołnierzy kontyngentów międzynarodowych.

Podsumował, że ceny obu kwestionowanych ofert jak i kwota, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację Zadania nr 1 są rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia, bowiem za takie ceny nie można wykonać przedmiotu niniejszego zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego w SIWZ i zgodnie z odrębnymi przepisami.

W odniesieniu do kolejnego zarzutu odwołujący podał, że zamawiający, pismem z 15.11.2017 r. wezwał przystępującego do wyjaśnienia pełnomocnictwa udzielonego P.G., który podpisał ofertę oraz Jednolity Europejski Dokument Zamówienia (JEDZ) – zamawiający prosił o wyjaśnienie czy P.R. był osobą umocowaną do udzielenia i podpisania pełnomocnictwa do reprezentowania dla P.G..

Wskazał, że wyjaśnienia jakich udzielił przystępujący nie potwierdziły, że P.R. był osobą umocowaną do udzielenia i podpisania pełnomocnictwa dla P.G. na dzień udzielenia pełnomocnictwa, tj. 1 lutego 2017 roku wobec czego zamawiający, pismem z 27.11.2017 r., wezwał przystępującego do złożenia odpisu zupełnego z KRS – przystępujący nie złożył ww. dokumentu niezbędnego, w ocenie odwołującego, do przeprowadzenia postępowania. Podał, że zamiast odpisu zupełnego z KRS przystępujący złożył nowe pełnomocnictwo dla P.G. i M.S. podpisane przez urzędującego obecnie Wiceprezesa K.T., datowane na 06.11.2017 r.

Stanął na stanowisku, że z dokumentów przedłożonych przez przystępującego nie wynika, że P.R. był w dniu 1 lutego 2017 roku osobą umocowaną do udzielenia pełnomocnictwa, lecz wynika jedynie, że pełnił funkcję członka zarządu w od 08.11.2016 r. do 15.02.2017r. oraz 23.05.2017 r.

Wedle odwołującego brak wykonania zobowiązania zamawiającego do przedłożenia zupełnego odpisu KRS powoduje, że wątpliwość zamawiającego dotycząca umocowania członka zarządu w dniu podpisania pełnomocnictwa nie została wyjaśniona. Uzupełnił, że brak zupełnego odpisu KRS, o który wzywał zamawiający, nie pozwala zweryfikować jak wyglądał skład zarządu przystępującego 1 lutego 2017 roku i czy np. P.R. nie został tymczasowo ze

stanowiska odwołany, co – podał odwołujący – nie jest sytuacją niemożliwą, a wręcz stosunkowo często występującą w rzeczywistości.

Stwierdził, że dane wynikające z KRS korzystają z domniemania prawdziwości. Podniósł jednocześnie, że teoretycznie mogła zdarzyć się sytuacja, że pomiędzy poszczególnymi odpisami KRS P.R. był odwołany i znowu powołany (np. odwołany 31 stycznia 2017 r. i powołany 2 lutego 2017 r., co oznacza że 1 lutego 2017 r. nie mógł podpisać pełnomocnictwa).

Jeżeli tak było, wywodził odwołujący, to w KRS powinny znaleźć się odpowiednie uchwały, a ich odzwierciedleniem jest zupełny odpis KRS, o który wzywał zamawiający.

Uznał, że tylko taki rodzaj odpisu KRS pozwala ustalić dokładne okresy kadencji członków zarządu, podczas gdy z treści ostatniej odpowiedzi przystępującego wynika, że wykonawca ten nie wykonał zobowiązania zawartego w wezwaniu i nie przedłożył zupełnego odpisu KRS, a jedynie odpis aktualny na dzień 15.02.2017 roku.

Podniósł, że skoro zamawiający w pierwszym wezwaniu powziął wątpliwości, co do faktu, czy P.R. w dacie 1 lutego 2017 roku był członkiem zarządu, bo odpisy z 08.11.2016 r. oraz z 23.05.2017 r. tego nie wyjaśniają, to przedłożony w ostatniej odpowiedzi odpis KRS z 15.02.2017 r., też tego nie wyjaśnia, zaś zobowiązanie przedłożenia zupełnego odpisu KRS nie zostało wykonane.

Wskazał, że inną kwestią jest fakt, że przystępujący przedłożył pełnomocnictwo z 06.11.2017 r. dla P.G. podpisane przez powołanego uchwałą z 12.07.2017 r. wiceprezesa zarządu K.T. – nadal, wobec braku zupełnego odpisu KRS, który zamawiający słusznie uznał za niezbędny, nie wiadomo, czy K.T. 06.11.2017 r. nadal pełnił funkcję członka zarządu. Dodał, że przystępujący przedłożył jedynie uchwałę o jego powołaniu, z której jednak nie może wynikać, czy osoba ta pełniła nadal swoją funkcję w dniu podpisania drugiego pełnomocnictwa tj. 06.11.2017 r.

Stanął na stanowisku, że wątpliwości zamawiającego wyjaśniłby jedynie dokument żądany przez zamawiającego, tj. zupełny odpis KRS.

Odwołujący wskazał, że zamawiający w obu ww. wezwaniach powołał się na niewłaściwą podstawę prawną, a mianowicie na art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, tj. wyjaśnienie treści oferty, zamiast na art. 26 ust.3 ustawy (wyjaśnienie lub uzupełnienie innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania). Uznał, że poza sporem pozostaje fakt, iż wezwania zamawiającego dotyczyły pełnomocnictwa, a nie treści oferty.

Podał, że zgodnie z treścią wezwań zamawiający:

1. pismem z 15.11.2017 r. dokonał czynności wezwania do wyjaśnienia pełnomocnictwa,
2. pismem z 27.11.2017 r. dokonał ponownego wezwania do wyjaśnienia pełnomocnictwa oraz do złożenia odpisu zupełnego z KRS.

Odwołujący stanął na stanowisku, że zamawiający pomimo przywołania przepisu art. 87 ust. 1 ustawy Pzp nie zastosował go, gdyż opisana w wezwaniach procedura odpowiada procedurze przewidzianej w art. 26 ust.3 ustawy Pzp.

Wskazał, że zarówno pełnomocnictwo jako i odpis zupełny z KRS to „inne dokumenty niezbędne do przeprowadzenia postępowania”, o którym mowa w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Uznał, że w opisanej sytuacji zamawiający nie był uprawniony do zastosowania normy prawnej zawartej w art. 26 ust. 3a ustawy Pzp, która nie przewiduje wezwania do wyjaśnienia pełnomocnictwa, lecz przewiduje jedynie wezwania do jego złożenia, jeżeli wykonawca nie złożył wymaganych pełnomocnictw albo złożył wadliwe pełnomocnictwa.

Zdaniem odwołującego zamawiający dokonał dwukrotnie wezwania na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp – pierwsze to wezwanie do wyjaśnienia pełnomocnictwa, drugie to wezwanie do uzupełnienia dokumentu niezbędnego do przeprowadzenia postępowania w postaci odpisu zupełnego z KRS; w odpowiedzi na pierwsze wezwanie przystępujący nie wyjaśnił pełnomocnictwa, zaś w odpowiedzi na drugie nie złożył dokumentu wymaganego w wezwaniu.

Podniósł, że zasadą jest jednokrotne wezwanie w trybie art. 26 ust.3 ustawy Pzp w zakresie tych samych dokumentów.

Podsumował, że nieuzupełnienie, w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 26 ust.3 ustawy Pzp dokumentu potwierdzającego umocowanie do udzielenia pełnomocnictwa stanowi o obowiązku odrzucenia oferty przystępującego na podstawie 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp.

W ocenie odwołującego wykazał on w odwołaniu, że oferta przystępującego podlega odrzuceniu i jako taka nie powinna być wybrana, tym samym znajduje potwierdzenie zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy Pzp.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przekazanej Izbie przez zamawiającego w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem przy piśmie z dnia 28 grudnia 2017 roku, Odpowiedzi zamawiającego na odwołanie (pismo z dnia 5 stycznia 2018 roku), dodatkowych stanowisk pisemnych odwołującego: z dnia 5 i 8 stycznia 2018 roku, Pisma procesowe przystępującego z dnia 8 stycznia 2018 roku, a także stanowisk stron i przystępującego zaprezentowanych w toku posiedzenia i rozprawy skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, skierował odwołanie do rozpoznania na rozprawę.

Skład orzekający Izby ustalił także, że wykonawca wnoszący odwołanie posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Bezpodstawne zaniechanie odrzucenia dwóch ofert sklasyfikowanych przez ofertą odwołującego oznacza, że stwierdzenie w tym zakresie naruszeń przepisów ustawy Pzp dawałoby odwołującemu szansę na uzyskania zamówienia i podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz wykonywania zamówienia – to oferta odwołującego byłaby ofertą najkorzystniejszą

Poza sporem był fakt, że oferta odwołującego przewyższa kwotę, jaką zamawiający podał przed otwarciem ofert (art. 86 ust. 3 ustawy Pzp), tj. kwotę jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

Jednak fakt ten nie może prowadzić do unieważnienia postępowania (a tym samym do niemożności udzielenia zamówienia odwołującemu), o ile zamawiający może zwiększyć tę kwotę do ceny najkorzystniejszej oferty (art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp).

Stanowisko zamawiającego co do możliwości zwiększenia kwoty na sfinansowanie zamówienia nie było do jasne – na posiedzeniu zamawiający oświadczył, że „*cena ofertowa odwołującego znacząco przewyższa kwotę jaką zamawiający planuje przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia i nie przewiduje możliwości jej zwiększenia*”, na rozprawie oświadczył „*iz na dzień dzisiejszy nie ma możliwości zwiększenia środków finansowych. Dodatkowo oświadcza, iż w trakcie przerwy uzyskał ustne potwierdzenie od kierownika Technicznego Utrzymania Nieruchomości, iż jest to kwota ostateczna.*”.

Wobec powyższego skład orzekający Izby uznał, że zamawiający nie wykazał, że nie może zwiększyć kwoty na sfinansowanie zamówienia do wysokości ceny ofertowej odwołującego.

Zarzuty wadliwej oceny oferty złożonej przez przystępującego oraz drugiego wykonawcę, poprzez zaniechanie zbadania rażąco niskich cen składowych tych ofert celem wykluczenia podstaw do odrzucenia tych ofert jako ofert stanowiących czyn nieuczciwej konkurencji nie potwierdził się.

Odwołujący nie zaprezentował w tym zakresie żadnej argumentacji, błędnie utożsamiając fakt, że zamawiający nie wezwał ani przystępującego, ani drugiego wykonawcy do złożenia wyjaśniania istotnych części składowych z brakiem zbadania cen składowych tych wykonawców w ogóle.

Odmienne ocena przez zamawiającego i odwołującego charakteru zaoferowanych przez przystępującego i drugiego wykonawcę cen składowych w żadnym razie nie może prowadzić do wniosku, że zamawiający w ogóle cen tych nie badał.

Zarzut zaniechania wezwania do wyjaśnienia istotnych części składowych ofert przystępującego i drugiego wykonawcy, które są rażąco niskie w związku z zaoferowaniem przez ww. wykonawców rażąco niskich i nierealnych cen jednostkowych wobec uznania, że ceny i istotne części składowe ww. ofert nie budzą wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego w SIWZ i nie wydają się rażąco niskie potwierdził się.

Skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Podkreślić należy, że zgodnie z postanowieniami SIWZ (Część XIII Opis sposobu obliczenia ceny pkt 7) zamawiający nałożył na wykonawców obowiązek, aby zarówno cena podana w ofercie (cena łączna), jak i cena jednostkowa za m² powierzchni obejmowała wszystkie koszty wykonawcy związane z wykonaniem przedmiotu zamówienia (łącznie z podatkiem VAT) oraz warunkami stawianymi przez zamawiającego, tj.

- koszty wynagrodzenia osób wykonujących przedmiot zamówienia,
- koszty materiałów,
- koszty użytkowania sprzętu niezbędnego do realizacji przedmiotu zamówienia,
- koszty ubezpieczenia i inne opłaty nie wymienione, które mogą wystąpić przy realizacji umowy (zysk, narzuty, podatki, pozostałe składniki cenotwórcze),
- wszelkie inne koszty niewymienione, a niezbędne do należytego wykonania zamówienia (rabaty, upusty).

Oczekiwanie to odpowiada przyjętemu przez zamawiającego sposobowi rozliczeń między stronami – „(...) wykonawca będzie rozliczany według faktycznie zrealizowanych usług w przeliczeniu na m² (...)” (§ 5 ust. 3 wzoru umowy, stanowiącej załącznik nr 17 do SIWZ).

Zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp „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: (...)”

Poza sporem był fakt, że ceny jednostkowe to istotne części składowe całkowitej ceny ofertowej. Zamawiający nie kwestionował znaczenia cen jednostkowych dla rozliczeń umowy.

Odmierna była natomiast ocena charakteru zaoferowanych przez przystępującego i drugiego wykonawcę cen jednostkowych.

Zamawiający twierdził, że brak było podstaw do powzięcia wątpliwości co do możliwości wykonania zamówienia przez obu wykonawców za zaoferowane ceny jednostkowe.

Odwołujący twierdził natomiast, że są to ceny rażąco niskie, tj.

- w przypadku przystępującego chodzi o:
 - cenę jednostkową za utrzymanie terenów zewnętrznych zielonych w kwocie 0,01 zł/m²,
 - cenę jednostkową utrzymania i mineralizacji pasów ppoż. w kwocie 0,01 zł/m²,
 - cenę jednostkową za odśnieżanie dachów w kwocie 0,10 zł/m²
- przypadku drugiego wykonawcy chodzi o:
 - cenę jednostkową za odśnieżanie dachów w kwocie 0,10 zł/m²,
 - cenę jednostkową za utrzymanie czystości powierzchni wewnętrznych w budynkach w kwocie cenę jednostkową za odśnieżanie dachów w kwocie 0,68 zł/m².

Zamawiający, powołując się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 września 2009 roku zapadły w sprawie o sygn. akt KIO/UZP 1126/09 (str. 3 Odpowiedzi na odwołanie), wskazał, że „(...) punktami odniesienia dla określenia rażąco niskiej ceny są przede wszystkim:

- 1) wartość przedmiotu zamówienia,
- 2) ceny innych ofert złożonych w postępowaniu, a także
- 3) wiedza, doświadczenie życiowe i rozeznanie warunków rynkowych jakimi dysponują członkowie komisji zamawiającego”.

Stanowisko to skład orzekający podziela, zastrzegając, że wartość przedmiotu zamówienia to wartość ustalona przez zamawiającego z należytą starannością (w przypadku usług w szczególności z zastosowaniem art. 34 ust. 1 ustawy Pzp) przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, powiększona o należny podatek od towarów i usług (art. 90 ust. 1a ustawy Pzp).

Zidentyfikowanych powyżej punktów odniesienia, co do zasady, nie kwestionował także odwołujący.

Dla oceny, czy zaoferowane przez przystępującego oraz drugiego wykonawcę ceny jednostkowe winny wydać się zamawiającemu rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i wzbudzić wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia należy zatem dokonać analizy relacji tych cen do trzech ww. punktów odniesienia.

W pkt. 2 Protokołu postępowania o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego (DRUK ZP-PN) [dalej „Protokół”] zamawiający podał, że wartość zamówienia (netto) dla zadania 1 wynosi 2 527,00 zł, w tym:

- wartość zamówień z art. 67 ust. 1 pkt 6 i 7 oraz art. 134 ust. 6 pkt 3 ustawy Pzp wynosi 1 263 648,50 zł,
- wartość opcji 1 010 918,80 zł

czyli łącznie w wartości 2 527,297,00 zł ujęto 2 274 567,30 zł.

Oznacza to, że ustalona przez zamawiającego wartość zamówienia podstawowego wynosi 252 729,70 zł netto i, nawet przy zastosowaniu jednej stawki podatku VAT w wysokości 23%, 310 857,531 zł brutto.

W pkt. 11 ppkt 2 Protokołu zamawiający wskazał kwotę 2 900 613,30 zł jako kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia dla zadania 1.

W Odpowiedzi na odwołanie (str. 4, pkt II) zamawiający, wnosząc o „korespondowaniu” ceny oferty przystępującego z ustaleniami zamawiającego, błędnie przyrównał cenę przystępującego (błędnie również wskazując 2 386 853,10 zł zamiast 2 768 855,94 zł) do kwoty, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia dla zadania 1, zamiast ustalonej przez siebie wartości zamówienia podstawowego w zadaniu 1, powiększonej o wartość VAT, czyli – jak wskazano powyżej – 310 857,531 zł brutto.

Jednakże tak „kosmiczna” rozbieżność pomiędzy wartością zamówienia z VAT (310 857,531 zł) a cenami ofertowymi (od ok. 2,7 mln zł do ok. 4,6 mln zł) oraz kwotą, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia czyni ustaloną przez zamawiającego wartość zamówienia niewiarygodną, a tym samym wartością, która nie może stanowić miarodajnego punktu odniesienia dla zaoferowanych przez wykonawców w przedmiotowym postępowaniu cen.

Nadto dostrzeżenia wymaga, że zamawiający nie twierdził, iż zaoferowane przez przystępującego oraz drugiego wykonawcę ceny jednostkowe korespondują z cenami jednostkowymi, jakie zamawiający przyjął dla wyceny.

Warto w tym miejscu wskazać, że w pkt. 2 ppkt 4 Protokołu zamawiający – w odniesieniu do zadania 1 – podał, że wartość zamówienia została ustalona na podstawie „*cen jednostkowych umowy nr 32/2016/W z dnia 22.11.2016r. oraz aneksu nr 1 z dnia 03.01.2017r. do umowy 22/2015/W z dnia 08.12.2015r.*”

Umowa nr 32/2016/W została przez zamawiającego załączona do Odpowiedzi na odwołanie – cena jednostkowa utrzymania powierzchni zewnętrznych zielonych to 0,01 zł/m² oraz cena jednostkowa utrzymania powierzchni utwardzonych to 0,09 zł/m².

Aneks nr 1 do umowy 22/2015/W został załączony przez odwołującego do jego stanowiska pisemnego (pismo z dnia 8 stycznia 2017 roku) – cena jednostkowa utrzymania powierzchni wewnętrznych to 1,28 zł/m² oraz 2,06 zł/m² (Przybrodzin), zewnętrznych zielonych to 0,03 zł, utrzymania powierzchni utwardzonych to 0,14 zł/m², cena jednostkowa „dach to 0,22 zł/m² oraz cena jednostkowa pasy ppoż to 0,15 zł/m².

Niejasnym – w świetle informacji zawartych w Protokole – pozostaje, jakie ceny jednostkowe przyjął zamawiający skoro niektóre z cen (powierzchnie zewnętrzne) zostały wskazane zarówno w umowie, jak i w aneksie (zamawiający „wybrał” cenę z umowy albo aneksu, uśrednił je?). Podkreślenia także wymaga, że jedynymi cenami jednostkowymi, będącymi podstawą ustalenia wartości zamówienia mogły być – w odniesieniu do powierzchni wewnętrznych – ceny z aneksu (1,28 zł oraz 2,06 zł), ponieważ umowa nr 32/2016/W z dnia 22 listopada 2016 roku, jak wynika choćby z jej § 1 ust. 1, w ogóle nie dotyczyła powierzchni wewnętrznych, a jedynie zewnętrznych (powierzchni utwardzonych i zielonych).

W nadesłanej przez zamawiającego dokumentacji postępowania znajduje się tabelaryczne zestawienie – ustalenie wartości szacunkowej zamówienia dla zadania 1 (karta 153), w którym przyjęto następujące ceny:

- cenę jednostkową za utrzymanie terenów zewnętrznych zielonych w kwocie 0,02 zł/m²,
- cenę jednostkową utrzymania i mineralizacji pasów ppoż. w kwocie 0,15 zł/m²,
- cenę jednostkową za odśnieżanie dachów w kwocie 0,22 zł/m²
- cenę jednostkową za utrzymanie czystości powierzchni wewnętrznych w budynkach w kwocie cenę jednostkową za odśnieżanie dachów w kwocie 1,28 zł/m².

Powyższe potwierdza także wniosek, iż ustalona przez zamawiającego wartość zamówienia podstawowego nie może stanowić miarodajnego punktu odniesienia dla zaoferowanych przez wykonawców w przedmiotowym postępowaniu cen całkowitych.

Analizując w drugiej kolejności ceny ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu (złożono 4 oferty), wskazać należy, że oferty te zawierały ceny na dwóch znacząco różniących się poziomach. Dwie oferty były na poziomie powyżej 2,7 mln zł (oferta przystępującego i drugiego wykonawcy, tj. Hysperyd), dwie na poziomie powyżej 4,2 mln zł (w tym oferta odwołującego).

Ceny jednostkowe odwołującego, co wynika z pisma odwołującego z dnia 8 stycznia 2018 roku (Formularz cenowy), wynosily:

- za utrzymanie terenów zewnętrznych zielonych – 0,03 zł/m² (zamawiający przyjął w ww. wycenie 0,02 zł/m²,
- cenę jednostkową utrzymania i mineralizacji pasów ppoż. – 0,15 zł/m² (zamawiający także przyjął w ww. wycenie 0,15 zł/m²),
- cenę jednostkową za odśnieżanie dachów – 0,22 zł/m² (zamawiający także przyjął w ww. wycenie 0,22 zł/m²),
- cenę jednostkową za utrzymanie czystości powierzchni wewnętrznych w budynkach – 1,28 zł/m² (zamawiający także przyjął w ww. wycenie 1,28 zł/m²).

Uwzględniając powyższe stwierdzić należy, że gdyby zamawiający miał porównywać ceny ofertowe do wartości szacunkowej zamówienia podstawowego powiększonej o wartość VAT (dla przypomnienia – 310 857,531 zł brutto) to musiałyby dojść do wniosku, że w odniesieniu do wszystkich wykonawców winien uruchomić procedurę wyjaśnień i to nie z zastosowaniem przepisu art. 90 ust. 1, ale art. 90 ust. 1a ustawy Pzp (różnice powyżej 30%).

Gdyby zaś zamawiający miał porównywać jednostkowe ceny ofertowe do cen jednostkowych przyjętych przez siebie w wycenie (karta 153) to musiałyby zestawzić :

- w przypadku przystępującego:
 - cenę jednostkową za utrzymanie terenów zewnętrznych zielonych w kwocie 0,01 zł/m² z kwotą 0,02 zł/m² (co stanowi 50%),
 - cenę jednostkową utrzymania i mineralizacji pasów ppoż. w kwocie 0,01 zł/m² z kwotą 0,15 zł/m² (co stanowi 6,7%),
 - cenę jednostkową za odśnieżanie dachów w kwocie 0,10 zł/m² z kwotą 0,22 zł/m² (co stanowi 45,4%),
- w przypadku drugiego wykonawcy:
 - cenę jednostkową za odśnieżanie dachów w kwocie 0,10 zł/m² z kwotą 0,22 zł/m² (co stanowi 45,4%),
 - cenę jednostkową za utrzymanie czystości powierzchni wewnętrznych w budynkach w kwocie 0,68 zł/m² z kwotą 1,28 zł/m² (co stanowi 53 %),

i w konsekwencji dojść do wniosku, że różnice na takim poziomie, choć automatycznie nie mogą zostać uznane za rażąco niskie (jak trafnie wskazał zamawiający w odpowiedzi na odwołanie – str. 4 pkt II: „w dzisiejszej rzeczywistości gospodarczej różnice te kształtują się nawet na poziomie 50% i nie stanowią o rażąco niskiej cenie”), to wywołują wątpliwości co do

możliwości wykonania zamówienia przez obu wykonawców za zaoferowane ceny jednostkowe.

Analizując wreszcie wiedzę, doświadczenie życiowe i rozeznanie warunków rynkowych, jakimi dysponowali członkowie komisji zamawiającego przy badaniu i ocenie zaoferowanych cen jednostkowych, uznać należy, wobec braku wskazania przez zamawiającego innej wiedzy, doświadczenia i rozeznania niż wynikająca z prowadzonej przez zamawiającego dokumentacji postępowania, że pokrywają się z omówionymi powyżej informacjami wynikającymi z pkt. 2 ppkt 3 i 4 Protokołu, a także wyceny – karta 153.

Biorąc powyższe pod uwagę skład orzekający Izby uznał, że zamawiający dopuścił się zaniechania wezwania do wyjaśnienia istotnych części składowych (cen jednostkowych) ofert przystępującego i drugiego wykonawcy wobec uznania, że nie budzą wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego w SIWZ i nie wydają się rażąco niskie, czym naruszył nie tylko przepis art. 90 ust. 1, ale także art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp.

W konsekwencji skład orzekający Izby nakazał zamawiającemu wezwanie obu wykonawców do złożenia, w trybie przepisu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, wyjaśnień co do zaoferowanych cen jednostkowych, tj.

- w przypadku przystępującego:
 - ceny jednostkowej za utrzymanie terenów zewnętrznych zielonych,
 - ceny jednostkowej utrzymania i mineralizacji pasów ppoż.,
 - ceny jednostkowej za odśnieżanie dachów,
- przypadku drugiego wykonawcy:
 - ceny jednostkowej za odśnieżanie dachów,
 - ceny jednostkowej za utrzymanie czystości powierzchni wewnętrznych w budynkach.

Wyjaśnienia obu wykonawców (o ile zostaną złożone) winny zostać zbadane przez zamawiającego w szczególności pod kątem wymogu, o którym mowa w części XIII pkt 7 SIWZ, co pozwoli także ustalić, czy jakiegokolwiek z cen jednostkowych dotyczących usług okresowych zostały przerzucone na ceny jednostkowe dotyczące usług ciągłych.

Zarzut zaniechania odrzucenia oferty przystępującego i drugiego wykonawcy jako ofert stanowiących czyn nieuczciwej konkurencji oraz zarzut uznania, że ceny tych ofert nie są rażąco niskie nie potwierdziły się.

Ocena oferty wykonawca jako zawierającej cenę rażąco niską i jej automatyczne odrzucenie czy to na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3, czy art. 89 ust. 1 ust. 4 ustawy Pzp, bez zastosowania przez zamawiającego obligatoryjnego postępowania wyjaśniającego w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp byłaby oceną wadliwą, dokonaną z naruszeniem tego przepisu, a w konsekwencji oceną, która nie może prowadzić do odrzucenia oferty.

Zarzuty naruszenia art. 26 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, poprzez dwukrotne wezwanie przystępującego do wyjaśnienia i uzupełnienia dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania dotyczących pełnomocnictwa udzielonego P.G. (1) oraz poprzez wadliwą ocenę wyjaśnień i uzupełnień dotyczących tego pełnomocnictwa (2), a tym samym zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego jako oferty nieważnej na podstawie odrębnych przepisów nie potwierdziły się.

Skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

Zamawiający zażądał, aby oferta zawierała pełnomocnictwo w szczególności do podpisania oferty (w formie oryginału lub poświadczonej notarialnie za zgodność z oryginałem kopii), o ile prawo do jej podpisania nie wynika z innych dokumentów złożonych wraz z ofertą – część XI pkt 1 lit. f SIWZ.

Zamawiający wskazał jednocześnie, że „w przypadku podpisania oferty przez osobę niewymienioną w dokumencie potwierdzającym uprawnienie do występowania w obrocie prawnym – należy dołączyć pełnomocnictwo w oryginale lub jego kopię poświadczoną notarialnie lub dokument potwierdzający uprawniający do podpisania oferty (w przypadku kserokopii potwierdzone za zgodność z oryginałem przez Wykonawcę).” – część XI pkt 2 lit. c SIWZ.

Zgodnie z opracowanym przez zamawiającego wzorem Formularza ofertowego, stanowiącym załącznik nr 1 do SIWZ wykonawca miał złożyć oświadczenie co do osoby/osób upoważnionych do reprezentacji wykonawcy „na mocy informacji zawartych w KRS/CEIDG) na dzień podpisania oferty”.

Oferta przystępującego została podpisana przez P.G..

W Formularzu ofertowym przystępujący złożył oświadczenie o treści: „Oświadczam, iż poniżej wskazana osoba/osoby są upoważnione do reprezentacji Wykonawcy (na mocy informacji w KRS/CEIDG) na dzień podpisania oferty: P.G. – pełnomocnictwo”.

Wraz z Formularzem ofertowym przystępujący złożył pełnomocnictwo nr 58/02/2017 dla P.G. z dnia 1 lutego 2017 roku udzielone przez P.R. Wiceprezesa Impel Cleaning Sp. z o.o.

Zakres pełnomocnictwa nie był przez odwołującego kwestionowany.

Pismem z dnia 27 listopada 2017 roku zamawiający, z powołaniem się na przepis art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, wezwał przystępującego do złożenia wyjaśnień „*czy Pan P.R. był osobą umocowaną do udzielenia i podpisania pełnomocnictwa na dzień jej dokonania? Z dokumentów rejestrowych Wykonawcy dostępnych Zamawiającemu nie wynika, aby Pan P.R. był osobą umocowaną do udzielenia pełnomocnictwa.*”

Pismem z dnia 28 listopada 2017 roku przystępujący wyjaśnił, że „*Pan P.R. w dniu udzielenia pełnomocnictwa nr 58/02/2017 dla Pana P.G. tj. w dniu 1 lutego 2017 r. był uprawniony – jako urzędujący wówczas Wiceprezes Zarządu Spółki Impel Cleaning sp. z o.o. – do samodzielnego reprezentowania tejże Spółki, w tym do udzielania pełnomocnictw.*” Na potwierdzenie powyższego przystępujący załączył:

- Protokół Zwyczajnego Zgromadzenia Wspólników Impel Cleaning Sp. z o.o. z dnia 12 lipca 2017 roku, w którym (Uchwała nr 8 „*w sprawie powołania Zarządu na nową kadencję*”) znajduje się w szczególności treść: „*Zwyczajne Zgromadzenie Wspólników powołuje Zarząd na nową kadencję w następującym składzie: (...)*” – wskazano pięć osób, wśród których nie wskazano P.R.,
- Informację odpowiadającą odpisowi aktualnemu z Rejestru Przedsiębiorców – stan na dzień 8 listopada 2016 roku, w której w której jako datę ostatniego wpisu (42) wskazano „30.06.2016” w Dziale 2 Rubryka 1 podano czteroosobowy skład zarządu, wśród nich (poz. 2) – P.R. jako Wiceprezes zarządu (każdy z członków zarządu uprawniony do składania i podpisywania oświadczeń w imieniu spółki).

Pismem z dnia 28 listopada 2017 roku, z powołaniem się na przepis art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, wezwał przystępującego do złożenia „*dalszych wyjaśnień pełnomocnictwa*”, stwierdzając, że ze złożonych wyjaśnień, odpisów KRS i uchwały nie wynika, że P.R. w dniu 1 lutego 2017 roku był wiceprezesem zarządu (stwierdził, że funkcję sprawował od 1 stycznia 2016 roku do dnia 31 grudnia 2016 roku).

Zamawiający zawarł następującą treść: „*Zamawiający prosi o wyjaśnienie czy Pan P.R. był osobą umocowaną do udzielenia i podpisania pełnomocnictwa do reprezentowania przez P.G. na dzień jej dokonania, czyli 1 lutego 2017r. oraz załączenie stosownego dokumentu potwierdzającego uprawnienia do podpisania oferty, czyli odpisu zupełnego KRS. Z* KIO 2704/17

dokumentów rejestrowych Wykonawcy dostępnych Zamawiającemu nie wynika, aby Pan P.R. był osobą umocowaną do udzielenie pełnomocnictwa w tym dniu.”

Pismem z dnia 1 grudnia 2017 roku przystępujący wyjaśnił, że *„w dniu 01.02.2017 r. pan P.R. był uprawniony – jako urzędujący wówczas Wiceprezes zarządu Spółki Impel Cleaning Sp. z o.o. – do samodzielnego reprezentowania tejże Spółki, w tym do udzielania pełnomocnictw”*. Na potwierdzenie załączył m.in. Informację odpowiadającą odpisowi aktualnemu z Rejestru Przedsiębiorców – stan na dzień 15 lutego 2017 roku, w której jako datę ostatniego wpisu (43) wskazano „27.01.2017” oraz w Dziale 2 Rubryka 1 podano sześciuosobowy skład zarządu, wśród nich (poz. 2) – P.R. jako Wiceprezes zarządu (każdy z członków zarządu uprawniony do składania i podpisywania oświadczeń w imieniu spółki).

Pismem z dnia 6 grudnia 2017 roku zamawiający wezwał przystępującego, na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, do złożenia wskazanych dokumentów, na co przystępujący odpowiedział przy piśmie z dnia 12 grudnia 2017 roku.

Pismem z dnia 15 grudnia 2017 roku zamawiający zawiadomił wykonawców o wyborze w zadaniu 1 jako najkorzystniejszej oferty przystępującego.

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

W pierwszej kolejności dostrzec należy, że odwołujący – stawiając zarzut dotyczący dwukrotnego wezwania przystępującego – błędnie „sumuje” wezwanie do złożenia wyjaśnień z wezwaniem do złożenia dokumentu [*„(...) Zamawiający dokonał dwukrotnie wezwania na podstawie (...). Pierwsze z nich to wezwanie do wyjaśnienia pełnomocnictwa, a drugie to wezwanie do uzupełnienia dokumentu (...) – str. 22 odwołania*].

Przyjęcie zaprezentowanego przez odwołującego sposobu rozumienia „liczenia” wezwań prowadziłoby w istocie do wniosku, że zamawiający może zażądać od wykonawcy albo złożenia wyjaśnień, albo złożenia dokumentów, co pozostaje wprost sprzeczne z brzmieniem przywoływanego przez odwołującego – jako właściwego w tym przypadku – art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Przypomnienia w tym miejscu wymaga, że art. 26 ust. 3 ustawy Pzp brzmi: *„Jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości,*
KIO 2704/17

zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.”

Brzmienie to nie pozostawia wątpliwości (użyto „lub”, a nie „albo”), że zamawiający wedle własnego oglądu i oceny sytuacji (co najmniej):

- wzywa wykonawcę wyłącznie do złożenia wyjaśnień,
- wzywa wykonawcę wyłącznie do złożenia dokumentów,
- poprzedza wezwanie do złożenia dokumentów wezwaniem do złożenia wyjaśnień,
- wzywa wykonawcę do złożenia wyjaśnień po uprzednim wezwaniu do złożenia dokumentów.

Dodatkowo skład orzekający Izby wskazuje (nie było to kwestionowane przez odwołującego), że „liczba” kierowanych przez zamawiającego do wykonawcy wezwań do złożenia wyjaśnień nie jest limitowana (tytułem przykładu choćby wyrok z 24 lutego 2012 roku zapadły w sprawie o sygn. akt KIO 281/12, KIO 290/12 wskazany przez zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie – str. 5).

Uwzględniając powyższe skład orzekający Izby uznał, że zamawiający nie dopuścił się naruszenia przepisów ustawy Pzp, kierując do przystępującego wezwanie z dnia 27 listopada 2017 roku (odwołujący błędnie wskazał datę 15 listopada 2017 roku – str. 20) do złożenia wyjaśnień odnośnie do uprawnienia P.R. do udzielenia pełnomocnictwa dla P.G. oraz wezwanie z dnia 28 listopada 2017 roku (odwołujący błędnie wskazał datę 27 listopada 2017 roku – str. 20 odwołania) do złożenia wyjaśnień odnośnie do tegoż uprawnienia oraz do złożenia dokumentu potwierdzającego to uprawnienie, a w konsekwencji także uprawnienie P.G. do podpisania oferty i dokumentu JEDZ.

W odniesieniu do zarzuty wadliwej oceny przez zamawiającego ww. wyjaśnień i uzupełnienia dotyczących uprawnienia do podpisania przez P.G., na podstawie pełnomocnictwa z dnia 1 lutego 2017 roku, skład orzekający Izby uznał, że ocena ta wadliwą nie była.

Celem zamawiającego było ustalenie, czy P.G., działający na podstawie pełnomocnictwa z dnia 1 lutego 2017 roku, podpisanego przez P.R. był uprawniony do podpisania oferty, a to wobec wątpliwości, czy P.R. był uprawniony do udzielenia tego pełnomocnictwa (w dacie 1 lutego 2017).

Zamawiający uznał ostatecznie, że P.G. był uprawniony do podpisania oferty.

Zamawiający w Odpowiedzi na odwołanie wskazał, że *„ostatni i jedyny wpis od czasu wydania poprzedniego odpisu w dniu 8 listopada 2016 roku został dokonany w dniu 27 stycznia 2017 roku, a więc już po udzieleniu pełnomocnictwa dla Pana P.G.. Nie budzi zatem wątpliwości, że w okresie udzielenia pełnomocnictwa Pan P.R. był członkiem zarządu wykonawcy.”*

Zamawiający, pomimo wyartykułowanego oczekiwania składu orzekającego Izby, nie odniósł się na rozprawie do ww. stanowiska zamawiającego.

Przypomnieć należy, że pełnomocnictwo dla P.G. zostało podpisane w dniu 1 lutego 2017 roku, a więc nowy wpis w KRS odnośnie do przystępującej spółki (43) z dnia 27 stycznia 2017 roku został dokonany nie *„po udzieleniu pełnomocnictwa”* (jak błędnie przyjął zamawiający), ale przed jego udzieleniem (najpierw, 27 stycznia 2017 roku dokonano nowego wpisu, a następnie, później 1 lutego 2017 roku podpisane zostało pełnomocnictwo).

Oceny wymaga zatem, czy wpis z 27 stycznia 2017 roku mógł dotyczyć członka zarządu P.R..

Skład orzekający Izby stanął na stanowisku, że odpowiedź jest przecząca, ponieważ w sytuacji, gdy P.R. w dacie 15 lutego 2017 roku był ujawniony jako członek zarządu – wiceprezes spółki to usunięcie go z rejestru po dacie 8 listopada 2016 roku i jego ponowne wpisanie jako członka zarządu – wiceprezesa spółki jednym wpisem nr 43 z dnia 27 stycznia 2017 roku po prostu nie było możliwe (konieczne byłyby dwa wpisy).

Skoro wpis z 27 stycznia 2017 roku nie mógł dotyczyć P.R., a był to jedyny wpis pomiędzy 8 listopada 2016 roku a 15 lutego 2017 roku, w którym to czasie, tj. 1 lutego 2017 roku P.R. podpisał pełnomocnictwo, to uznać należało, że pełnomocnictwo z 1 lutego 2017 roku dla P.G. zostało udzielone prawidłowo, a tym samym P.G. był uprawniony do podpisania oferty.

Dodatkowo skład orzekający Izby zauważył, że zamawiający, wzywając przystępującego do złożenia dokumentu (pismo z dnia 28 listopada 2017 roku) bezpodstawnie utożsamiał *„dokument potwierdzający uprawnienia do podpisania oferty”* z *„odpisem zupełnym KRS”* (*„Zamawiający prosi (...) załączenie stosownego dokumentu potwierdzającego uprawnienia do podpisania oferty, czyli odpisu zupełnego KRS”*) – odpis ten stanowiłby niewątpliwie najbardziej dogodny sposób ustalenia, czy w dacie 1 lutego 2017 roku P.R. był ujawniony jako wiceprezes zarządu spółki, a tym samym, czy pełnomocnictwo z 1 lutego 2017 roku uprawniało P.G. do podpisania oferty, jednak – o czym przesądza powyższa treść uzasadnienia – nie był to sposób jedyny tych ustaleń.

W konsekwencji skład orzekający Izby uznał, że brak było podstaw do odrzucenia oferty przystępującego jako oferty nieważnej na podstawie odrębnych przepisów.

Zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez dokonanie wyboru oferty przystępującego, która podlega odrzuceniu nie potwierdził się.

Skład orzekający Izby w konsekwencji uznania, że ofertę podpisała osoba nieuprawniona uznał także, że brak było podstaw do odrzucenia oferty przystępującego.

Skład orzekający Izby uznał nadto za niezasadne odrzucenie oferty przystępującego (oraz drugiego wykonawcy) skoro wykonawcy ci (o czym we wcześniejszych zarzutach) mają dopiero – w wykonaniu wyroku Izby – zostać wezwani do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, § 3 pkt 1) lit. a) oraz pkt 2) lit. 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 ze zm.).

Przewodniczący: