

WYROK

z dnia 18 listopada 2021 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Danuta Dziubińska

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 listopada 2021 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 października 2021 r. przez wykonawcę **TETTSUI Security Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka Komandytowa z siedzibą w Ostrołęce**, ul. Goworowska 2B/4, 07- 410 Ostrołęka w postępowaniu prowadzonym przez **Ostrołęckie Towarzystwo Budownictwa Społecznego Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Ostrołęce**, ul. Berka Joselewicza 1, 07- 410 Ostrołęka działającą w imieniu i na rzecz: **Skarbu Państwa**, w imieniu którego działa **Prezydent Miasta Ostrołęki, Skarbu Państwa - Mazowieckiego Urzędu Wojewódzkiego, Powiatu Ostrołęckiego, Miasta Ostrołęka, Państwowej Inspekcji Pracy – Okręgowego Inspektoratu Pracy w Warszawie**

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu:

- 1.1. unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;
- 1.2. powtórzenie czynności badania i oceny ofert;
- 1.3. wezwanie na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych wykonawców M. K., Ł. K. prowadzących działalność gospodarczą pod nazwą: Spółka Cywilna INTERLUX K. M., K. Ł. w Ostrołęce do złożenia wyjaśnień dotyczących ceny oferty, w szczególności w zakresie wyliczenia ceny świadczenia usług wewnątrz budynku (tabela nr 1);

2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego, i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

2.2.zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 11 366 zł 00 gr (słownie: jednaście tysięcy trzysta sześćdziesiąt sześć złotych zero groszy) tytułem zwrotu wpisu uiszczanego przez odwołującego, wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), opłaty skarbowej od pełnomocnictwa w wysokości 17 zł oraz kosztów dojazdu na wyznaczone posiedzenie i rozprawę w kwocie 249 zł.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2021 r. poz. 1129) 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

Ostrołęckie Towarzystwo Budownictwa Społecznego Sp. z o.o. z siedzibą w Ostrołęce, działająca w imieniu i na rzecz: Skarbu Państwa, w imieniu którego działa Prezydent Miasta Ostrołęki, Skarbu Państwa - Mazowieckiego Urzędu Wojewódzkiego, Powiatu Ostrołęckiego, Miasta Ostrołęka, Państwowej Inspekcji Pracy – Okręgowego Inspektoratu Pracy w Warszawie - współwłaścicieli i trwałego zarządcy nieruchomości położonej w Ostrołęce przy ulicy Gen. Augusta Emila Fieldorfa „Nila” 15 (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129) dalej: „Pzp” postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego którego przedmiotem jest: „Utrzymanie porządku i czystości powierzchni wspólnej w budynku biurowym oraz terenów zewnętrznych nieruchomości przy ul. Gen. A.E. Fieldorfa „Nila” 15 w Ostrołęce wraz ze środkami czystości”, nr referencyjny: WI/ZP/15/2021. Wartość zamówienia nie przekracza progów unijnych w rozumieniu art. 3 Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone 29 września 2021 roku w Biuletynie Zamówień Publicznych numer 20021/BZP 001957400.

Zamawiający 19 października 2021 r. przekazał wykonawcom informację o wyborze najkorzystniejszej oferty, złożonej przez wykonawców M. K., Ł. K. prowadzących działalność gospodarczą pod nazwą: Spółka Cywilna INTERLUX K. M., K. Ł. w Ostrołęce (dalej: Interlux).

W terminie ustawowym wykonawca Tettsui Security sp. z o.o. sp. k. (dalej: „Odwołujący”) wniósł odwołanie, w którym zarzucili Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 224 ust. 1 w zw. z art. 16 Pzp poprzez zaniechanie zwrócenia się do oferenta Interlux, o udzielenie stosownych wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia zaoferowanej ceny i kosztów wykonania usługi, stosownie do wymagań Zamawiającego, tym samym Interlux nie wykazał, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, analiza złożonej oferty, w tym tabeli nr 1 prowadzi do wniosku, iż jej wykonanie za wskazaną cenę byłoby nie tylko nie opłacalne, a wręcz prowadziłoby do powstania strat po stronie Wykonawcy,
- 2) art. 224, 226 ust. 1 pkt. 8 w zw. z art. 16 Pzp poprzez naruszenie zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, przejawiające się w uznaniu, iż złożona przez Interlux oferta nie budzi wątpliwości, co doprowadziło do sytuacji, w której Zamawiający nie dokonał rzetelnego zbadania złożonych ofert oraz nie uwzględnił, iż

wskazana oferta zawiera rażąco niskie ceny, zaś samo złożenie ofert w takiej formie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, co w konsekwencji skutkowało zaniechaniem odrzucenia ww. oferty,

- 3) art. 239 w zw. z art. 224 ust. 1 poprzez wadliwy wybór oferty pozornie najkorzystniejszej, podczas gdy zaproponowane przez Interlux warunki cenowe zawierają cenę rażąco niską, zaś wykonanie zamówienia za tak oszacowaną cenę wraz ze spełnieniem wszystkich przedstawionych przez Zamawiającego wymogów, jak przede wszystkim zatrudnienie osób wyłącznie na podstawie wskazanych umów oraz wymiary czasu pracy, jest niewykonalne zarówno w świetle aktualnych regulacji prawnych, jak też warunków rynkowych (vide: tabela nr 1 oferty Interlux), co doprowadziło do uznania, iż oferta złożona przez Odwołującego uznana została za niekonkurencyjną w stosunku do oferty wybranej przez Zamawiającego,

ewentualnie w przypadku nieuwzględnienia zarzutów wskazanych w pkt 1-3 - art. 16 ust. 1 i art. 17 ust. 2 PZP poprzez udzielenie zamówienia wykonawcy, którego wybór jest niezgodny z przepisami Ustawy Prawo zamówień publicznych, a tym samym zamawiający narusza nakaz udzielenia zamówienia Wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy i narusza jedną z fundamentalnych zasad udzielania zamówień.

Wskazując na powyższe zarzuty, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz dokonania ponownej oceny ofert złożonych w postępowaniu,
- 2) wezwania wykonawcy Spółka Cywilna INTERLUX K. M., K. Ł. do przedłożenia wyjaśnień dotyczących ceny oferty, w tym w szczególności wyliczenia ceny świadczenia usługi wewnątrz budynku vide: tabela nr 1,
- 3) powtórzenie czynności badania i oceny ofert,
- 4) wykluczenie z postępowania i odrzucenie ofert: Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenia zamówienia: Praxima Krakpol sp. z o.o., Impel Facility Services sp. z o.o. oraz wykonawcy Spółdzielnia Socjalna „Samodzielność, Praca, Aktywność”.
- 5) wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu Odwołujący podał, że w rozdziale IV pkt 2 SWZ Zamawiający wskazał, iż szczegółowy opis zamówienia określający powierzchnie, częstotliwości oraz zasady realizacji usługi określa załącznik numer 8 do SWZ, a w pkt 6 wskazał obowiązek zatrudnienia na podstawie umowy o pracę przez Wykonawcę jak i Podwykonawców Wykonawcy „wszystkich osób świadczących usługi u Zamawiającego w wymiarze czasu pracy nie mniejszym niż wynikający z ilości godzin, które dany pracownik przepracuje u

Zamawiającego. W załączniku nr 8 zawierającym opis przedmiotu zamówienia Zamawiający przedstawił:

Zestawienie powierzchni wewnątrz budynku która podlega sprzątanii:

1. Na obszarze objętym sprzątanii znajduje się:

- 1) 15 łazienek wyposażonych w: umywalki - 31 szt., zlewozmywaki - 3 szt., lustra - 29 szt., kosze na śmieci - 36 szt., miski ustępowe - 21 szt., pisuary - 1 szt., pojemniki na mydło - 19 szt., pojemniki na środek do dezynfekcji rąk - 2 szt., pojemniki na papier toaletowy Merida - 14 szt., uchwyt na papier toaletowy - 7 szt., uchwyty na ręcznik papierowe - 16 szt., suszarki do rąk - 9 szt.
- 2) Okna - 74 szt. w tym 67 szt. okno trzyskrzydłowe, 7 szt. okno jednoskrzydłowe. Łączniki szklane pomiędzy oknami - 28 szt.
- 3) Drzwi balkonowe z naświetlaczem - 4 szt.
- 4) Drzewa - 47 szt.

2. Ilość i wielkość pomieszczeń:

a) Niski parter:

- łazienki - 4 pomieszczenia - 35,86 m²,
- korytarze - 511,96 m²,

b) Wysoki parter:

- łazienki - 5 pomieszczeń - 43,84 m², - korytarze - 650,93 m².

c) I piętro:

- łazienki - 5 pomieszczeń - 50,76 m²,
- korytarze - 383,41 m²,

d) II piętro:

- łazienki - 3 pomieszczenia - 26,95 m², - korytarze - 335,22 m² .

Częstotliwość wykonywania przedmiotowej usługi:

7.1. Usługi świadczone codziennie: sprzątanii powierzchni wspólnej budynku, do której należą: klatki schodowe, hol, korytarze, schody, drzwi zewnętrzne i wewnętrzne, łazienki, a w szczególności:

- 1) zamiatanie lub odkurzanie i mycie: posadzek i schodów z tarkietu, wykładziny PCV, terakoty, kamienia i lastrico oraz wycieraczek a także miejscowe usuwanie zabrudzeń w

ciągu godzin funkcjonowania urzędów tj. 800 — 1600. Podczas mycia posadzek Wykonawca będzie używał oznakowania, informującego o śliskiej nawierzchni.

- 2) mycie ławek, krzeseł, stolików i innych mebli, parapetów, półek, przycisków świetlnych, pojemników i urządzeń z płynem do dezynfekcji, elementów dekoracyjnych, kwiatów żywych i sztucznych,
- 3) zbieranie i wynoszenie zawartości koszy na śmieci oraz wkładanie do nich nowych worków z tworzywa sztucznego,
- 4) mycie koszy na odpady,
- 5) usuwanie miejscowych zabrudzeń z drzwi: wejściowych do budynku, w toaletach oraz drzwi i krat oddzielających poszczególne części korytarzy,
- 6) mycie i wycieranie lustro,
- 7) mycie i wycieranie pojemników na: mydło, ręczniki papierowe, papier toaletowy oraz uchwytów na papier toaletowy,
- 8) mycie, dezynfekowanie i usuwanie kamienia z muszli klozetowych, kompaktów, desek klozetowych, pisuarów, umywalek, baterii łazienkowych,
- 9) usuwanie miejscowych zabrudzeń z grzejników, glazury płytek ceramicznych i lamperii w łazienkach, na korytarzach, na klatkach schodowych,
- 10) usuwanie pajęczyn,
- 11) usuwanie gum do żucia z posadzek, schodów, ścian,
- 12) uzupełnianie kostek antybakteryjnych w sedesach i odświeżaczy powietrza w toaletach,
- 13) uzupełnianie ręczników papierowych w pojemnikach na papier,
- 14) uzupełnianie mydła w płynie w pojemnikach,
- 15) wkładanie białego papieru toaletowego do pojemników na papier i uchwytów,
- 16) dezynfekcja klamek, uchwytów przy drzwiach wejściowych, do toalet, barierok, poręczy, ławek, krzeseł, stolików i innych mebli, parapetów. 17) utrzymanie w czystości sprzętu przeciwpożarowego.

8.2 Usługi świadczone raz w tygodniu:

- 1) wycieranie lub mycie poręczy, barierok,
- 2) mycie drzwi pełnych i przeszklonych: wejściowych do budynku, w toaletach i oddzielających poszczególne części korytarzy,

3) czyszczenie taśm ostrzegawczych zamontowanych na stopniach schodów na klatkach schodowych.

8.3 Usługi świadczone raz w miesiącu:

- 1) mycie płytek ceramicznych i lamperii w łazienkach, korytarzach, klatkach schodowych oraz ścian na klatkach schodowych, których powłoki malarskie wykonane są farbą olejną,
- 2) czyszczenie lamperii z „kamyka”

8.4 Usługi świadczone dwa razy w roku:

- 1) mycie okien, ram, parapetów zewnętrznych w całym budynku, od środka i na zewnątrz (kwiecień i październik). Mycie okien nie wymaga technik alpinistycznych,
- 2) odkurzanie grzejników (maj i listopad),
- 3) mycie lamp, plafonów, ram obrazów (marzec i wrzesień),
- 4) mycie daszków z poliwęglanu nad wejściem głównym do budynku i z tyłu budynku (kwiecień i październik),

8.5 Usługi świadczone jeden raz w roku:

- 1) czyszczenie chemiczne posadzek na korytarzach, klatkach schodowych w łazienkach w przypadku wykładzin pcv wykonanie polimeryzacji (maj), 2) cięcia pielęgnacyjne drzew (listopad).

oraz przedstawił warunki świadczenia usługi:

Wewnątrz budynku - usługa świadczona będzie w dniach roboczych (od poniedziałku do piątku) w godzinach 800 — 1600 — bieżące utrzymanie, 160D — 2000 kompleksowe sprzątanie.

Odwołujący podał, że z powyższego załącznika wynika, iż Zamawiający wymaga od Wykonawcy bieżącego świadczenia usługi w godzinach 8:00-16:00, tak zwanego serwisu dziennego, oraz gruntownego sprzątania całej powierzchni w godzinach 16:00-20:00. Okres realizacji usługi wynosi kolejnych 12 miesięcy od 01.11.2021 roku do 31.10.2022 roku. W rozdziale XVI pkt 1 SWZ Zamawiający określił zasady dotyczące sposobu obliczania ceny ofertowej. Wśród reguł dotyczących tego zagadnienia znajdują się m.in.:

- oferent podaje cenę za realizację zamówienia w formularzu ofertowym, zgodnie z jego wzorem,
- cena brutto musi uwzględniać wszystkie koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia zgodnie z SWZ, opisem przedmiotu zamówienia oraz ogólnymi warunkami umowy,

- ceny podane w formularzu ofertowym są cenami ostatecznymi, niepodlegającymi negocjacji i wyczerpują wszelkie należności względem Zamawiającego,
- oferta winna być wyliczona zgodnie z tabelą nr 1 i 2 punktu C formularza ofertowego.
- Zamawiający wymaga, aby oferent w formularzu ofertowym podał cenę jednostkową i ceny miesięczne za sprzątanie jednego udziału wewnątrz budynku i jednego udziału na zewnątrz budynku.

W formularzu ofertowym (załącznik nr 1) Zamawiający wymagał, aby Oferenci podali cenę jednostkową oraz cenę łączną oddzielnie za sprzątanie wewnątrz budynku, która jest objęta stawką VAT 23% oraz cenę jednostkową oraz cenę łączną za sprzątanie na zewnątrz budynku, która jest objęta stawką VAT 8%. Analogicznie ten sam podział na sprzątanie wewnątrz budynku oraz sprzątanie na zewnątrz budynku Zamawiający uwzględnił w § 8 wzoru umowy:

1. Za wykonanie przedmiotu umowy określonego w § 2 niniejszej umowy Zamawiający zapłaci Wykonawcy maksymalne wynagrodzenie (zgodnie z ofertą Wykonawcy) w wysokości PLN brutto (słownie:).
2. Miesięczna cena jednostkowa netto za 1 udział sprzątania wewnątrz budynku wynosi PLN.
3. Miesięczna cena jednostkowa netto za 1 udział sprzątania na zewnątrz budynku wynosi PLN.
4. Miesięczne ceny jednostkowe netto, o których mowa w ust. 2 i 3 pozostają niezmiennie w trakcie obowiązywania umowy.
5. Wynagrodzenie, o którym mowa w ust. 1 niniejszego paragrafu obejmuje wszelkie koszty związane z realizacją przedmiotu umowy, w tym ryzyko Wykonawcy z tytułu oszacowania wszelkich kosztów związanych z realizacją przedmiotu umowy. Niedośzacowanie, pominięcie oraz brak rozpoznania zakresu przedmiotu umowy nie może być podstawą do żądania zmiany wynagrodzenia określonego w ust. 1.

Ponadto zgodnie z VIII pkt 2 ust B SWZ Wykonawca winien się wykazać, iż dysponuje, co najmniej 5 osobami w tym minimum 3 osobami posiadającymi co najmniej 2-letnie doświadczenie w utrzymaniu czystości i porządku w budynkach biurowych. Jednym z kryteriów oceny oferty (60%) jest — zgodnie z rozdziałem XX SWZ cena.

Wykonawca Interlux w złożonej ofercie zaoferował wykonanie usługi:

- sprzątania wewnątrz budynku za cenę jednostkową 0,01 zł netto, co daje cenę miesięczną 4 412,43 zł netto i ceną łączną za 12 miesięcy 65 127,47 zł netto,

- sprzątnięcia na zewnątrz budynku za cenę jednostkową 0,02 zł netto co daje cenę miesięczną 8 824,86 zł netto i ceną łączną za 12 miesięcy 114 370,19 zł netto.

Natomiast Odwołujący, będący aktualnie wykonującym na rzecz Zamawiającego usługi stanowiące przedmiot postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego aktualnie przez Zamawiającego, zaoferował wykonanie usług:

- sprzątnięcia wewnątrz budynku za cenę jednostkową 0,02 zł netto, co daje cenę miesięczną 8 824,86 zł netto i ceną łączną za 12 miesięcy 114 370,19 zł netto.
- sprzątnięcia na zewnątrz budynku za cenę jednostkową 0,01 zł netto, co daje cenę miesięczną 4 412,43 zł netto i ceną łączną za 12 miesięcy 65 127,47 zł netto.

Z porównania złożonych ofert wynika, iż zaproponowana cena netto za wykonanie przedmiotu umowy jest identyczna u obu oferentów, a oferta firmy Interlux stanowi przejaw niedozwolonej inżynierii cenowej, polegającej na przerzuceniu kosztów świadczenia usługi porządkowej w zakresie sprzątnięcia wewnątrz budynku do kosztów świadczenia usługi porządkowej na zewnątrz budynku tylko z tego powodu, że dla usług porządkowych na zewnątrz budynku właściwa jest niższa stawka podatku VAT. Stosując ten mechanizm wykonawca Interlux dążył jedynie do uzyskania wyższej oceny punktowej w ramach kryterium ceny. Na Zamawiającym ciąży ustawowy obowiązek badania każdej z oferty pod kątem zaistnienia wszystkich przesłanek odrzucenia. Przerzucenie kosztów w ten sposób, że kształtowana jest z jednej strony cena nierynkowo wysoka, zaś z drugiej cena nierynkowo niska, czy wręcz symboliczna, ma na celu jedynie wykorzystanie bilansu kryteriów oceny oferty ze szkodą dla Zamawiającego i pozostałych wykonawców.

Zgodnie z opisem zamówienia Wykonawca powinien wykonać od poniedziałku do piątku usługę doraźnego sprzątnięcia całej powierzchni wewnątrz budynku która wynosi łącznie 2038,93 m² w godzinach 8:00-16:00 tj. powinien zatrudnić na podstawie umowy o pracę pracownika w pełnym wymiarze czasu pracy, oraz posprzątać gruntownie całą powierzchnię 2038,93 m² w godzinach 16:00-20:00. Ponadto Wykonawca jest zobowiązany do dostarczenia środków czystości do sprzątnięcia budynku jak i wyposażenia 15 łazienek w środki higieny tj. papier toaletowy, ręczniki papierowe, mydło, odświeżacze, kostki WC. Odwołujący obecnie wykonuje przedmiotową usługę na rzecz Zamawiającego. Do jej realizacji zatrudnia pracownika do wykonywania usługi serwisu dziennego (sprzątnięcie doraźne) w pełnym wymiarze czasu pracy, oraz zatrudnia w łącznej wysokości dwóch etatów (sprzątnięcie gruntowne), ponadto Odwołujący w ramach dostawy środków czystości oraz wyposażenia toalet w środki higieny ponosi koszty średnio-rocznie 1 200,00 zł netto miesięcznie. Odwołujący korzysta z odpisu na PEFRON na w/w osoby w łącznej wysokości: 4 350,00 zł. Zgodnie z Rozporządzeniem Rady Ministrów wysokość minimalnego

wynagrodzenia za pracę w 2022 roku wynosi 3 010 zł, a łącznie z kosztami pracodawcy 3 604,18 zł. Zaoferowana cena winna uwzględniać również koszty zastępstwa związane z urlopem lub chorobą. Zgodnie z obowiązującym stanem prawnym pracownikowi przysługuje urlop w wymiarze 26 dni urlopu (koszt urlopu dla jednego pracownika w skali miesiąca wynosi 325,49 zł) w związku z powyższym koszt 1 etatu wynosi co najmniej 3 929,67 zł.

Odwołujący przedstawił kalkulację cenową wskazując: Minimalne wynagrodzenie za pracę w 2022 roku łącznie z kosztami pracodawcy - 3 604,18 zł; Koszt urlopu - 325,49 zł; Przewidziana liczba etatów - 3 x 3929,67 zł tj. 11 789,01 zł; Koszt środków czystości średniorocznie - 1 200,00 zł netto. Łącznie w skali miesiąca -12 989,01 zł netto. Odpis z tytułu zatrudnienia osób niepełnosprawnych w przedstawionym wymiarze czasu pracy - 4 350 zł netto; Koszt rzeczywisty - 8 639,01 zł. W ocenie Odwołującego nie sposób zatem uznać, aby wykonawca Interlux był w stanie wykonać usługę sprzątania wewnątrz budynku za cenę 4 412,43 zł. Oferta Wykonawcy Interlux nie została skalkulowana prawidłowo - zawiera błędy w obliczeniu ceny lub jest rażąco niska. Koszty osobowe stanowią bowiem istotny, ale nie jedyny składnik kosztów świadczenia usług porządkowych. Do dodatkowych kosztów świadczenia usługi w tym zakresie zaliczyć należy również, koszty: profesjonalnych maszyn i sprzętu, mopów, ścierek, gąbek, środków chemicznych, artykułów higienicznych i materiałów eksploatacyjnych.

Następnie Odwołujący stwierdził, że Zamawiający naruszył przepisy art. 224 i 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 16 Pzp poprzez naruszenie zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, bowiem uznał, iż złożona przez wykonawcę Interlux oferta nie budzi wątpliwości, co doprowadziło do sytuacji, w której Zamawiający nie dokonał rzetelnego zbadania złożonych ofert, a także nie uwzględnił, iż wskazana oferta, w szczególności w zakresie danych wskazanych w tabeli nr 1, dotyczącej sprzątania wewnątrz budynku, zawiera rażąco niską cenę, zaś samo złożenie oferty w tym kształcie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, co skutkowało zaniechaniem po stronie Zamawiającego odrzucenia tej oferty. Za odrzuceniem oferty przez Zamawiającego z powodu rażąco niskiej ceny przemawiają obiektywne ustalenia, a przede wszystkim to, że zawiera cenę niewiarygodną, nierealistyczną, w porównaniu z obowiązującymi cenami rynkowymi, jak też innych ofert złożonych w postępowaniu. Odwołujący dodał, że przyczyną wskazania ceny rażąco niskiej może być świadome działanie wykonawcy albo jego nierzetelność w dokonywaniu kalkulacji. Obowiązek zweryfikowania oferty ciąży na Zamawiającym, zarówno pod względem formalnym, jak też merytorycznym. Brak właściwej kontroli doprowadził do sytuacji, w której zostały naruszone podstawowe zasady zamówień publicznych tj. zasada uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Procedowanie dopuszczające

wykorzystanie nieuczciwej inżynierii rachunkowej, uniemożliwia pozostałym uczestnikom postępowania konkurowanie na równych, sprawiedliwych zasadach.

Zdaniem Odwołującego Zamawiający naruszył także art. 239 w zw. z art. 224 ust. 1 Pzp poprzez wadliwy wybór oferty pozornie najkorzystniejszej, podczas gdy proponowane przez Interlux warunki cenowe w szczególności w tabeli nr 1, zawierają rażąco niską cenę, zaś realizacja zamówienia za tak oszacowaną cenę wraz ze spełnieniem wszystkich przedstawionych przez Zamawiającego wymogów, jest niewykonalna. Wykonawca w trakcie postępowania może zostać wezwany do przedstawienia wyjaśnień dotyczących złożonej oferty. Takie wyjaśnienia mogą dotyczyć nie tylko ceny całkowitej, ale również jej istotnych części składowych, za które należy uznać też ceny jednostkowe, czy jak w przypadku oferty Interlux tabeli nr 1 tj. kwoty dotyczącej sprzętania wewnątrz budynku. Celem takiego postępowania, które w wyniku zaniechania nie zostało przez Zamawiającego przeprowadzone, jest ustalanie faktów świadczących o tym, że oferowana przez wykonawcę cena jest realna, wiarygodna i zapewni prawidłowe wykonanie przedmiotu zamówienia. Procedura ta musi zmierzać do klarownego wyjaśnienia sposobu kalkulowania ceny oferty, a także wątpliwych jej kosztów. Zaś wyjaśnienia wykonawcy powinny zawierać jednoznaczne informacje, poparte wiarygodnymi dowodami, albowiem brak udowodnienia realności i wiarygodności ceny skutkuje obligatoryjnie odrzuceniem oferty. W sytuacji wynikającej z oferty Interlux, tj. wątpliwości co do rażąco niskiej ceny, czy też istotnych częściach składowych ceny, ustawa Pzp nakłada obowiązek na Zamawiającego zwrócenia się z wnioskiem o złożenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na jej ostateczną wysokość.

Zdaniem Odwołującego sposób przygotowania złożonej przez wykonawcę Interlux oferty, prowadzi do wniosku, iż doszło do naruszenia interesu innych przedsiębiorców, którzy złożyli oferty w postępowaniu, jak i potencjalnych wykonawców, którzy mogliby chcieć to uczynić. Takie działanie jest objęte dyspozycją normy prawnej i jako takie stanowi samoistną podstawę stwierdzenia, że doszło do nieuczciwych praktyk, bowiem zniekształca ona określone interesy i zachowania gospodarcze oraz prowadzi do pogorszenia sytuacji innego przedsiębiorcy (por. wyrok z 22 października 2014 r. KIO 2046/14). Nie sposób pominąć faktu, iż o jednoczesnym wystąpieniu czynu nieuczciwej konkurencji w przypadku złożenia oferty z zaoferowaną ceną poniżej kosztów własnych można mówić, w sytuacji, gdy Wykonawca nie tylko zaoferował zaniżoną cenę jednostkową, ale też działał świadomie w tym zakresie, dążąc do zarobienia na innej składowej oferty, tym samym dążył do wyeliminowania innego przedsiębiorcy z rynku (vide: wyrok z 8 marca 2018 r. KIO 322/18). Działanie wykonawcy w postaci manipulowania cenami jednostkowymi jest sprzeczne z

dobrymi obyczajami, rozumianymi jako normy moralne i obyczajowe w stosunkach gospodarczych, co najmniej zagraża interesom innych przedsiębiorców.

Zamawiający nie złożył pisemnej odpowiedzi na odwołanie. Na rozprawie Zamawiający wnosił o oddalenie odwołania, podnosząc m.in, iż cena w ofercie Interlux się bilansuje, a za cenę całkowitą oferty, którą przyjął do porównania ofert, jest możliwe należyte wykonanie zamówienia.

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania złożonej przez Zamawiającego oraz dowody złożone na rozprawie przez Odwołującego w postaci kalkulacji cenowej obecnie realizowanej usługi, oraz przez Zamawiającego w postaci oferty Odwołującego złożonej w innym postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie odwołanie, uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska Stron, a także zgromadzone dowody, ustaliła i zważyła co następuje:

Odwołanie nie zawiera braków formalnych. Wpis w prawidłowej wysokości został wniesiony w ustawowym terminie. Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp.

Wykazując swoje uprawnienie do skorzystania ze środków ochrony prawnej Odwołujący podał m.in., że gdyby Zamawiający przeprowadził postępowanie zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa oferta Odwołującego zostałaby wybrana za najkorzystniejszą. Z informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej wynika bowiem, że oferta Odwołującego jest drugą ofertą w rankingu złożonych ofert. W przypadku wykluczenia z postępowania oraz odrzucenia wybranej oferty, oferta Odwołującego może zostać wybrana jako najkorzystniejsza. Ze względu na zaniechania Zamawiającego, Wykonawca utracił prawo do uzyskania zamówienia, co w konsekwencji oznacza brak możliwości uzyskania zysku z wykonania zamówienia. Odwołujący może on ponieść szkodę w postaci nieuzyskania zamówienia, a co za tym idzie uzyskania zysku wkalkulowanego w złożoną ofertę.

W ocenie Izby Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do skorzystania w postępowaniu ze środków ochrony prawnej. Zostały wypełnione przesłanki, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący jest zainteresowany pozyskaniem zamówienia i w tym celu złożył ofertę. W przypadku potwierdzenia się zarzutów odwołania miałby szansę uzyskać zamówienie i osiągnąć korzyści z tym związane.

Następnie Izba ustaliła, że w przedstawionym powyżej odwołaniu Odwołujący wyczerpująco przedstawił treść postanowień SWZ, mających zastosowanie w sprawie, jak też przedstawił treść oferty wykonawcy Interlux. Okoliczności te nie są sporne. W związku z tym nie wymagają one ponownego przytoczenia.

Izba zważyła, co następuje.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie. Potwierdził się bowiem zarzut zaniechania wystąpienia przez Zamawiającego do wykonawcy Interlux o wyjaśnienia ceny oferty.

Stosownie do art. 224 ust. 1: *Jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych.*

Zgodnie z art.16 Pzp *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:*

- 1) *zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;*
- 2) *przejrzysty;*
- 3) *proporcjonalny.*

W myśl art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp: *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.*

Zgodnie z art. 239 Pzp 1. *Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia. 2. Najkorzystniejsza oferta to oferta przedstawiająca najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu lub oferta z najniższą ceną lub kosztem.*

Jak wynika z analizy stanowisk stron, Zamawiający przyjmuje, że w okolicznościach analizowanego postępowania znaczenie ma jedynie cena całkowita złożonych ofert i w związku z tym ewentualne przerzucanie przez wykonawcę na etapie sporządzania oferty kosztów, w ramach poszczególnych zakresów wyodrębnionych do osobnej wyceny, nie ma znaczenia, bowiem przyjmując cenę całkowitą oferty, należy ją uznać za realną i pozwalającą na należyte wykonanie zamówienia. Jak stwierdził na rozprawie, cena całkowita oferty wykonawcy Interlux nie różni się w sposób znaczny od ceny całkowitej oferty Odwołującego, a niezależnie od wprowadzenia rozbicia na usługi wewnętrzne i zewnętrzne i wymogu osobnej ich wyceny, przy ocenie ofert miał obowiązek brać pod uwagę jedynie cenę

całkowitą oferty. Nie ma bowiem dla niego znaczenia, że cena za usługi wewnątrz jest niższa, ponieważ nie będzie miało to wpływu na jakość wykonania tych usług, nie grozi zatem nienależyтым ich wykonaniem. Łącznie bowiem koszt usługi bilansuje się, tj. wynagrodzenie z obu tabel bilansuje się dla wykonawcy.

Zdaniem Odwołującego Zamawiający powinien zbadać prawidłowość ceny oferty złożonej przez wykonawcę Interlux, zwłaszcza w odniesieniu do usług świadczonych wewnątrz budynku, z uwagi na zastosowanie przez tego wykonawcę inżynierii cenowej, polegającej na przerzuceniu kosztów z tabeli nr 1, dotyczącej usług objętych stawką VAT w wysokości 23% do tabeli nr 2, dotyczącej usług objętych stawką VAT w wysokości 8%.

W ocenie Izby nie można zgodzić się ze stanowiskiem Zamawiającego.

Zamawiający pomija bowiem fakt, iż wymagał od wykonawców odrębnej wyceny usług świadczonych wewnątrz budynku i na zewnątrz budynku. To, że, jak twierdzi, liczyła się dla niego cała usługa tj. realizowana zarówno wewnątrz jak i zewnątrz budynku, nie zwalnia Zamawiającego z obowiązku rzetelnego badania ofert pod względem ewentualnego zaistnienia podstaw do ich odrzucenia wskazanych w art. 226 ust. 1 Pzp, w tym przesłanek wymienionych w pkt 7 i 8, a zatem zarówno w zakresie czy oferta została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, jak też czy zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Okoliczności analizowanego postępowania wskazują, że Zamawiający, zważywszy na zastosowany podział usług na świadczone wewnątrz i na zewnątrz budynku, jak też przewidziany zakres zadań w ramach tych usług oraz postawione w SWZ warunki, co do zatrudnienia odpowiednich osób przewidzianych do świadczenia przedmiotowych usług, mając na uwadze również treść pozostałych ofert złożonych w postępowaniu, powinien zbadać, czy oferta wykonawcy Interlux nie została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji tak samo, jak pod kątem istnienia w niej rażąco niskiej ceny, czy pod kątem innych przesłanek np. zgodności z warunkami zamówienia.

To, że jak stwierdził na rozprawie, wprowadzony przez niego podział usług wynikał z obowiązkiwania różnych stawek VAT i potrzeby zachowania przejrzystości informacji podawanych na fakturach, które każdego miesiąca są wystawiane w tej samej wysokości, wynikającej z oferty tj. z podsumowania tabel 1 i 2, takiej oceny nie zmienia. Przeciwnie, przyjęty podział wskazuje na to, że przy zastosowaniu prostego zabiegu polegającego na niedoszacowaniu usług objętych wyższą stawką VAT, przy jednoczesnym przeszacowaniu usług objętych niższą stawką VAT, przy takiej samej kwocie netto za całość zamówienia, cena brutto oferty będzie niższa. Porównanie cen ofert złożonych w postępowaniu, z których część wskazywała na odmienną zasadę kalkulacji, niż zastosowana przez wykonawcę

Interlux, jak też m.in. uwzględnienie wymogów postawionych w SWZ, co do zakresu i sposobu świadczenia usług, powinno zatem wywołać u Zamawiającego wątpliwości, co do prawidłowości kalkulacji ceny oferty przez tego wykonawcę.

Z przytoczonego powyżej przepisu art. 224 ust. 1 Pzp wynika, że badanie oferty w zakresie ceny powinno uwzględniać cenę całkowitą oferty lub jej istotną część składową. Nie jest zatem tak, jak twierdzi Zamawiający, że jest zobowiązany badać pod kątem rażąco niskiej ceny jedynie całkowitą cenę oferty. Okoliczności rozpatrywanej sprawy, w tym rozbudowany w tym zakresie OPZ, wskazują, że cena usług dotycząca powierzchni wewnętrznych dotyczy istotnych części składowych oferty. Usługi te są opodatkowane wg stawki VAT 23%, podczas, gdy usługi świadczone na zewnątrz są opodatkowane według stawki VAT 8%, co oznacza, że w przypadku zaniżenia ich cen, przy jednoczesnym zawyżeniu cen usług zewnętrznych, zagraża to Zamawiającemu i wykonawcom, którzy rzetelnie obliczyli swoje ceny realnie kalkulując przedmiot zamówienia w odniesieniu do poszczególnych usług oraz określonych w SWZ warunków ich realizacji.

W świetle art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp Zamawiający nie powinien ignorować intencjonalnego optymalizowania wyceny poszczególnych zakresów zamawianych usług objętych VAT w stawkach różnej wysokości, ponieważ jako profesjonalista, powinien mieć świadomość, że taka praktyka może być wynikiem przyjętej przez wykonawcę strategii biznesowej, obliczonej na uzyskanie nieuprawnionej przewagi nad konkurencyjnymi wykonawcami, którzy rzetelnie skalkulowali swoje oferty, a w konsekwencji na uzyskanie zamówienia i zysku z jego realizacji, przy jednoczesnym zaniżeniu należnego podatku od towarów i usług.

W okolicznościach analizowanej sprawy badanie i ocena oferty wykonawcy Interlux, a następnie jej wybór jako najkorzystniejszej, nastąpiło z pominięciem koniecznej procedury wyjaśnień w zakresie kalkulacji ceny oferty, co wskazuje na wadliwość tej czynności, skutkującą koniecznością jej powtórzenia, po uprzednim unieważnieniu wyboru oferty wykonawcy Interlux. Zamawiający w ramach powtórzonej czynności badania i oceny oferty powinien wezwać wykonawcę Interlux do wyjaśnień ceny na podstawie art. 224 ust. 1 Pzp, w szczególności domagając się szczegółowych wyjaśnień w zakresie kalkulacji cen usług określonych w tabeli nr 1, a następnie ocenić ewentualnie otrzymane wyjaśnienia pod kątem zaistnienia przesłanek odrzucenia oferty określonych w art. 226 ust. 1 pkt 7 i 8 Pzp.

Zauważenia przy tym wymaga, że zgodnie z art. 224 ust. 3 – 4 Pzp: 3. *Wyjaśnienia, o których mowa w ust. 1, mogą dotyczyć w szczególności: 1) zarządzania procesem produkcji, świadczonych usług lub metody budowy; 2) wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków dostaw, usług albo związanych z realizacją robót*

budowlanych; 3) oryginalności dostaw, usług lub robót budowlanych oferowanych przez wykonawcę; 4) zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz.U. z 2020 r. poz. 2207) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie; 5) zgodności z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej; 6) zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie; 7) zgodności z przepisami z zakresu ochrony środowiska; 8) wypełniania obowiązków związanych z powierzeniem wykonania części zamówienia podwykonawcy. 4. W przypadku zamówień na roboty budowlane lub usługi, zamawiający jest obowiązany żądać wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, co najmniej w zakresie określonym w ust. 3 pkt 4 i 6. Zgodnie zaś z ust. 5 ww. przepisu: Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy, natomiast w myśl ust. 6.: Odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu.

Izba w obecnym postępowaniu, wobec braku koniecznych w okolicznościach niniejszej sprawy wyjaśnień, a w konsekwencji braku czynności ich oceny przez Zamawiającego, nie rozstrzyga czy oferta Interlux podlega odrzuceniu na podstawie ww. przepisów, a jedynie stwierdza, że konieczne jest przeprowadzenie przez Zamawiającego prawidłowej oceny tej oferty, która powinna uwzględniać złożone na wezwanie Zamawiającego wyjaśnienia ceny.

Zgodnie z przepisem art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, *Izba uwzględni odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców.* W analizowanej sprawie zostało stwierdzone naruszenie przepisów Pzp, które może mieć wpływ na wynik postępowania, co musiało skutkować uwzględnieniem odwołania.

Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 553 zdanie pierwsze ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

Zgodnie z art. 557 ustawy Pzp, *w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego.*

W rozpatrywanej sprawie Izba uwzględniła odwołanie. W związku z tym odpowiedzialność za wynik postępowania ponosi Zamawiający, który został obciążony kosztami postępowania, na które składał się uiszczony przez Odwołującego wpis od odwołania oraz koszty związane z uczestnictwem w posiedzeniu i rozprawie, w tym uzasadnione koszty wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. b 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: