

Sygn. akt: KIO 1095/22

KIO 1130/22

WYROK

z dnia 23 maja 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Osiecka

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 maja 2022 r., w Warszawie, odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- w dniu 21 kwietnia 2022 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Praxima Krakpol Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Trzebinie, Impel System Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu oraz Impel Facility Services Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu**

- w dniu 25 kwietnia 2022 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Praxima Krakpol Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Trzebinie, Impel System Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu oraz Impel Facility Services Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Pocztę Polską Spółkę Akcyjną z siedzibą w Warszawie**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Jantar Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Słupsku, Jantar 2 Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Słupsku oraz Sekret Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Słupsku**, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego w sprawie o sygn. akt KIO 1095/22 oraz KIO 1130/22

przy udziale wykonawcy **Amlux Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego w sprawie o sygn. akt KIO 1130/22

orzeka:

1. **Oddala oba odwołania.**
2. Kosztami postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 1095/22 obciąża **Odwołującego** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy)** uiszczoną przez **Odwołującego** tytułem wpisu od odwołania,
3. Kosztami postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 1130/22 obciąża **Odwołującego** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy)** uiszczoną przez **Odwołującego** tytułem wpisu od odwołania.

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

Przewodniczący:

Sygn. akt KIO 1095/22

1130/22

Uzasadnienie

Poczta Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, dalej „Zamawiający”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Świadczenie kompleksowych usług w zakresie sprzątnięcia i utrzymania w czystości powierzchni wewnętrznej i zewnętrznej budynków użytkowanych przez jednostki Poczty Polskiej S.A. na terenie całej Polski* w podziale na części. Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.), dalej „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 24 listopada 2021 r. pod numerem 2021/S 228-601633.

W dniu 21 kwietnia 2022 r. wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Praxima Krakpol Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Trzebinie, Impel System Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu oraz Impel Facility Services Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu, dalej „Odwołujący”, wnieśli odwołanie w zakresie części 11, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 16 pkt 1 ustawy Pzp, tj. zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców przy ocenie oferty Seris Konsalnet Cleaning Sp. z o.o.;
- 2) art. 224 ust. 1 ustawy Pzp przez zaniechanie wezwania Seris Konsalnet Cleaning Sp. z o.o. do wyjaśnień rażąco niskiej ceny, pomimo że wysokość ceny budzi istotne wątpliwości w zakresie możliwości wykonania przedmiotu zamówienia na warunkach określonych w dokumentach zamówienia i odrębnych przepisach;
- 3) art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Seris Konsalnet Cleaning Sp. z o.o. jako niezgodnej z warunkami zamówienia;
- 4) art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Seris Konsalnet Cleaning Sp. z o.o. jako zawierającej rażąco niską cenę;
- 5) art. 239 ust 1 ustawy Pzp przez wadliwy wybór oferty najkorzystniejszej oferty.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości, nakazanie Zamawiającemu: uchylenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, odrzucenia oferty Seris Konsalnet

Cleaning Sp. z o.o. na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 i 8 ustawy Pzp oraz dokonania ponownej oceny ofert i wybór najkorzystniejszej oferty spośród ofert ważnych.

Do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego przystąpili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Jantar Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Słupsku, Jantar 2 Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Słupsku oraz Sekret Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Słupsku.

W dniu 22 kwietnia 2022 r. wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Praxima Krakpol Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Trzebinie, Impel System Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu oraz Impel Facility Services Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu, dalej „Odwołujący”, wnieśli również odwołanie w zakresie części 12, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 16 pkt 1 ustawy Pzp, tj. zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców przy ocenie oferty Amlux Sp. z o.o.;
- 2) art. 224 ust. 1 ustawy Pzp przez zaniechanie wezwania Amlux Sp. z o.o. do wyjaśnień rażąco niskich ceny zaprezentowanej w jego ofercie, pomimo że wysokość ceny budzi istotne wątpliwości w zakresie możliwości wykonania przedmiotu zamówienia na warunkach określonych w dokumentach zamówienia i odrębnych przepisach;
- 3) art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Amlux Sp. z o.o. jako niezgodnej z warunkami zamówienia;
- 4) art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Amlux Sp. z o.o. z tego powodu, że oferta została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;
- 5) art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Amlux Sp. z o.o. jako zawierającej rażąco niską cenę;
- 6) art. 239 ust 1 ustawy Pzp przez wadliwy wybór oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości, nakazanie Zamawiającemu: uchylecia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, odrzucenia oferty Amlux Sp. z o.o. na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5, 7, 8 ustawy Pzp oraz dokonania ponownej oceny ofert i wybór najkorzystniejszej oferty spośród ofert ważnych.

Do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego przystąpili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Jantar Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Słupsku, Jantar 2 Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością

z siedzibą w Słupsku oraz Sekret Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Słupsku, dalej „Konsorcjum Jantar”. Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca Amlux Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, dalej również „Przystępujący”.

Pismami z dnia 10 maja 2022 r. Zamawiający złożył odpowiedzi na odwołania, wnosząc o ich oddalenie. Przystępujący również złożył pismo procesowe, wnosząc o oddalenie odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy, Izba stwierdziła, iż oba odwołania zasługują na oddalenie.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania, w szczególności z: protokołu postępowania o udzielenie zamówienia, ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji warunków zamówienia, ofert wykonawców, informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty. Izba wzięła również pod uwagę stanowiska wyrażone w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, pismach procesowych Odwołujących, Zamawiającego, Przystępującego, a także oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego wyrażone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 13 i 18 maja 2022 r. wraz z przedłożonymi dowodami.

Izba ustaliła, co następuje.

Przedmiotem zamówienia jest świadczenie kompleksowych usług w zakresie sprzątnięcia i utrzymania w czystości powierzchni wewnętrznej i zewnętrznej budynków użytkowanych przez jednostki Poczty Polskiej S.A. na terenie całej Polski. Przedmiot zamówienia został podzielony na 15 części, w tym część nr 11 - świadczenie kompleksowych usług w zakresie sprzątnięcia i utrzymania w czystości obiektów użytkowanych przez Region Pionu Infrastruktury w Poznaniu oraz część nr 12 - świadczenie kompleksowych usług w zakresie sprzątnięcia i utrzymania w czystości obiektów użytkowanych przez Region Pionu Infrastruktury w Szczecinie.

Zgodnie z Rozdziałem XIX specyfikacji warunków zamówienia: 1. *Wykonawca określa cenę realizacji zamówienia poprzez wypełnienie Formularza ofertowego (wg wzoru stanowiącego Załącznik Nr 1 do SWZ) oraz Formularzy cenowych (wg wzoru stanowiącego Załącznik nr 1.1-1.15 do SWZ) – odpowiednio do części zamówienia, z uwzględnieniem warunków i wymogów wynikających z SWZ.* 2. *Cena brutto podana w „Formularzu ofertowym” służy jedynie do dokonania porównania złożonych ofert. Wykonawca*

zobowiązany jest przyporządkować poszczególnym cenom jednostkowym wskazanym w "Formularzach cenowych" odpowiadających im faktycznych kosztów i zysku. Każda z tych cen powinna zostać obliczona w sposób realny, rynkowy. Dodatkowo Zamawiający zwraca uwagę na sposób kalkulacji ceny za usługę sprzątnięcia pokoi gościnnych na zlecenie Zamawiającego (niesprzątniętych codziennie), aby stawka za sprzątnięcie 1 m² pokoju gościnnego dotyczyła jednokrotnego sprzątnięcia 1 m² powierzchni a nie stanowiła miesięcznej stawki za 1 m². Wynagrodzenie za wykonanie poszczególnych prac będzie wypłacane Wykonawcy według określonych w ofercie cen jednostkowych. 3. Cena ofertowa brutto musi uwzględniać wszystkie koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia oraz wzorem umowy określonymi w niniejszej SWZ.

Izba ustaliła, że wartość szacunkowa zamówienia została ustalona na kwotę 43 786 846,13 zł w zakresie części 11, a w odniesieniu do części 12 na kwotę 15 229 777,10 zł.

W postępowaniu wpłynęły cztery oferty w części 11:

- Odwołującego z ceną jednostkową za jednorazowe utrzymanie 1 m² – powierzchni zewnętrznych – terenów zielonych (wymagających pielęgnacji, koszenia) - 0,6 zł, z ceną jednostkową za jednorazowe odśnieżanie 1 m² powierzchni dachów – 1,5 zł oraz z ceną całkowitą brutto 32 280 909,21 zł;
- Seris Konsalnet Cleaning Sp. z o.o. z ceną jednostkową za jednorazowe utrzymanie 1 m² – powierzchni zewnętrznych – terenów zielonych (wymagających pielęgnacji, koszenia) - 0,23 zł, z ceną jednostkową za jednorazowe odśnieżanie 1 m² powierzchni dachów – 0,4 zł oraz z ceną całkowitą brutto 30 167 726,96 zł;
- Konsorcjum Jantar z ceną jednostkową za jednorazowe utrzymanie 1 m² – powierzchni zewnętrznych – terenów zielonych (wymagających pielęgnacji, koszenia) - 2,2 zł, z ceną jednostkową za jednorazowe odśnieżanie 1 m² powierzchni dachów – 0,29 zł oraz z ceną całkowitą brutto 34 339 447,35 zł;
- Contact Sp. z o.o. z ceną jednostkową za jednorazowe utrzymanie 1 m² – powierzchni zewnętrznych – terenów zielonych (wymagających pielęgnacji, koszenia) - 0,3 zł, z ceną jednostkową za jednorazowe odśnieżanie 1 m² powierzchni dachów – 1 zł oraz z ceną całkowitą brutto 34 794 634,09 zł.

W postępowaniu wpłynęło pięć ofert w części 12:

- Odwołującego z ceną całkowitą brutto 13 597 048,14 zł;
- Przystępującego z ceną całkowitą brutto 13 201 572,17 zł;
- Contact Sp. z o.o. z ceną całkowitą brutto 14 334 176,67 zł;
- Clar System S.A. z ceną całkowitą brutto 14 698 381,58 zł;

- Konsorcjum Jantar z ceną całkowitą brutto 19 208 990,70 zł.

Zamawiający wskazał, iż przeznaczył na sfinansowanie przedmiotu zamówienia w zakresie części 11 kwotę 41 639 489,95 zł oraz kwotę 14 440 003,01 zł w zakresie części 12.

Izba ustaliła, że Zamawiający nie wzywał Seris Konsalnet Cleaning Sp. z o.o. oraz Przystępującego do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny.

Zamawiający w dniu 13 kwietnia 2022 r. poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej.

Uwzględniając powyższe, Izba zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołań.

W drugiej kolejności Izba stwierdziła, że Odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody, będącej konsekwencją zaskarżonych w odwołaniach czynności.

Dalej, Izba, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności zakres zarzutów podniesionych w odwołaniach, doszła do przekonania, iż w niniejszym postępowaniu nie doszło do naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, a tym samym, na podstawie art. 554 ust. 1 ustawy Pzp, rozpoznawane odwołania nie zasługiwały na uwzględnienie.

KIO 1095/22

Izba uznała, że nie potwierdził się zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym 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.

Odwołujący podnosił, że stawka, którą Seris Konsalnet Cleaning sp. z o.o. zaoferował za jednorazowe utrzymanie 1 m² – powierzchni zewnętrznych - terenów zielonych, (wymagających pielęgnacji, koszenia), w wysokości 0,23 zł netto za 1m² oraz stawka oferowana przez Seris Konsalnet Cleaning sp. z o.o. za jednorazowe odśnieżanie 1 m²

powierzchni dachów w wysokości 0,40 zł netto za 1m² stanowią stawki, które winny wzbudzić wątpliwości Zamawiającego, gdyż są nierealistyczne.

W ocenie składu orzekającego z powyższym stanowiskiem nie sposób się zgodzić. Dyspozycja art. 224 ust. 1 ustawy Pzp skierowana jest do zamawiającego i to zamawiający, jako gospodarz postępowania, ma możliwość zastosowania procedury opisanej tym przepisem. Ustawodawca w art. 224 ust. 1 ustawy Pzp pozostawił więc zamawiającemu ocenę zaistnienia podstaw do wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w przedmiocie wyliczenia ceny. Zamawiający powinien zatem wezwać wykonawcę do złożenia wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny w sytuacji, gdy zaistnieją wątpliwości co do możliwości wykonania zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów. Odnosząc powyższe do niniejszego stanu faktycznego należy wskazać, że Zamawiający nie miał podstaw do wezwania Seris Konsalnet Cleaning sp. z o.o. do wyjaśnień dotyczących ceny, bowiem jego oferta, wbrew twierdzeniom Odwołującego, nie budziła uzasadnionych wątpliwości co do wysokości zaproponowanych stawek.

Wymaga podkreślenia, że przepisy ustawy Pzp wyraźnie rozróżniają sytuację, w której cena przekracza wskaźniki wprost wskazane w przepisach (odniesienie do wartości zamówienia ustalonej przed wszczęciem postępowania lub do średniej arytmetycznej ofert) oraz taką, kiedy wskaźniki te nie zostały przekroczone. O ile w pierwszym przypadku wezwanie wykonawcy do wyjaśnień ma charakter obligatoryjny, o tyle w drugim przypadku decyzja o skorzystaniu z takiego wezwania należy wyłącznie do zamawiającego. Bezsporną okolicznością jest to, iż nie zaszły podstawy do wezwania Seris Konsalnet Cleaning sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny zgodnie z 30% kryterium arytmetycznym, o którym mowa w art. 224 ust. 2 ustawy Pzp, bowiem cena Przystępującego nie jest niższa ani o 30% od wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o VAT, ani od średniej arytmetycznej ceny ofert złożonych w postępowaniu. Izba ustaliła, że cena jednostkowa za jednorazowe utrzymanie 1 m² – powierzchni zewnętrznych - terenów zielonych, (wymagających pielęgnacji, koszenia), zaoferowana przez kolejnego wykonawcę z najniższą ceną w tej pozycji (Contact Sp. z o.o.) nie odbiega znacznie od ceny oferty Seris Konsalnet Cleaning Sp. z o.o. i kształtuje się na poziomie 0,30 zł netto. Jak słusznie zauważył Zamawiający, sam Odwołujący w zakresie części 14 zamówienia objętej postępowaniem zaoferował stawkę w wysokości 0,14 zł za 1 m², a w części 8 WER Kielce 0,15 zł za 1 m². Co również istotne, zakwestionowana stawka jednostkowa stanowi znikomą część ceny zaoferowanej za wykonanie przedmiotu zamówienia, a Odwołujący w zakresie podstawy faktycznej podniesionego w odwołaniu zarzutu nie przedstawił argumentacji, którą

można by uznać za potwierdzającą istotność tej stawki jednostkowej. Zamawiający wyjaśnił, że procentowy udział wartości usługi utrzymania terenów zielonych to:

– 0,71% - w przypadku oferty Odwołującego, przy łącznej kwocie dla tej usługi wynikającej ze złożonego przez tego wykonawcę formularza cenowego wynoszącej 212 474,88 zł netto, 229 472,87 zł brutto odnoszonej do ceny całkowitej oferty w kwocie 32 260 909,21 zł brutto,

– 0,29% - w przypadku oferty Seris Konsalnet Cleaning sp. z o.o., przy łącznej kwocie dla tej usługi wynikającej ze złożonego przez tego wykonawcę formularza cenowego wynoszącej 81 448,70 zł netto, 87 964,60 zł brutto odnoszonej do ceny całkowitej oferty 25 336 063,67 zł netto, 30 167 726,96 zł brutto.

Jeżeli zaś chodzi o stawkę 0,40 zł netto za jednorazowe odśnieżanie dachów to warto podkreślić, że wykonawca zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego wskazał na jeszcze niższą stawkę, tj. 0,29 zł netto. Natomiast sam Odwołujący w zakresie części 14 zamówienia objętej postępowaniem zaproponował stawkę w wysokości 0,11 zł za 1 m². Nadto, zakwestionowana stawka jednostkowa za jednorazowe odśnieżanie dachów stanowi znikomą część ceny zaoferowanej za wykonanie przedmiotu zamówienia, a Odwołujący również w tym przypadku w zakresie podstawy faktycznej podniesionego w odwołaniu zarzutu nie przedstawił argumentacji, którą można by uznać za potwierdzającą istotność tej stawki jednostkowej. Zamawiający wskazywał, że procentowy udział wartości usługi odśnieżania dachów to:

– 0,70 % - w przypadku oferty Odwołującego, przy łącznej kwocie dla tej usługi wynikającej ze złożonego przez tego wykonawcę formularza cenowego wynoszącej 207 723,66 zł netto, 224 341,55 zł brutto odnoszonej do ceny całkowitej oferty w kwocie 32 260 909,21 zł brutto,

– 0,20 % - w przypadku oferty Seris Konsalnet Cleaning sp. z o.o., przy łącznej kwocie dla tej usługi wynikającej ze złożonego przez tego wykonawcę formularza cenowego wynoszącej 55 392,98 zł netto, 59 824,41 zł brutto odnoszonej do ceny całkowitej oferty 25 336 063,67 zł netto, 30 167 726,96 zł brutto

Izba wskazuje, że wezwanie do wyjaśnień mogłoby przekształcić się w obowiązek Zamawiającego dopiero w przypadku zaistnienia u niego wątpliwości co do możliwości wykonania zamówienia po zaoferowanej cenie. Powyższe potwierdza również art. 69 ust. 1 dyrektywy 2014/24/UE, zgodnie z którym *Instytucje zamawiające wymagają od wykonawców wyjaśnień dotyczących ceny lub kosztów zaproponowanych w ofercie, jeżeli oferta wydaje się rażąco niska w stosunku do odnośnych robót budowlanych, dostaw lub usług*. Zatem, warunkiem skorzystania z wezwania do wyjaśnień jest sytuacja, w której oferta wydaje się zamawiającemu rażąco niska. Punktem odniesienia są występujące u zamawiającego (a nie

u konkurenta) podejrzenia zaoferowania ceny rażąco niskiej. Tylko w takiej sytuacji uprawnienie do wezwania do wyjaśnień staje się obowiązkiem zamawiającego.

Wymaga również podkreślenia, że przepisy ustawy Pzp posługują się pojęciami nacechowanymi elementami subiektywnymi, odwołują się do „wątpliwości zamawiającego”, czy wskazują, że „cena wydaje się rażąco niska”. Nie jest więc tak, że Zamawiający w każdym przypadku zobowiązany jest do przeprowadzenia procedury wyjaśniającej kalkulację oferty. Jest to konieczne w sytuacji pojawienia się wątpliwości Zamawiającego. Jeżeli ocena danych prowadzi do wniosków, że wystąpiły obiektywne przesłanki potwierdzające prawidłowość kalkulacji, Zamawiający nie ma obowiązku wzywania do wyjaśnień.

W okolicznościach sprawy to nie Zamawiający ma wątpliwości co do stawek zaoferowanych przez Seris Konsalnet Cleaning sp. z o.o., a wątpliwości te posiada Odwołujący, co z uwagi na realia rywalizacji rynkowej obydwu wykonawców wydaje się uzasadnione. Nie jest jednak uzasadnionym, aby tego typu wątpliwości przerzucać na Zamawiającego i wymagać od niego, aby korzystał z przysługujących mu uprawnień wyłącznie w celu usunięcia wątpliwości podmiotów ubiegających się o zamówienie, które w przeciwieństwie do Zamawiającego nie są związane zasadą bezstronności i obiektywizmu.

Jednocześnie należy wskazać, że w sytuacji gdy Odwołujący podnosi, iż przedmiotem wyjaśnień winny być stawki zaoferowane przez innego wykonawcę i winny wzbudzić wątpliwości Zamawiającego, to Odwołującego obciąża obowiązek wykazania i udowodnienia niezbędnych ku temu okoliczności. Uzasadnieniem dla powyższego jest podstawa prawna zarzutu zaniechania wezwania wykonawcy do wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Powyższe jest tym bardziej uzasadnione z uwagi na fakt, że Zamawiający nie miał żadnych wątpliwości co do realności jakiegokolwiek elementu ceny oferty najkorzystniejszej.

Biorąc pod uwagę ww. okoliczności Izba uznała, że Zamawiający nie miał podstaw, aby żądać od Przystępującego wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. W konsekwencji powyższej argumentacji zarzut z odwołania nie zasługiwał na uwzględnienie.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp Izba wskazuje, że przesłanka ta aktualizuje się w sytuacji, w której wykonawca został wezwany przez zamawiającego w trybie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu. Dopiero w przypadku, gdy wykonawca wezwany, nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia, zamawiający zobowiązany jest do odrzucenia takiej oferty. Tym samym nie może zostać uznany za zasadny zarzut naruszenia przepisu, co do którego nie wypełniły się procedury poprzedzające możliwość jego zastosowania.

Izba uznała również za bezpodstawny zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Rację należy przyznać Zamawiającemu, że Odwołujący nie powołał w ramach podstawy faktycznej zarzutu twierdzeń wyjaśniających źródło tego zarzutu, w szczególności nie zostało wskazane na czym zdaniem Odwołującego miałyby polegać rzekoma niezgodność oferty Seris Konsalnet Cleaning Sp. z o.o. z warunkami zamówienia. Odwołujący ograniczył się jedynie do wskazania, że oferta najkorzystniejsza jest niezgodna z warunkami zamówienia, gdyż nie zawiera wymaganych kosztów zatrudnienia na podstawie umowy o pracę. Izba zwraca uwagę, że Zamawiający określił w SWZ rodzaj czynności związanych z realizacją przedmiotowego zamówienia, których dotyczą wymagania zatrudnienia na podstawie stosunku pracy przez wykonawcę lub podwykonawcę osób wykonujących czynności w trakcie realizacji zamówienia. Zamawiający nie wymagał przy wykonywaniu przez wykonawcę usług utrzymania terenów zielonych oraz odśnieżania powierzchni dachów zatrudnienia na podstawie stosunku pracy. Katalog usług objętych wymogiem zatrudnienia pracowników na umowę o pracę określony został w Rozdziale IV ust. 7 ppkt 1) specyfikacji warunków zamówienia oraz we wzorze umowy, stanowiącym załącznik nr 4.1 do SWZ dla części Nr 1-8 i 10-14.

Tym samym wobec powyższych ustaleń podlegał oddaleniu także zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 16 pkt 1 ustawy Pzp, a mianowicie naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Według ustaleń Izby wybór najkorzystniejszej oferty dokonany został zgodnie z przepisami ustawy Pzp oraz postanowieniami specyfikacji warunków zamówienia.

KIO 1130/22

W ocenie Izby, w okolicznościach przedmiotowej sprawy, zasadnym jest przedstawienie uwag natury ogólnej, odnoszących się do wymogów formalnych odwołania, określonych przepisami ustawy Pzp. Izba wskazuje, że stosownie do treści art. 516 ust. 1 ustawy Pzp odwołanie powinno wskazywać czynność lub zaniechanie czynności zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, określać żądanie oraz wskazywać okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania. Tym samym należy podkreślić, że właśnie określone w ww. przepisie wymogi konstrukcyjne odwołania przesądzają, że treść zarzutu nie jest ograniczona wyłącznie do twierdzeń zawartych we wstępnej części odwołania (*petitum*), a dotyczy również okoliczności faktycznych zawartych w sformułowanej przez odwołującego argumentacji.

Odwołanie powinno wyrażać zastrzeżenia wobec dokonanych przez zamawiającego czynności lub zaniechań, co oznacza obowiązek zaprezentowania przez odwołującego nie tylko podstawy prawnej takich zastrzeżeń, ale przede wszystkim argumentacji odnoszącej

się do postulowanej oceny. Oznacza to zatem konieczność odniesienia się do elementów stanu faktycznego, jak również podjętych czynności lub zaniechań zamawiającego w taki sposób, który pozwoli na uznanie, że podniesione zostały konkretne zarzuty wobec tych czynności lub zaniechań przypisanych zamawiającemu (tak Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 26 czerwca 2017 r. sygn. akt: KIO 1187/17). Podsumowując powyższe Izba stwierdza, że to na wykonawcy, będącym profesjonalistą, spoczywa ciężar przedstawienia w treści odwołania jasnych i szczegółowych zarzutów zbudowanych z dwóch warstw, tj. prawnej i faktycznej, które wyznaczają granice rozstrzygnięcia Izby, która może orzekać wyłącznie w zakresie zarzutów zawartych w odwołaniu.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba wskazuje, że w zakresie zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, Odwołujący ograniczył się do ogólnego stwierdzenia, że oferta złożona przez Przystępującego jest niezgodna z warunkami zamówienia, gdyż nie zawiera wymaganych kosztów zatrudnienia na podstawie umowy o pracę. Odwołujący nie sformułował jednak w dalszej treści odwołania twierdzeń odnośnie tego, które konkretnie w tym zakresie warunki i w jaki sposób Przystępujący miałby je naruszyć lub dlaczego jego zdaniem stawki jednostkowe za miesięczne sprzątnięcie 1 m² powierzchni pomieszczeń eksploatacyjnych i zaplecza placówek pocztowych oraz za miesięczne sprzątnięcie 1 m² powierzchni pomieszczeń sanitarnych oraz ciągów komunikacyjnych zaoferowane przez Przystępującego Amlux nie zawierają któregoś z „wymaganych” kosztów, wreszcie jaki jest to zdaniem Odwołującego koszt. Ponadto, jak już było stwierdzone katalog usług objętych wymogiem zatrudnienia pracowników na umowę o pracę określony został w Rozdziale IV ust. 7 ppkt 1) SWZ oraz we wzorze umowy stanowiącym załącznik nr 4.1 do SWZ tożsamym dla części Nr 1-8 i 10-14. Między innymi, zgodnie z § 1 ust. 10 pkt 2 i 3 powyższego wzoru umowy, nie wszystkie czynności dotyczące sprzątnięcia pomieszczeń eksploatacyjnych i zaplecza placówek pocztowych oraz czynności dotyczące sprzątnięcia pomieszczeń sanitarnych oraz ciągów komunikacyjnych (w tym wind osobowych i towarowych) wymagały zatrudnienia na podstawie stosunku pracy osób wykonujących czynności, niektóre z tych czynności zostały wprost wyłączone.

Izba nie znalazła też podstaw do uwzględnienia zarzutu naruszenia art. 224 ust. 1 ustawy Pzp. W treści odwołania próżno szukać argumentacji na poparcie tezy jakoby Zamawiający miał obowiązek wezwać Przystępującego do złożenia wyjaśnień dotyczących ceny oferty. W rozpoznawanej sprawie, mając na uwadze ciężar dowodu, który w zakresie ww. zarzutu nie ulega zmianie i pozostaje w klasycznym ujęciu, to Odwołujący winien był wykazać, że cena Przystępującego powinna wydawać się rażąco niska Zamawiającemu i budzić jego wątpliwości.

Izba uznała również za bezpodstawny zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego, pomimo że oferta ta zawiera rażąco niską cenę. Wskazać należy, że zastosowanie sankcji wynikającej z ww. przepisu możliwe jest dopiero w momencie ustalenia przez Zamawiającego, że cena oferty danego wykonawcy zawiera cenę rażąco niską. To zaś możliwe jest dopiero po wezwaniu wykonawcy przez Zamawiającego do złożenia wyjaśnień dotyczących ceny oferty i jej istotnych części składowych.

Nie doszło również do naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, zgodnie z którym zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Odwołujący, stawiając przedmiotowy zarzut, winien udowodnić, iż kwestionowana oferta nosi znamiona czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Tymczasem Odwołujący, wskazuje jedynie jakoby Przystępujący zastosował „zabieg polegający na przerzuceniu części kosztów z poz. 2 i 3 Formularza cenowego do innych pozycji Formularza cenowego, pozwalających na zastosowanie obniżonych stawek podatku VAT, tj. do: Poz. 9 Formularza cenowego – powierzchnia zewnętrzna utwardzona wymagająca sprzątnięcia codziennego, Poz. 10 Formularza cenowego - powierzchnia zewnętrzna utwardzona wymagająca sprzątnięcia jeden raz w tygodniu, Poz. 12 Formularza cenowego - tereny zielone”. Odwołujący nie wykazał związku przyczynowego pomiędzy wysokością stawek we wskazywanych przez niego pozycjach 2 i 3 Formularza cenowego a wysokością stawek w pozycjach 9, 10 oraz 12 Formularza cenowego.

Zgodnie z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku, o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2020 r. poz. 1913 ze zm.) czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. W art. 15 ust. 1 pkt 1 ww. ustawy dookreślono, iż czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców.

Jak słusznie wskazała Izba w wyroku z dnia 9 października 2017 roku, sygn. akt KIO 2028/17, *Przepis art. 15 ust. 1 pkt 1 ZNKU wymaga, aby określony przedsiębiorca podejmował szereg działań stwarzających innym uczestnikom obrotu przeszkody w prowadzeniu działalności gospodarczej (tak bowiem należy tłumaczyć użyte sformułowanie „utrudnianie”) oraz aby ich celem było wyeliminowanie konkurenta, co z kolei zakłada działanie z powziętym z góry zamiarem. W konsekwencji za wątpliwe uznać należy jakoby*

samo złożenie w określonym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oferty tańszej od innego przedsiębiorcy wyczerpywało ww. znamiona.

W ocenie Izby, Odwołujący stawiając powyższy zarzut w żaden sposób nie udowodnił ustawowych przesłanek, które muszą być spełnione kumulatywnie, tj. nie udowodnił, że działanie Przystępującego nosi znamiona czynu nieuczciwej konkurencji, a złożenie oferty stanowi zakazaną praktykę utrudniania, mającą na celu eliminację innych przedsiębiorców. Tym bardziej, że pod ocenę może być brana tylko cena całkowita oferty, a nie jej wybrane elementy. Samo zaniżenie ceny oferty, jak i niedoszacowanie kosztów poszczególnych części składowych zamówienia, nie jest wystarczające do uznania popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji.

Okoliczność, iż cena całkowita oferty Przystępującego jest porównywalna do cen innych ofert, nie może stanowić podstawy do uznania, iż złożenie takiej oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Nie ma też możliwości, aby stwierdzić, że oferta została złożona w celu wyeliminowania konkurencji, albowiem w ocenie Izby, stanowi jedynie o fakcie odmiennego skalkulowania kosztów takiej usługi - odmiennie niż Odwołujący.

Pozostałe zarzuty odwołania Izba również uznała za niezasadne stwierdzając, iż Zamawiający prawidłowo dokonał czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, a postępowanie prowadzone jest z zachowaniem zasad wynikających z art. 16 ustawy Pzp. Tym samym nie doszło do naruszenia przepisów wskazanych przez Odwołującego w odwołaniu.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy 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), ze szczególnym uwzględnieniem § 5 pkt 2 ww. rozporządzenia. Zgodnie ze wskazanym przepisem Izba o uzasadnionych kosztach stron postępowania odwoławczego orzeka wyłącznie na podstawie rachunków lub spisu kosztów, złożonych do akt sprawy. Przedłożenie zatem tylko ustnego wniosku Zamawiającego dotyczącego kosztów związanych z wynagrodzeniem pełnomocnika nie spełnia tego wymagania i tym samym Izba nie uwzględniła wnioskowanych przez Zamawiającego kosztów.

Przewodniczący:

