

WYROK

z dnia 3 marca 2020 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Monika Kawa-Ogorzałek

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 marca 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu w dniu 17 lutego 2020r. przez wykonawcę **WK Eko Sp. z o.o. z siedzibą w Tychach** w postępowaniu prowadzonym przez **4 Wojskowy Oddział Gospodarczy Gliwice, ul. Andersa 47, 44-121 Gliwice**

przy udziale wykonawcy **Biuro Ochrony Specjalnej BOS Sp. z o. o. z siedzibą w Częstochowie** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty poniesione przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 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 Gliwicach**

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Zamawiający - 4 Wojskowy Oddział Gospodarczy w Gliwicach prowadzi na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.; dalej: „Pzp”) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Świadczenie usług utrzymania czystości w budynkach i na wybranych terenach zewnętrznych w kompleksach wojskowych administrowanych przez 4 Wojskowy Oddział Gospodarczy”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 10 października 2019 r. pod numerem 2019/S 196-476390.

W dniu 17 lutego 2020 r. wykonawca WK EKO sp. z o.o. z siedzibą w Tychach (dalej: „Odwołujący”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, w którym Zamawiającemu zarzucił naruszenie następujących przepisów:

1) art. 90 ust. 1 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy Biuro Ochrony Specjalnej BOS Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością (dalej „Przystępujący” lub „BOS”) oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenia zamówienia - Konsorcjum firm: PRINT-LINE J. S. oraz Ekoenergia sp. z o.o. (dalej „Konsorcjum”) do złożenia wyjaśnień i dowodów dotyczących wyliczenia ceny za wykonanie przedmiotu zamówienia w zakresie Zadania nr 4, podczas gdy biorąc pod uwagę ceny zaoferowane w postępowaniu dla Zadania nr 4 przez BOS i Konsorcjum oraz wymagania co do sposobu realizacji zamówienia określone w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia („SIWZ”), Zamawiający powinien był powziąć uzasadnione wątpliwości co do sposobu skalkulowania przez BOS i Konsorcjum zaoferowanych cen ofertowych i ich istotnych części składowych oraz uwzględnienia przez BOS i Konsorcjum w cenie ofertowej wszystkich elementów cenotwórczych i wymagań Zamawiającego dot. sposobu realizacji zamówienia;

2) art. 87 ust. 1 Pzp w zw. z art. 82 ust. 3 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawców BOS oraz Konsorcjum do złożenia wyjaśnień odnośnie zakładanego przez BOS i Konsorcjum sposobu wykonania Zadania nr 4 zgodnie z zakresem i wymaganiami określonymi przez Zamawiającego w SIWZ, mimo iż wskazanie przez wykonawców w ofertach istotnie zaniżonych cen ofertowych winno było wzbudzić uzasadnione wątpliwości Zamawiającego co do zgodności ofert BOS i Konsorcjum z treścią SIWZ, a także prawdziwości złożonych w tych ofertach oświadczeń odnośnie zrealizowania zamówienia zgodnie z wymogami Zamawiającego, za cenę zaoferowaną przez BOS oraz Konsorcjum;

3) art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w zw. z art. 90 ust. 1 i ust. 3 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia ofert BOS i Konsorcjum, podczas gdy cena złożonych

ofert ww. wykonawców i ich istotnych części składowych na Zadanie nr 4 jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia;

4) art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia ofert BOS i Konsorcjum złożonych na Zadanie nr 4, mimo iż pozostają one niezgodne ze SIWZ, jak również zawierają one błędy w obliczeniu ceny;

5) art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia ofert BOS i Konsorcjum złożonych na Zadanie nr 4, mimo iż zawierają one błędy w obliczeniu ceny;

6) art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia ofert BOS i Konsorcjum na Zadanie nr 4, których złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w zakresie, w jakim obaj wykonawcy - działając w celu, uzyskania zamówienia i uniemożliwienia uzyskania zamówienia przez innego wykonawcę - zaniżyli przyjęte w ofercie koszty niezbędne do realizacji zamówienia w stosunku do wartości wynikających z SIWZ, uzyskując niższą cenę za te elementy w stosunku do pozostałych wykonawców,

a w konsekwencji naruszenie również:

7) art. 91 ust. 1 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez uznanie oferty BOS za ofertę najkorzystniejszą w zakresie Zadania nr 4, podczas gdy w rzeczywistości oferta BOS nie jest najkorzystniejszą w postępowaniu oraz poprzez sklasyfikowanie oferty Konsorcjum na drugim miejscu w rankingu ofert dla Zadania nr 4, podczas gdy nie jest ona następną w kolejności ofert najkorzystniejszych;

8) art. 7 ust. 3 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez udzielenie zamówienia w zakresie Zadania nr 4 wykonawcy BOS, wybranemu niezgodnie z przepisami Pzp.

W związku z podniesionymi zarzutami Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty BOS jako najkorzystniejszej w zakresie Zadania nr 4;

2. przeprowadzenia ponownego badania i oceny ofert w zakresie Zadania nr 4;

3. w przypadku uwzględnienia:

a) zarzutu nr 1 wniósł o nakazanie Zamawiającemu wezwania wykonawców BOS i Konsorcjum do złożenia na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp wyjaśnień i dowodów odnośnie zaoferowanych przez BOS i Konsorcjum cen ofertowych za wykonanie przedmiotu zamówienia dla Zadania nr 4, w zakresie dotyczącym w szczególności kosztów pracowniczych uwzględnionych przez ww. wykonawców, zakładanych przez ww. wykonawców kosztów środków czystości i kosztów zapewnienia oraz utrzymania urządzeń

Sygn. akt KIO 314/20

wymaganych do realizacji zamówienia, innych kosztów uwzględnionych przez ww. wykonawców cenie ofertowej oraz zakładanego przez wykonawców poziomu zysku;

b) zarzutu nr 2 wniósł o nakazanie Zamawiającemu wezwania wykonawców BOS i Konsorcjum do złożenia na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp wyjaśnień odnośnie treści złożonych przez nich ofert w zakresie zakładanego sposobu realizacji zamówienia dla Zadania nr 4 przy zastosowaniu cen wskazanych w ofertach, w zakresie dotyczącym w szczególności założeń wykonawców dotyczących liczby zatrudnianych pracowników, podstaw prawnych ich zatrudnienia, przewidywanego zakresu i ilości środków oraz urządzeń niezbędnych do realizacji zamówienia uwzględnionych przez ww. wykonawców;

4. w przypadku uwzględnienia zarzutów numer 3-6 wniósł o odrzucenia ofert BOS i Konsorcjum złożonych na Zadanie nr 4;

Uzasadniając odwołanie Odwołujący wskazał, że do upływu terminu składania ofert na Zadanie nr 4 wpłynęło 8 ofert:

1. oferta konsorcjum firm Era sp. z o.o. i NOVIA sp. z o.o. - z ceną 672.670,80 zł brutto;
2. oferta wykonawcy MIXON P. L. - z ceną 640.717,20 zł brutto;
3. oferta konsorcjum firm DGP Clean Partner sp. z o.o., Seban sp. z o.o., DGP Provider sp. z o.o., 7 MG sp. z o.o. i Partner Medica sp. z o.o. - z ceną 843.372,72 zł brutto;
4. oferta wykonawcy Biuro Ochrony Specjalnej BOS sp. z o.o. - z ceną 512.112,00 zł brutto;
5. oferta konsorcjum firm BIO-EKOS GROUP sp. z o.o. sp. k. i BIO-EKOS sp. z o.o. sp. k. - z ceną 623.762,40 zł brutto;
6. oferta konsorcjum firm PRINT-LINE J. S. i Ekoenergia sp. z o.o. - z ceną 524.494,08 zł brutto;
7. oferta wykonawcy AGRO-SERVICE P. K. - z ceną 1.290.255,36 zł brutto;
8. oferta Odwołującego - z ceną 559.800,00 zł brutto;

Zamawiający podczas otwarcia ofert oświadczył, że na sfinansowanie zamówienia zamierza przeznaczyć kwotę 536.414,40 zł brutto.

W dniu 6 lutego 2020 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze jako oferty najkorzystniejszej w zakresie Zadania 4 - oferty wykonawcy BOS, której przyznano 100,00 pkt. Na drugim miejscu została sklasyfikowana oferta Konsorcjum, której przyznano 97,64 pkt, zaś na miejscu trzecim sklasyfikowano ofertę Odwołującego, której przyznano 91,48 pkt.

Odwołujący podkreślił, że Zamawiający w załączonej do akt postępowania dokumentacji określił w szczególności następujące wymagania dotyczące sposobu realizacji zamówienia w zakresie Zadania nr 4:

Sygn. akt KIO 314/20

1. obowiązek zatrudnienia wszystkich osób, którymi wykonawca będzie posługiwał się przy realizacji zamówienia, na podstawie umowy o pracę, które będą objęte ubezpieczeniem społecznym i zdrowotnym oraz będą posiadały niezbędne kwalifikacje i doświadczenie jak również badania wysokościowe dla osób wykonujących prace na wysokościach, w całym okresie obowiązywania umowy o realizację zamówienia (rozdział III pkt 6 SIWZ, rozdział IV pkt 2 Załącznika nr 2A do SIWZ („Opis przedmiotu zamówienia - Część A”), § 7 ust. 5 Załącznika nr 7 do SIWZ („Projekt umowy”);

2. wymóg, aby do wykonania przedmiotu umowy byli skierowani codziennie pracownicy w ilości co najmniej 6 etatów, w pełnym wymiarze czasu pracy, wykonujący usługi przez 8 godzin dziennie (Rozdział IV pkt 1 i 3 Załącznika nr 2A do SIWZ, § 7 ust. 4 Załącznika nr 7 do SIWZ). W przypadku zatrudnienia osób w mniejszym wymiarze czasu pracy sumaryczna ilość etatów wymaganych przez Zamawiającego nie może być mniejsza niż 6 pełnych etatów - vide: rozdział IV pkt 4 Załącznika nr 2A do SIWZ. Wymagana ilość osób obowiązuje przy tym niezależnie od powierzchni wyłączanej ze sprzątnia (Rozdział IV pkt 7 Załącznika nr 2A do SIWZ).

3. obowiązek zapewnienia ciągłości sprzątnia w czasie urlopów wypoczynkowych i zwolnień chorobowych zatrudnionych przy realizacji pracowników oraz zatrudnienia osoby na zastępstwo w przypadku pracownika przebywającego na zwolnieniu chorobowym dłużej niż 33 dni (Rozdział IV pkt 34 i 35 Załącznika nr 2A do SIWZ);

4. obowiązek zapewnienia przeszkolenia personelu sprzątnającego obiekty sportowe, kuchenne i służby zdrowia w zakresie BHP na tego typu obiektach oraz zapewnienia personelowi aktualnych pracowniczych książeczek zdrowia dla celów sanitarno-epidemiologicznych oraz obowiązek zapewnienia prowadzenia prac na wysokościach przez osoby posiadające aktualne orzeczenie lekarskie stwierdzające brak przeciwwskazań do wykonywania pracy na wysokości do 3 m - vide: rozdział IV pkt 32 i 33 Załącznika nr 2A do SIWZ;

5. obowiązek zapewnienia przez wykonawcę środków czystości, środków konserwujących, środków higieny i zapachowych, odświeżaczy powietrza w sprayu o bezspornie dobrej jakości, dopuszczonych do użytkowania i obrotu na rynku polskim, zgodnie z aktualnie obowiązującymi przepisami, właściwych do zainstalowanych pojemników oraz dozowników. Środki czystości winny być odpowiednie dla poszczególnych powierzchni i gwarantować bezpieczeństwo (antypoślizgowe) oraz być jakości zapewniającej wymagany poziom sprzątnanych obiektów (Rozdział IV pkt 26 i rozdział V Załącznika nr 2A do SIWZ);

6. obowiązek zapewnienia przez wykonawcę własnego sprzętu ręcznego i mechanicznego do realizacji zamówienia w ramach zaoferowanej ceny (z zastrzeżeniem zapewnienia oddzielnego sprzętu do utrzymania czystości w pomieszczeniach ogólnego

przeznaczenia oraz do sanitarno-higienicznych i kuchennych), w tym dla utrzymania czystości w budynkach koszarowych, administracyjnych i pozostałych zapewnienie automatu szorująco-zbierającego oraz odkurzacza (Rozdział VI i VII Załącznika nr 2A do SIWZ);

7. obowiązek zapewnienia pracownika sprawującego w imieniu wykonawcy codzienny nadzór nad wykonaną usługą oraz reprezentującego wykonawcę w kontaktach z przedstawicielem Zamawiającego i raz w tygodniu ustalającego z przedstawicielem Zamawiającym wszelkie uwagi związane z realizacją zamówienia - vide: rozdział IV pkt 20 i 21 Załącznika nr 2A do SIWZ.

Ponadto Odwołujący wyjaśnił, że w treści złożonych ofert ww. wykonawcy wskazali również, że:

1. w przypadku wykonawcy BOS łączna cena ofertowa wynosi 512.112,00 zł brutto (z uwzględnieniem 23% VAT) - cena ofertowa netto wynosi zatem 416.351,22 zł, a wartość brutto usługi za 1 miesiąc wynosi 21.338,00 zł - wartość netto wynosi zatem 17.347,97 zł;

2. w przypadku wykonawcy Konsorcjum łączna cena ofertowa wynosi 524.494,08 zł brutto (z uwzględnieniem 23% VAT) - cena ofertowa netto wynosi zatem 426.417,95 zł, a wartość brutto usługi za 1 miesiąc wynosi 21.853,92 zł - wartość netto wynosi zatem 17.767,41 zł;

Zdaniem Odwołującego, prawidłowa weryfikacja i badanie przez Zamawiającego ofert BOS i Konsorcjum dla Zadania nr 4 winna była skutkować po stronie Zamawiającego powstaniem uzasadnionych wątpliwości co do zgodności ofert ww. wykonawców z treścią SIWZ, prawdziwości i realności złożonych w tych ofertach oświadczeń odnośnie zrealizowania zamówienia zgodnie z wymogami Zamawiającego, za zaoferowaną cenę, oraz sposobu skalkulowania przez ww. wykonawców cen ofertowych i uwzględnienia przez nich wszystkich elementów kosztotwórczych i wymagań opisanych przez Zamawiającego w SIWZ. Już bowiem choćby pobieżne porównanie cen zaoferowanych przez ww. wykonawców z kosztami, jakie wiążą się z realizacją zamówienia pokazuje, że cena ofertowa nie pozwala na pokrycie tego rodzaju kosztów, a oprócz tego osiągnięcie przez wykonawców tych choćby minimalnego poziomu zysku. Jak wskazano powyżej, Zamawiający dla Zadania nr 4 wymaga zatrudnienia na umowę o pracę na pełen etat (8 godzin pracy dziennie) minimum 6 pracowników. Minimalny koszt miesięczny, ponoszony przez pracodawcę w związku z zatrudnieniem pracownika w oparciu o umowę o pracę (tj. przy zastosowaniu stawki minimalnej 2.600 zł brutto) jaki ponosi pracodawca w związku z zatrudnieniem pracownika w roku 2020 wynosi 3.132,48 zł, co w przeliczeniu na 6 pracowników daje łączny koszt miesięczny 18.794,88 zł. Już zatem sama ta wartość przekracza cenę netto za świadczenie usług w 1 miesiącu podaną przez wykonawców BOS i Konsorcjum w złożonych ofertach (odpowiednio 17.347,97 zł i 17.767,41 zł). Zaznaczyć zaś należy, iż powyższa

kwota to wyłącznie podstawowy koszt związany z zatrudnieniem na podstawie umowy o pracę personelu, który nie uwzględnia innych kosztów pracowniczych, jakie wziąć pod uwagę musi wykonawca, takich jak: koszty badań pracowników (ok. 100 zł/osobę), ewentualne koszty transportu pracowników do/z miejsca świadczenia usług (jeśli nie znajdują się oni w miejscu ich świadczenia) czy koszty zapewnienia dodatkowo płatnej siły roboczej (również w oparciu o umowę o pracę) celem zapewnienia wymaganej przez Zamawiającego obsady pełnych 6 etatów (w ramach których praca świadczona jest przez 8 godzin dziennie) w okresach np. korzystania przez pracownika skierowanego do realizacji zamówienia z urlopu czy zwolnienia lekarskiego (wykonawca ponosi wtedy koszt zatrudnienia zarówno pracownika odbywającego urlop/będącego na zwolnieniu chorobowym, jak i pracownika zastępującego) czy w przypadku pracownika świadczącego pracę na niepełny etat lub pracownika niemogącego świadczyć pracy w wymiarze 8 godzin dziennie. Odwołujący podkreślił, że podany przez ww. wykonawcę koszt miesięczny wykonywania usługi w zakresie Zadania 4 musi również zawierać w sobie koszty spełnienia wszelkich innych wymagań Zamawiającego co do sposobu realizacji zamówienia, w tym w szczególności koszty środków czyszczących (których miesięczny szacunkowy koszt wynosi ok. 2.000 zł netto), koszty zapewnienia i utrzymania maszyn czyszczących wymaganych SIWZ (koszt utrzymania ok. 2.000 zł/rok), koszt kierownika nadzorującego sposób realizacji zamówienia i omawiającego z Zamawiającym uwagi w tym zakresie. Ponadto, cena zaoferowana przez ww. wykonawców za wykonanie zamówienia winna również uwzględniać racjonalny zysk wykonawcy.

Pomimo zaistnienia ww. okoliczności, Zamawiający nie wzywał ani wykonawcy BOS, ani Konsorcjum do złożenia wyjaśnień odnośnie złożonych przez nich ofert - czy to w trybie art. 87 ust. 1 Pzp, czy w trybie art. 90 ust. 1 Pzp, podczas gdy okoliczności te winny były wzbudzić uzasadnione wątpliwości Zamawiającego co do prawidłowości złożonych ofert i rynkowości zaoferowanych w nich cen za wykonanie zamówienia w zakresie Zadania nr 4 i skutkować skierowaniem do ww. wykonawców tego rodzaju wezwań.

Powyższe tym bardziej winno wzbudzić wątpliwości Zamawiającego biorąc pod uwagę, że Zamawiający ustalił szacunkową wartość dla Zadania nr 4 w części podstawowej w wysokości 479.720,19 zł netto, a zatem w kwocie istotnie wyższej w stosunku do przedstawionej przez wykonawców BOS i Konsorcjum.

Odwołujący podkreślił, że skierowanie do wykonawcy wezwania do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny w trybie art. 90 ust. 1 Pzp, nie jest - w przeciwieństwie do procedury wyjaśnień wszczynanej na podstawie art. 90 ust. 1a Pzp - uwarunkowane zaistnieniem sytuacji, w której cena danego wykonawcy przekracza pewne z góry określone limity. Skierowanie zapytania z art. 90 ust. 1 Pzp do danego wykonawcy jest natomiast konieczne i uzasadnione w każdej sytuacji, gdy powstają wątpliwości co do ceny zaoferowanej przez

tego wykonawcę, niezależnie od tego, w jakim pozostaje ona stosunku do kwoty przewidzianej przez Zamawiającego na realizację zamówienia oraz cen pozostałych oferentów - a zatem, nie ma znaczenia z punktu widzenia zaniechania zastosowania przez Zamawiającego procedury z art. 90 ust. 1 Pzp fakt, iż cena zaoferowana przez BOS i Konsorcjum odbiega o mniej niż 30% od wartości zamówienia czy średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert (zwłaszcza biorąc pod uwagę okoliczności faktyczne opisane powyżej).

Zdaniem Odwołującego, Zamawiający na mocy obowiązujących przepisów prawa nie jest uprawniony do „domniemywania” istnienia i rozmiaru ewentualnych oszczędności czy wyjątkowo sprzyjających warunków wykonania zamówienia dostępnych wykonawcy oraz innych okoliczności wpływających na możliwość obniżenia ceny przez wykonawcę, i wskutek takiego „domniemania” odstąpić od zastosowania procedury art. 87 ust. 1 Pzp lub art. 90 ust. 1 Pzp. Okoliczności takie oraz sposób w jaki oddziałują one na cenę ofertową, winny bowiem zostać wskazane i należycie udowodnione bezpośrednio przez wykonawcę. Uzyskania takich wyjaśnień Zamawiający natomiast w sposób nieuzasadniony zaniechał, co stanowi o naruszeniu przez Zamawiającego przepisów powołanych w niniejszym odwołaniu, w tym art. 87 ust. 1 Pzp i art. 90 ust. 1 Pzp.

Odwołujący wskazał, że w oparciu o opisane wyżej okoliczności podnosi również zarzut zaniechania odrzucenia ofert BOS i Konsorcjum na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, pomimo że nie dysponuje szczegółowymi informacjami co do tego, jak konkretnie wykonawcy ci skalkulowali cenę ofertową. W opinii Odwołującego ww. wykonawcy:

1. nie wycenili w sposób należyty i kompletny wszystkich elementów cenotwórczych składających się na opisany przez Zamawiającego zakres zamówienia dla Zadania nr 4 i wymogów Zamawiającego co do jego realizacji - w tym w szczególności w odniesieniu do:

a) wymagań dot. zatrudnienia osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia - w tym formy zatrudnienia, liczby etatów, długości czasu pracy pracowników pełnoetatowych, kosztów pracodawcy związanych z zatrudnieniem na podstawie umowy o pracę, dodatkowych kosztów i narzutów związanych z wykonywaniem usług utrzymania czystości za pomocą osób zatrudnionych na umowę o pracę, kosztów nadzoru;

b) wymagań dot. konieczności zapewnienia środków czystości i innych środków niezbędnych do realizacji zamówienia określonych w SIWZ (opisanych w szczególności w rozdziale IV i V Załącznika nr 2A do SIWZ), niezbędnych ilości tych środków w stosunku do zakresu zamówienia i ich kosztu;

c) wymagań dot. konieczności zapewnienia i utrzymania sprzętu i maszyn do realizacji przedmiotu zamówienia (opisanych w szczególności w rozdziale VI i VII Załącznika nr 2A do SIWZ) oraz kosztów w tym zakresie;

2. ceny zaoferowane przez ww. wykonawców są w istocie cenami oderwanymi od rzeczywistości oraz cenami nierynkowymi, i nie zostały one skalkulowane w oparciu o logiczne i sprawdzalne przesłanki oraz nie przewidują osiągnięcia przez ww. wykonawców racjonalnego poziomu zysku.

Zdaniem Odwołującego, wskazane nieprawidłowości w zakresie ewentualnego zaniżenia przez wykonawców BOS i Konsorcjum ilości pracowników, środków czystości (oraz innych środków) i urządzeń niezbędnych do realizacji zamówienia w zakresie Zadania nr 4 w stosunku do wymagań opisanych SIWZ, należy zakwalifikować również na gruncie prawnym jako merytoryczną niezgodność treści ofert BOS i Konsorcjum z wymaganiami i postanowieniami SIWZ, co zgodnie z treścią art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp oznacza konieczność odrzucenia tych ofert.

Zdaniem Odwołującego, w przedmiotowym zakresie należy także kwalifikować wskazane elementy stanu faktycznego jako błąd w obliczeniu ceny przez ww. wykonawców. Skoro bowiem Zamawiający wymagał wyceny skalkulowania w cenie ofertowej brutto wszystkich kosztów i składników związanych z realizacją umowy (vide: rozdział XII pkt 5 SIWZ) - a zatem wszystkich elementów (tak co do rodzaju, jak i ilości) wynikających z dokumentacji przedstawionej przez Zamawiającego - to brak ujęcia takich wymaganych ilości powoduje błąd w obliczeniu ceny zaoferowanej w Formularzu ofertowym i Formularzu cenowym dla Zadania nr 4 (cena została wyliczona w oparciu o nieprawidłowo przyjęte wskaźniki ilościowe). Taki błąd nie podlega poprawieniu w dozwolonych prawem zamówień publicznych trybach, a zgodnie z regulacją art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp stanowi podstawę do odrzucenia oferty.

W jego opinii działanie wykonawców BOS i Konsorcjum należy kwalifikować także w kontekście czynu nieuczciwej konkurencji, gdyż oczywistym w sprawie jest, że zaoferowana cena końcowa dla zamówienia ma decydujące znaczenie w kwestii uplasowania danego wykonawcy w rankingu ofert - jako że cena ofertowa brutto stanowiła w postępowaniu jedyne kryterium, wg którego Zamawiający dokonywał oceny złożonych ofert i stanowiła jedyny czynnik konkurencyjności. W przypadku braku merytorycznego uzasadnienia i udowodnienia zasadności zaoferowanych przez ww. wykonawców cen ofertowych - zachowanie wykonawców BOS i Konsorcjum musiałyby zostać zakwalifikowane jako czyn nieuczciwej konkurencji polegający na tym, że poprzez nieuzasadnione zaniżenie kosztów realizacji zamówienia (ewentualnie nieprzewidzenie zysku) doprowadzili oni do uzyskania niższych cen, które w ocenie obiektywnej nie są cenami konkurencyjnie najkorzystniejszymi ani skalkulowanymi zgodnie z zasadami uczciwej konkurencji. Takie działanie nie powinno korzystać z ochrony prawnej, szczególnie, że wedle regulacji prawa oferta, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, podlega odrzuceniu - art. 89 ust. 1 pkt. 3 Pzp. Wskazał, że opisane działanie mieści się w katalogu czynów zabronionych przewidzianym

art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Jest to bowiem działanie sprzeczne z prawem i dobrymi obyczajami, które zagraża zarówno interesom Zamawiającego, jak i Odwołującego czy pozostałych wykonawców w postępowaniu.

W piśmie procesowym z dnia 28 lutego 2020 r. Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania jako w całości bezzasadnego.

Przystępujący podkreślił, że zaproponowana przez niego cena jest ceną rynkową, porównywalną z wartością szacowaną przez Zamawiającego. Wskazał, że sam Odwołujący nie sprecyzował także, jakie konkretnie zarzuty formułuje wobec ceny zaoferowanej przez niego, bowiem powołuje się on na pobieżne porównanie cen zaoferowanych m. in. przez Przystępującego z kosztami, jakie, co istotne wyłącznie w ocenie Odwołującego, wiążą się z realizacją zamówienia. Podkreślił, iż Odwołujący się, w sposób bardzo wybiórczy podchodzi do wskazania poszczególnych kosztów, których wysokość, w ocenie Przystępującego, jest wyraźnie zawyżona (tak w przypadku kosztów badań lekarskich, wysokości cen zakupu środków czystości czy też ponoszonych przez Przystępującego kosztów związanych z utrzymaniem wymaganego przez Zamawiającego poziomu zatrudnienia).

Zauważył, że pomimo, iż w przepisie art. 90 ust. 1 Pzp został sformułowany obowiązek przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego w zakresie ceny oferty („zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień”), to jednak wskazując okoliczności, w jakich obowiązek ten ma się zaktualizować, ustawodawca odwołał się zarówno do okoliczności o charakterze obiektywnym, jak i subiektywnym, które ponadto zostały połączone spójnikiem koniunkcji („i”). Tym samym na gruncie tego przepisu decyzja co do wezwania wykonawcy do udzielenia wyjaśnień w dużej mierze zależy od przekonania samego Zamawiającego, co jednocześnie powinno wynikać z określonych okoliczności o charakterze obiektywnym. Natomiast, zdaniem Przystępującego Zamawiający zasadnie uznał, że cena oferty za Zadanie 4 nie wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i że nie budzi wątpliwości co do wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów.

Przede wszystkim podkreślić trzeba, że cena przez niego zaoferowana w zadaniu nr 4 wynosiła 512.120,00 zł brutto i jest nieznacznie, tj. o kilkanaście procent niższa od szacunkowej wartości zamówienia jak i od kwoty, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Jest również nieznacznie niższa od średniej arytmetycznej ofert. Powyższe powoduje, że Zamawiający nie tylko nie miał obowiązku wezwać do wyjaśnień ceny na podstawie art. 90 ust. 1a pkt 1 Pzp, gdyż nie został przekroczony „próg różnicy” wskazany w tym artykule. Co więcej, nieznaczna procentowa różnica pomiędzy ceną oferty Przystępującego a wartością zamówienia, w żaden sposób nie uzasadnia

wezwania do wyjaśnień ceny również na podstawie art 90 ust. 1 Pzp, co także słusznie wskazano w wyroku KIO z dnia 22 sierpnia 2013 r., sygn. akt KIO 1929/13.

Zdaniem Przystępującego również w świetle orzecznictwa zarówno sądów jak i Krajowej Izby Odwoławczej, wykonawcy w ogóle nie mają prawa domagać się od Zamawiającego, aby przeprowadził procedurę przewidzianą w art. 90 ust. 1 Pzp, jeżeli sam Zamawiający nie powziął wątpliwości co do wysokości zaoferowanej mu ceny.

Przystępujący uznał, że Odwołujący się mógł rozmyślnie i celowo złożyć ofertę z zawyżoną ceną, tj. ceną wyższą zarówno od ceny oferty Przystępującego jak i od szacunków samego Zamawiającego, po to, aby próbować następnie wymusić na Zamawiającym przeprowadzenie procedury z art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy. Odwołujący się liczył zapewne na to, że tańszy wykonawca, wezwany do wyjaśnienia ceny, nie wytłumaczy się wystarczająco z zaoferowanej ceny, co w rezultacie pozwoliłoby Odwołującemu się uzyskać zamówienie bądź doprowadzić do unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp.

Przystępujący zauważył także, iż sama już kwalifikacja zarzutów odwołania przez Odwołującego się do art. 90 ust. 1 Pzp, a nie do art. 90 ust. 1a Pzp decyduje o obowiązku dowodowym, który obciąża w tym przypadku Odwołującego się w myśl art. 6 kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 ust. 1 Pzp. Skoro Odwołujący uważa, że wybrany wykonawca przystępując do postępowania nie jest w stanie wykonać za zaoferowaną cenę zamówienia to powinien to udowodnić. Samo podniesienie zarzutu, że oferta wybranego wykonawcy przystępującego nie uwzględnia danych kosztów bez podania kwot jakie wiążą się z przywołanymi przez odwołującego okolicznościami jest niewystarczające do udowodnienia rażąco niskiej ceny (wyrok KIO z dnia 30 stycznia 2019 r. w sprawie o sygn. KIO 54/19).

Wskazał, że przygotowując ofertę na zadanie 4 uwzględnił w kosztach zatrudnienia fakt, iż korzysta z dofinansowania z PFRON i otrzymuje miesięczne dofinansowanie do wynagrodzenia pracowników niepełnosprawnych. Mając baczenie na zapisy SIWZ w celu skalkulowania ceny oferty wziął pod uwagę wymagania Zamawiającego w szczególności dotyczące zatrudnienia pracowników wykonawcy na umowę o pracę oraz fakt, iż wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę.

Przystępujący zauważył, że jak wynika z SIWZ Zamawiający nie zabronił dopuszczenia do realizacji zamówienia osób posiadających orzeczenie o niepełnosprawności, precyzując jedynie, by do wykonania umowy byli kierowani pracownicy zatrudnieni na podstawie umowy o pracę w ilości co najmniej 6 etatów. Ponadto wyjaśnił, że wykonanie przedmiotu zamówienia przewidział przy udziale 7 pracowników w tym 6 pracowników będących osobami niepełnosprawnymi: 1 osoba posiadająca orzeczenie o niepełnosprawności w stopniu umiarkowanym, 4 osoby posiadające orzeczenie o niepełnosprawności w stopniu

umiarkowanym z dodatkiem za schorzenia specjalne oraz 1 osoba niepełnosprawna w stopniu znacznym niepełnosprawności z dodatkiem za schorzenia specjalne. Powyższe powoduje, że koszt utrzymania 7 pracowników w pełnym etacie przez cały okres wykonywania usługi wynosi 272 431,20 zł, co powoduje, że zaproponowana przez niego cena ofertowa jest realna i gwarantuje należyłą realizację zamówienia.

W konsekwencji stwierdził, że zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 1 i 3 w zw. z art. 7 ust 1 Pzp jest zarzutem przedwczesnym i nieuprawnionym, ponieważ Przystępujący nie został wezwany do wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny, a takie uprawnienie każdemu wykonawcy przysługuje przed czynnością zamawiającego odrzucenia oferty zawierającej rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Powyższe wynika wprost z treści art. 90 ust. 3 Pzp zobowiązującego zamawiającego do odrzucenia oferty, jeżeli nie udzielono wyjaśnień w związku z zwróceniem się zamawiającego o ich udzielenie w myśl art. 90 ust. 1 Pzp.

Podkreślił, że także zarzuty naruszenia art. 89 ust 1 pkt 2, 3 i 6 nie mogą stanowić podstawy do uwzględnienia odwołania w niniejszej sprawie.

Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowienia SIWZ, oraz oświadczenia i stanowiska stron złożone w trakcie rozprawy, ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie zostało oddalone.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 Pzp.

Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone w art. 179 ust. 1 Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody, polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu wykonawcę Biuro Ochrony Specjalnej BOS Spółka z o.o. zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Skład orzekający uwzględniając przytoczone przez Odwołującego istotne elementy stanu faktycznego oraz postanowienia SIWZ odpowiadające informacjom wynikającym z akt postępowania oraz dokumentacji odstąpiła od ponownego ich przytaczania.

Wskazać należy, że zgodnie z przepisem art. 90 ust. 1 Pzp zamawiający zwraca się do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień, 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.

Podkreślić należy, że jak słusznie wskazała KIO w wyroku z dnia 20 marca 2018r., sygn. akt KIO 435/18 „wątpliwości co do prawidłowości kalkulacji ceny ofertowej, zgodnie z hipotezą art. 90 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2017 r. poz. 1579 ze zm.) nie zostały zawężone przez ustawodawcę wyłącznie do ceny niższej o 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych w postępowaniu ofert. Ustawodawca posłużył się zwrotem „w szczególności” co do ww. procentowej różnicy - świadczy to o katalogu otwartym i istotnym, w badaniu czy zachodzą okoliczności uzasadniające rozpoczęcie procedury wyjaśnienia ceny wskazanej w ofercie, jest układ okoliczności faktycznych w danym postępowaniu, gdyż ustawodawca w sposób otwarty ustanowił katalog zdarzeń, które mogą skutkować wątpliwościami w zakresie rzetelności kalkulacji ceny oferty. Zatem aby poprawnie zastosować normę art. 90 ust. 1 ustawy zamawiający musi poddać zaistniały w sprawie stan faktyczny krytycznej analizie pod kątem prawidłowości i rynkowego charakteru zaoferowanej ceny, a nie jedynie ograniczyć się do analizy czy wymienione przez ustawodawcę przykładowe przesłanki znajdują w sprawie zastosowanie. Ustalając zatem wzorzec prawidłowego postępowania, należy włączyć w ten wzorzec konieczność ustalenia, czy należycie działający zamawiający w danym stanie rzeczy powziąłby takie wątpliwości czy też nie”.

Uwzględniając powyższe, skład orzekający doszedł do przekonania, że zarzut dotyczący naruszenia art. 90 ust. 1 Pzp był zasadny, bowiem w niniejszym postępowaniu po stronie Zamawiającego powinny być powstać wątpliwości co do prawidłowości kalkulacji ceny oferty wykonawcy BOS oraz Konsorcjum w zakresie dotyczącym konieczności zatrudnienia 6 pracowników na podstawie umowy o pracę na pełen etat. Podkreślić należy, że jak słusznie wskazywał Odwołujący, zaoferowana przez BOS oraz Konsorcjum miesięczna kwota wynagrodzenia za realizację przedmiotu zamówienia nie była wystarczająca na pokrycie kosztów samego tylko wynagrodzenia dla wymaganych przez Zamawiającego 6 pracowników zatrudnionych na pełen etat na umowę o pracę. Zauważyć bowiem należy, że jak wskazywał Odwołujący miesięczny koszt wynagrodzenia pracowników ponoszony przez pracodawcę w związku z zatrudnieniem pracownika w oparciu o umowę o pracę przy zastosowaniu stawki minimalnej wynikającej z rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 10 września 2019r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2020 roku (Dz.U. z 2019r., poz. 1778) wynosi 3.132,48, co w przeliczeniu na 6 pracowników daje łączny koszt miesięczny 18.794,88 zł. Natomiast

wykonawca BOS zaoferował cenę za świadczenie usługi za jeden miesiąc w kwocie 17.347,97 zł, natomiast Konsorcjum wynagrodzenie miesięczne w kwocie 17.767,41 zł, a więc kwoty które nie wystarczały na pokrycie kosztów z tym związanych. W konsekwencji, w opinii składu orzekającego powyższa okoliczność winna była zostać poddana procedurze przewidzianej w art. 90 ust. 1 Pzp. Niemniej jednak uwzględniając treść przedłożonych przez Przystępującego na rozprawie dowodów i wyjaśnień skład orzekający stwierdził, że wykonawca ten wykazał, że zaoferowana przez niego cena jest ceną realną i prawidłowo skalkulowaną pozwalającą na prawidłową realizację usługi będącą przedmiotem zamówienia, a więc nie jest ceną rażąco niską. Przystępujący wykazał bowiem, że miesięczny koszt wynagrodzenia i to 7 pracowników (1 osoba została dodana w celu skalkulowania ewentualnych zwolnień lekarskich czy też płatnych urlopów wypoczynkowych) na warunkach ustalonych przez Zamawiającego przy uwzględnieniu dofinansowania uzyskanego z PFRON wynosi 11.351, 30 zł. Ponadto Przystępujący wykazał, że zaoferowana przez niego zapewnia realizację usługi uwzględniając wszelkie inne wymagania SIWZ w tym zakresie, a ponadto umożliwia mu osiągnięcie zysku na poziomie ok. 103 253,36 zł.

Uwzględniając więc dyspozycję art. 192 ust. 2 Pzp, stwierdziła, że pomimo potwierdzenia się zarzutu dotyczącego naruszenia art. 90 ust. 1 Pzp, to odwołanie z tego powodu nie mogło być uwzględnione, bowiem stwierdzone przez Izbę naruszenie pozostaje bez wpływu na wynik postępowania, tj. wybór oferty najkorzystniejszej.

Izba za niezasadny uznała zarzut dotyczący naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, bowiem Odwołujący nie wykazał, aby treść oferty Przystępującego BOS oraz Konsorcjum była niezgodna z postanowieniami SIWZ.

Odnosząc się kolejno do pozostałych zarzutów to wskazać należy, że w związku z faktem, że skorzystanie przez Zamawiającego z trybu przeprowadzenia wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp jest uprzednie w stosunku do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, skład orzekający nie mógł stwierdzić naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp.

Izba za niezasadny uznała także zarzut dotyczący naruszenia art. art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w związku z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz.U. z 2018 r. poz. 419, dalej: „u.z.n.k”). Zgodnie z tym przepisem zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Z kolei w myśl art. 3 ust. 1 u.z.n.k czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Przepis ten wskazuje na otwarty katalog sytuacji, w których działanie danego podmiotu może zostać uznane za czyn nieuczciwej konkurencji. Za czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu tej

Sygn. akt KIO 314/20

ustawy może być zatem uznane także działanie niewymienione wśród przypadków stypizowanych w art. 5-17d u.z.n.k, jeżeli tylko odpowiada wymaganiom wskazanym w ogólnym określeniu czynu nieuczciwej konkurencji w art. 3 ust. 1 u.z.n.k (por. m.in. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 26 listopada 1998 r., I CKN 904/97). Oznacza to, iż aby określone działanie mogło zostać uznane za czyn nieuczciwej konkurencji należy wykazać spełnienie przesłanek wynikających z art. 3 ust. 1 u.z.n.k, tj. że jest ono sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami oraz że zagraża ono lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Odwołujący zaistnienia tych przesłanek nie wykazał, poprzestając na twierdzeniu, że Przystępujący oraz Konsorcjum zaniżyli przyjęte w ofercie koszty niezbędne do realizacji zamówienia. Uwzględniając natomiast wyżej prezentowane przez Izbę stanowisko powyższy zarzut Odwołującego okazał się niezasadny.

Skład orzekający stwierdził ponadto, że Zamawiający nie naruszył art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp. Zgodnie z powyższym przepisem Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu. Jak wskazuje się w orzecznictwie, warunkiem koniecznym ustalenia ziszczenia się podstawy odrzucenia oferty, o której mowa w ww. przepisie jest stwierdzenie, że doszło do popełnienia przez wykonawcę tego rodzaju błędu, który skutkuje tym, iż cena podana w ofercie jest ceną nieprawidłową. Wymaga to zatem stwierdzenia, iż odmienność sposobu obliczenia ceny przez wykonawcę skutkowałaby tym, iż cena oferty byłaby inna, gdyby wykonawca ściśle zastosował się do sposobu obliczenia ceny wskazanego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. (por. m.in. wyrok KIO z dnia 28 marca 2018 r., sygn. akt KIO 485/18). Błąd w obliczeniu ceny zachodzi więc, jeśli cena oferty została obliczona w sposób niezgodny ze sposobem jej obliczenia podanym w dokumentacji przetargowej lub w cenie oferty uwzględniono niewłaściwą stawkę podatku VAT (por. m.in. wyrok KIO z dnia 16 maja 2018 r. sygn. akt KIO 827/18). Odwołujący natomiast nie wskazał okoliczności, które pozwalałyby uznać, że cena ofert Przystępującego oraz Konsorcjum takie błędy zawiera.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 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 (t.j. Dz.U. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący:.....