

Sygn. akt: KIO 2151/20

WYROK

z dnia 30 września 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Bartosz Stankiewicz

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 września 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 31 sierpnia 2020 r. przez wykonawcę **Zakłady Usługowe „Wschód” Sp. z o.o.** z siedzibą w Lublinie przy ul. Gazowej 6 (20-406 Lublin) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Agencję Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa Lubelski Oddział Regionalny** z siedzibą w Elizówce pod numerem 65A (21-003 Ciecierzyn)

przy udziale wykonawcy **SKAREM Sp. z o.o.** z siedzibą w Stalowej Woli przy ul. 1 sierpnia 24 (37-450 Stalowa Wola), zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu dotyczącego czynności zaniechania odrzucenia oferty wybranego wykonawcy dla części nr 1 zamówienia z powodu rażąco niskiej ceny i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie części nr 1 zamówienia, powtórzenie w tej części czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty wykonawcy SKAREM Sp. z o.o. z siedzibą w Stalowej Woli na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.).
2. W pozostałym zakresie oddala odwołanie.
3. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego **Agencję Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa Lubelski Oddział Regionalny** z siedzibą w Elizówce i:
 - 3.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez wykonawcę

Zakłady Usługowe „Wschód” Sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie tytułem wpisu od odwołania;

- 3.2. zasądza od zamawiającego **Agencji Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa Lubelski Oddział Regionalny** z siedzibą w Elizówce na rzecz wykonawcy **Zakładów Usługowych „Wschód” Sp. z o.o.** z siedzibą w Lublinie kwotę w wysokości 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), stanowiącą koszty strony poniesione z tytułu 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 Lublinie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Agencja Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa Lubelski Oddział Regionalny z siedzibą w Elizówce zwana dalej: „zamawiającym”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. *Prawo zamówień publicznych* (t.j. - Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) zwanej dalej: „Pzp” w trybie przetargu nieograniczonego, pn.: *Usługi kompleksowego utrzymania czystości w lokalach użytkowanych przez biura Lubelskiego Oddziału Regionalnego ARiMR i całorocznego utrzymania terenu w nieruchomościach biur Powiatowych ARiMR w Hrubieszowie. Krasnymstawie oraz Tomaszowie Lubelskim* (znak sprawy: BOR 03.2610.2.2020.AP), zwane dalej „postępowaniem”, które zostało podzielone na cztery części.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 4 czerwca 2020 r., pod numerem 2020/S 107-259515.

Szacunkowa wartość zamówienia, którego przedmiotem są usługi, przekraczała kwotę wskazaną w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

W dniu 31 sierpnia 2020 r. wykonawca Zakłady Usługowe „Wschód” Sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie (zwany dalej: „odwołującym”) wniósł odwołanie, wobec następujących czynności i zaniechań zamawiającego w ramach części 1 zamówienia:

- czynności oceny ofert i wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Skarem Sp. z o.o. z siedzibą w Stalowej Woli;
- zaniechania odrzucenia oferty Skarem Sp. z o.o. z siedzibą w Stalowej Woli.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 3 w zw. z art. 90 ust. 1a pkt. 1 i art. 90 ust. 1 Pzp – przez zaniechanie odrzucenia oferty Skarem Sp. z o.o. z siedzibą w Stalowej Woli pomimo, że oferta tego wykonawcy zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, co potwierdzają wyjaśnienia, które zostały udzielone przez tego wykonawcę;
- 2) art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp – przez zaniechanie wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia Skarem Sp. z o.o. z siedzibą w Stalowej Woli pomimo braku wskazania przez Skarem Sp. z o.o. spełniania warunków udziału w postępowaniu polegającego na wykazaniu co najmniej 2 usług sprzątnia powierzchni

wewnętrznych, z których każda trwa/trwała co najmniej 12 miesięcy w ramach jednego kontraktu, każda o wartości nie mniejszej niż 140 000zł brutto i powierzchni sprzątnięcia w każdej wykazanej usłudze minimum 4 000 m²;

- 3) art. 26 ust. 3 Pzp – przez zaniechanie wezwania Skarem Sp. z o.o. do uzupełnienia, poprawienia lub do udzielenia wyjaśnień w zakresie dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 1 – w sytuacji, gdy złożone przez Skarem Sp. z o.o. dokumenty nie potwierdzają spełnienia warunku udziału w postępowaniu;
- 4) art. 91 ust. 1 oraz art. 7 ust. 1 i 3 Pzp przez uznanie za najkorzystniejszą ofertę Skarem Sp. z o.o., mimo że nie jest to oferta najkorzystniejsza spośród ofert niepodlegających odrzuceniu.

Wobec powyższego, odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

- unieważnienie czynności wyboru oferty Skarem Sp. z o.o. z siedzibą w Stalowej Woli jak najkorzystniejszej;
- dokonania ponownego badania i oceny ofert;
- odrzucenie oferty Skarem Sp. z o.o. z siedzibą w Stalowej Woli na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4;
- wybór oferty najkorzystniejszej, tj. oferty odwołującego;
- zwrot kosztów wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3 600 zł – w przypadku jego ustanowienia celem reprezentowania odwołującego przed KIO, kosztów opłaty skarbowej od pełnomocnictw, zwrot kosztów wpisu postępowania odwoławczego oraz zwrot kosztów przejazdu do KIO w wysokości 300 zł.

Odwołujący wskazał, że posiada interes do wnoszenia środków ochrony prawnej zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp, ponieważ odrzucenie oferty wykonawcy Skarem Sp. z o.o. dawałoby mu szansę na uzyskanie zamówienia i podpisanie umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz wykonywania zamówienia. Gdyby nie zaniechanie odrzucenia oferty Skarem Sp. z o.o., jego oferta byłaby ofertą najkorzystniejszą w świetle przyjętych kryteriów oceny ofert. Wypełnione zostały zatem materialnoprawne przesłanki do rozpoznania odwołania, wynikające z treści art. 179 ust. 1 Pzp.

W uzasadnieniu odwołujący wskazał, że szczegółowy opis przedmiotu zamówienia został zawarty w Rozdziale I.2.2.1. specyfikacji istotnych warunków zamówienia (zwanej

dalej: „SIWZ”) – zgodnie z jego treścią przedmiotem części 1 zamówienia jest świadczenie usługi kompleksowego utrzymania czystości w lokalach Lubelskiego Oddziału Regionalnego ARiMR i 17 podległych biur powiatowych. Łączna powierzchnia wewnątrz lokali poddana czynnościom codziennego utrzymania czystości wynosi 11 082,96 m², zaś powierzchnia poddana czynnościom wykonywanym wyłącznie raz w kwartale wynosi 2 945,55 m². Usługa kompleksowego utrzymania czystości w lokalach Lubelskiego Oddziału Regionalnego ARiMR i 17 podległych biur powiatowych obejmuje m. in. sprzątanie powierzchni płaskich wraz z umeblowaniem i wyposażeniem zajmującym te powierzchnie, dezynfekcję strefy dotykowej tj. klamek i wyłączników oświetlenia, dezynfekcję elementów wyposażenia sali obsługi beneficjentów, pranie wykładzin podłogowych i mycie okien wraz z ramami i parapetami wraz z wykładaniem środków higienicznych w łazienkach, toaletach i pokojach socjalnych (ręczniki papierowe, mydło w płynie, papier toaletowy, środki zapachowe). Zgodnie z SIWZ wykonawca będzie wykonywał usługę przy użyciu własnego sprzętu oraz własnych środków czystości i środków higienicznych. Wykonawca musi zapewnić ciągłą dostępność i możliwość korzystania ze środków higienicznych (mydło w płynie, papier toaletowy, ręczniki papierowa). Wykonawca zobowiązany będzie także do wykonywania usługi kompleksowego utrzymania czystości z należytą starannością w każdy dzień pracy urzędu i w godzinach pracy ARiMR, tj. w godzinach 7:30 – 15:30. Zamawiający w załączniku nr 6 do SIWZ określił szczegółowy opis czynności składający się na usługę kompleksowego utrzymania czystości. Zamawiający opisał również szczegółowe wymagania w zakresie środków czystości, chemicznych i artykułów higienicznych. Nie podał jednak szacunkowej ilości środków, których koszt zużycia powinien zostać przewidziany przez wykonawców w cenie oferty. Z tego względu każdy z wykonawców powinien był obliczyć wymaganą ilość środków przy uwzględnieniu podanych przez zamawiającego wartości wielkości powierzchni, zatrudnionych pracowników, zakładanej ilości osób korzystających z obiektów, własnego doświadczenia oraz obiektywnych okoliczności związanych z zapobieganiem rozprzestrzeniania się COVID 19.

W dniu 19 sierpnia 2020 r. zamawiający poinformował o wyborze najkorzystniejszej oferty dla części nr 1, którą była oferta złożona przez Skarem Sp. z o.o. z siedzibą w Stalowej Woli. Przy ocenie ofert zamawiający kierował się poniższymi kryteriami: część nr 1: cena – 60%, zatrudnienie przy realizacji zamówienia osób niepełnosprawnych – 20%, doświadczenie personelu – 20%. Szczegółowy opis kryteriów został przedstawiony w Rozdziale XI SIWZ.

Odwołujący wskazał, że zamawiający na jego wniosek z dnia 19 sierpnia 2020 r. udostępnił mu w dniu 21 sierpnia 2020 r. ofertę i wyjaśnienia dotyczące obliczenia ceny złożone przez

Skarem Sp. z o.o. Po weryfikacji otrzymanych dokumentów odwołujący ponownie zwrócił się do zamawiającego w dniu 26 sierpnia 2020r. z zapytaniem o potwierdzenie, czy otrzymana dokumentacja jest kompletna, co zostało potwierdzone przez zamawiającego (w dniu 28 sierpnia 2020 r.) w prowadzonej korespondencji.

Jak wyjaśnił odwołujący zgodnie z treścią oferty uznanej przez zamawiającego za najkorzystniejszą, tj. Skarem Sp. z o.o. – w celu realizacji zamówienia – wykonawca ten zamierza zatrudnić łącznie 22 pracowników (w tym 21 pracowników niepełnosprawnych) w łącznym wymiarze 13,7 etatu. Cena oferty Skarem Sp. z o.o. wynosi 1 380 026,64 zł brutto (świadczenie usługi przez 24 miesiące) – cena za miesiąc to 57 501,11 zł brutto (46.748 87 netto) za świadczenie usług w zakresie części nr 1. Zgodnie ze złożonym przez Skarem Sp. z o.o. w ofercie oświadczeniem, w cenie oferty zostały uwzględnione wszystkie koszty wykonania zamówienia określonego w SIWZ.

W związku z faktem, iż zaoferowana przez Skarem Sp. z o.o. cena była niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, pismem z dnia 15 lipca 2020 r. zamawiający na podstawie art. 90 ust. 1 w zw. z art. 90 ust. 1a pkt 1) Pzp – wezwał Skarem Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów dotyczących wyliczenia ceny za przedmiot zamówienia z uwagi na fakt, że wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami sformułowanymi przez zamawiającego. W treści wezwania zamawiający wskazał iż oczekuje wyjaśnienia w szczególności jakie czynniki, elementy i okoliczności złożyły się na wysokość ceny i w jaki sposób dokonano ich kalkulacji oraz skąd wynika tak niska cena. Za istotną część składową zaoferowanej ceny lub kosztu uznać należało według zamawiającego m. in koszty pracy. W celu zweryfikowania poprawności dokonanej przez wykonawcę kalkulacji ceny, zamawiający zwrócił uwagę, że wyjaśnienia powinny być wyczerpujące, konkretne, przekonujące, ujawniające najważniejsze składniki cenotwórcze, jak przykładowo koszt pracowników, zaangażowania odpowiedniego sprzętu, czy wreszcie marże wykonawcy – zastrzegając, że w przeciwnym wypadku wyjaśnienia tę będą miały jedynie charakter iluzorycznych i nie będą stanowiły wyjaśnienia elementów oferty, mających wpływ na wysokość cen. Zamawiający wskazał na konieczność uwzględnienia czy zachodzą w przypadku Skarem Sp. z o.o.: oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy, oryginalność projektu wykonawcy, wpływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów bądź też zachodzą okoliczności wynikające z przepisów prawa pracy i przepisów

o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie, okoliczności wynikające z przepisów prawa ochrony środowiska lub powierzenie wykonania części zamówienia podwykonawcy. Zamawiający wskazał, że w ramach składanych wyjaśnień wykonawca powinien przedłożyć dowody, które uzasadniają przyjętą wycenę przedmiotu zamówienia, pouczając jednocześnie, że zgodnie z art. 90 ust. 3 Pzp odrzuci ofertę w przypadku nieudzielenia wyjaśnień w wyznaczonym terminie lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdzi, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Odwołujący stwierdził, że wyjaśnienia wykonawcy, udzielone w trybie art. 90 ust. 1 Pzp, nie mogą mieć charakteru ogólnego, nie mogą ograniczać się do zapewnienia, że wykonawca będzie w stanie zrealizować zamówienie za podaną w ofercie cenę. Wykonawca, wezwany do udzielenia wyjaśnień, jest zobowiązany szczegółowo wskazać konkretne, dające się zweryfikować czynniki umożliwiające mu skalkulowanie ceny lub kosztu na niskim poziomie. Ponadto wykonawca powinien przedstawić w jakim stopniu dany czynnik wpłynął na obniżenie ceny. Skarem Sp. z o.o. powinna była zatem przedstawić kompleksowe, wyczerpujące, konkretne i poparte dowodami wyjaśnienia świadczące o tym, że cena złożonej przez nią oferty nie jest rażąco niska, zaś koszty, które się na nią złożyły mają charakter rzeczywisty i zostały skalkulowane na podstawie realnych, rynkowych stawek. Tymczasem, w odpowiedzi na wezwanie z dnia 15 lipca 2020 r. (w dniu 16 lipca 2020 r.) Skarem Sp. z o.o. udzieliła zamawiającemu odpowiedzi, ograniczającej się zaledwie do 3 krótkich akapitów. W wyjaśnieniach zamieściła tabelę, w której znajdują się pozycje kosztowe składające się na oszacowaną cenę, jednak nie wyjaśniła z czego wynikają poszczególne kwoty i w jaki sposób zostały one skalkulowane. Co najistotniejsze, do treści wyjaśnień Skarem Sp. z o.o. nie dołączyła również żadnych dowodów, które potwierdzałyby lub uprawdopodobniałyby treść wyjaśnień i które pozwoliłyby na zweryfikowanie z czego wynikają poszczególne wartości wskazane w tabeli „kalkulacja cenowa” i w jaki sposób ukształtowany został ich poziom. Złożona przez Skarem Sp. z o.o. odpowiedź ma charakter niezwykle lakoniczny, ogólnikowy i oderwany od wskazywania konkretnych stawek i cen, kosztów, wyliczeń, które umożliwiłyby weryfikację zasadności wskazanej ceny ofertowej przez zamawiającego oraz pozostałych wykonawców. Należy w tym miejscu zaznaczyć, że treść wyjaśnień wykonawcy składanych w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego skierowane w trybie art. 90 ust. 1 Pzp jest uzależniona od brzmienia samego wezwania. Ocena postawy wykonawcy przyjętej w wyjaśnieniach jest więc częściowo zależna od działań zamawiającego. Dlatego też, mając na uwadze treść wezwania zamawiającego

należy uznać, iż Skarem Sp. z o.o. nie zadośćuczyniła wymogom wezwania i nie odniosła się w zasadzie do żadnego zagadnienia poruszonego przez zamawiającego. Zdaniem odwołującego treść pisma Skarem Sp. z o.o. miała charakter jedynie życzeniowym i opiera się na wizji „optymistycznego scenariusza”, zamiast odwoływać się do racjonalności i dowodów. Co więcej, zdaniem odwołującego lektura wyjaśnień Skarem Sp. z o.o. nie mogła dostarczyć zamawiającemu odpowiedzi ani na pytania zadane przez niego w treści wezwania, ani też w kwestii innych zagadnień, mogących uzasadnić choć w najmniejszym stopniu fakt przyjęcia przez Skarem Sp. z o.o. ceny niższej aż o 42% od wartości zamówienia powiększanej o należny podatek VAT ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie art.35 ust. 1 Pzp.

Jak wskazał odwołujący w treści wyjaśnień, Skarem Sp. z o.o. wskazała iż jest zakładem pracy chronionej, przy czym nie poparła tego twierdzenia żadnym dowodem. Zaznaczyła tylko, iż z tego tytułu *koszty zatrudnienia pracowników niepełnosprawnych są znacząco niższe w porównaniu do innych firm, które nie posiadają statusu ZPCH*. Odwołujący zaznaczył, że wyższe dofinansowanie do pensji niepełnosprawnych pracowników z PFRON było tylko do dnia 1 kwietnia 2014 r., bo po tym terminie dofinansowania na rynku otwartym i chronionym zostały zrównane. Ponadto Skarem Sp. z o.o., nie przedstawiła wyliczeń dotyczących wysokości wynagrodzenia pracowników w rozbiciu na poszczególnych pracowników. W oparciu o treść wyjaśnień, nie sposób zweryfikować w jaki sposób Skarem Sp. z o.o. obliczyła wysokość składek ZUS na poziomie 513,24 zł, wynagrodzenia należnego za czas urlopu na poziomie 444,75 zł oraz wysokość kosztów związanych z zastępstwem urlopowym na poziomie 62,26 zł i czy przy tych kalkulacjach uwzględniona została okoliczność, że osobom posiadającym orzeczenie o niepełnosprawności przysługuje dodatkowy urlop wypoczynkowy w wymiarze 10 dni. Należy w tym miejscu podkreślić, iż 21 z 22 pracowników skierowanych do pracy przy realizacji niniejszego zamówienia, zgodnie z deklaracją Skarem Sp. z o.o. w formularzu oferty to osoby z orzeczoną niepełnosprawnością, dlatego można przyjąć iż cały zespół dedykowany do realizacji usług to osoby niepełnosprawne. Rodzi to pewne komplikacje związane z wykonywaniem przez te osoby prac np. mycie okien, pranie wykładzin czy niektórych innych czynności. Z uwagi na to, że osoby niepełnosprawne ze względu na swoje ograniczenia zdrowotne (przeciwskazania zawarte w orzeczeniu lekarskim) niejednokrotnie nie są w stanie wykonać pewnych prac m.in. prac na wysokościach. Zgodnie z przepisami każda praca, podczas której różnica poziomów między stanowiskiem a posadzką wynosi od 1 metra wzwyż, to praca na wysokości. Spółka Skarem w swojej kalkulacji cenowej nie ujęła pozycji kosztów związanych z zatrudnieniem

dodatkowych pracowników do ww. czynności. Wyliczenia dotyczą wyłącznie kosztów zatrudnienia osób do podstawkowych czynności sprzątanania w ilości łącznie 13,7 etatów, co stanowi tylko niezbędne minimum do podstawowej obsługi przedmiotu zamówienia (bez prac okresowych). Skarem Sp. z o.o. nie wskazała na ewentualnie inną możliwość ograniczającą koszty w tym zakresie. Odwołujący dodał przy tym, że z treści wyjaśnień nie wynika jakie koszty związane z zatrudnieniem przypadają na poszczególnych pracowników, a przecież wiadomym jest, że koszty te będą się różniły w zależności od tego w jakim stopniu pracownik jest osobą niepełnosprawną. W treści wyjaśnień Skarem Sp. z o.o. wskazała, że „zakłada” zatrudnienie osób posiadających orzeczenie o niepełnosprawności. Już sam fakt, że wykonawca na etapie kalkulacji ceny operuje pewnym zakresem osób niepełnosprawnych, które zamierza dopiero zatrudnić w celu realizacji zamówienia, wskazuje na to, że ma to wyłącznie charakter pewnego założenia, możliwości, która nie ma charakteru pewnego. Wskazana wyżej okoliczność jest o tyle istotna, że Skarem Sp. z o.o. wywodzi z niej podstawę do pomniejszenia ceny ofertowej o kwotę aż 336 600 zł netto (14 025,00 zł x 24 miesiące), którą przewiduje dopiero otrzymać z tytułu dofinansowania do wynagrodzeń pracowników niepełnosprawnych. W tym kontekście ważne jest podkreślenie, że wykonawca może uzasadniać niższe koszty pracy pomocą publiczną, która została mu przyznana, a nie zamiarem ubiegania się o takie o taką pomoc, jedynie w takim przypadku możliwe jest definitywne ustalenie udziału wykonawcy w ponoszeniu kosztów wynagrodzenia pracowników. Informacja ta jest niezbędna dla zamawiającego w procesie oceny rażąco niskiej ceny. Tymczasem, przyznanie dofinansowania, o którym mowa w art. 26a ust. 1 ustawy z dnia 27 sierpnia 1997 r. o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych (t.j. Dz. U. z 2016 r. poz. 2046, zwanej dalej: „u.r.z.o.n”) nie ma charakteru automatycznego, w szczególności zgodnie z art. 26a ust. 1a u.r.z.o.n. miesięczne dofinansowanie nie przysługuje pracodawcy zatrudniającemu co najmniej 25 pracowników w przeliczeniu na pełny wymiar czasu pracy i nieosiągającemu wskaźnika zatrudnienia osób niepełnosprawnych w wysokości co najmniej 6%.

Jak zwrócił uwagę odwołujący Skarem Sp. z o.o. w treści wyjaśnień w żaden sposób nie wykazała, że taka okoliczność nic zachodzi w stosunku do jej przedsiębiorstwa, przede wszystkim jednak nie wykazała, że rzeczywiście zatrudnia 21 osób niepełnosprawnych dedykowanych do wykonywania przedmiotu zamówienia, a także że uzyskuje w stosunku do tych osób zakładane na etapie kalkulacji ceny oferty dofinansowanie z PFRON. Skarem Sp. z o.o. nie przedstawiła i nie dołączyła do złożonych wyjaśnień żadnych dokumentów potwierdzających otrzymanie dofinansowania, np. listy pracowników będących osobami

niepełnosprawnymi, którzy zostaną skierowani do realizacji zamówienia wraz z dowodami, że te osoby są przez spółkę faktycznie zatrudniane, oraz – na dowód otrzymywania dofinansowania z PFRON – miesięcznych informacji o wynagrodzeniach, zatrudnieniu, stopniach i rodzaju niepełnosprawności pracowników niepełnosprawnych. Szczegółowe zasady ubiegania się o przyznanie dofinansowania, zasady dotyczące jego wypłaty oraz dokumenty, które są z tym związane, zostały szczegółowo opisane w u.r.z.o.n. oraz rozporządzeniu z dnia 22 czerwca 2016 roku w sprawie miesięcznego dofinansowania do wynagrodzeń pracowników niepełnosprawnych (Dz. U. z 2016 r. poz. 951).

Odwołujący wskazał, że przepis art. 90 ust. 1 pkt 2 Pzp stanowi o już udzielonej pomocy publicznej (do której należy zaliczyć otrzymywane przez przedsiębiorców dofinansowanie z Państwowego Funduszu Rehabilitacji Osób Niepełnosprawnych), a nie tej, która ma jedynie charakter potencjalny. Wyjaśnienia złożone przez Skarem Sp. z o.o. nie potwierdzają, że wykonawca uzyskał dofinansowanie do wynagrodzenia dla osób, które mają być skierowane przez niego do realizacji zamówienia – dlatego też całkowicie bezpodstawnym i nie mającym potwierdzenia w stanie rzeczywistym było pomniejszenie przez Skarem sp. z o.o. ceny ofertowej o kwotę 336 600 zł netto.

Niezależnie od powyższego odwołujący podniósł, że w treści wyjaśnień Skarem Sp. z o.o. nie wskazuje w jaki sposób skalkulowała wysokość dofinansowania na łączną kwotę 14 025,00 zł miesięcznie (tj. 336 600 zł w skali 24 miesięcy trwania umowy), nie wskazuje również żadnych informacji, które pozwalałyby na samodzielne zweryfikowanie prawidłowości wskazanej kwoty poprzez podanie liczby pracowników, która miałyby skorzystać z dofinansowania oraz wskazanie stopnia niepełnosprawności, którym każdy z nich się legitymuje (lekki, umiarkowany czy znaczny). Ponadto dalsza część złożonych przez Skarem Sp. z o.o. wyjaśnień sprowadzająca się w istocie do przedstawienia tabeli zawierającej składniki ceny ofertowej, tylko potwierdza powzięte podczas badania ofert przekonanie, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, gdyż poszczególne pozycje kosztowe nie odpowiadają realnym, rynkowym stawkom, a niektóre koszty nie zostały w ogóle ujęte. Wysoce wątpliwym jest aby ubezpieczenie firmy oraz koszty administracyjne wiązały się z wydatkiem w wysokości zaledwie 124,89 zł miesięcznie. Koszty pośrednie, jakimi są koszty administracji dla spółki kapitałowej, w tym przypadku spółki z ograniczoną odpowiedzialnością to koszty, które mają udział w pokryciu kosztów funkcjonowania przedsiębiorstwa (koszty utrzymania zarządu, innych komórek organizacyjnych, koszty administracyjno-gospodarcze, koszty utrzymania oddziałów, koszty materiałów biurowych itp.), dlatego ta kwota jest wyjątkowo nierealna, biorąc pod uwagę

strukturę organizacyjną Skarem Sp. z o.o. Wykonawca nie wykazał zresztą żadnym dokumentem wysokości tak niskich kosztów administracyjnych. Nie jest również możliwe, aby zlecenie usługi mycia okien na zwyższe podwykonawcy wiązało się z kosztem w wysokości 121,10 zł miesięcznie, pomijając już sam fakt braku udowodnienia tej okoliczności. Skarem Sp. z o.o. nie wykazała również podstaw do wyliczenia średniego miesięcznego zużycia środków higienicznych oraz środków czystości na poziomie 8 456 zł miesięcznie. Niezależnie od braku przedstawienia szczegółowych kalkulacji które wyjaśniałyby skąd wzięły się kwoty wskazane w tabeli, Skarem Sp. z o.o. nie przedstawiła żadnego dowodu pozwalającego na ich zweryfikowanie.

Odwołujący wyjaśnił, że uzasadniając sposób wyliczenia ceny oferty w treści wyjaśnień Skarem Sp. z o.o. powołała się m.in. na posiadane przez siebie długoletnie doświadczenie, konkurencyjne ceny oraz profesjonalne podejście do wykonywanych usług które doprowadziły do dynamicznego rozwoju firmy. Dodatkowo wskazała na „zindywidualizowane podejście do Zamawiającego”, które pozwoliło zaoferować cenę na poziomie najniższym w stosunku do konkurencji. Skarem Sp. z o.o. nie wskazała jednak w jaki sposób te nie zawierające żadnej merytorycznej treści i nie poparte żadnym dowodem twierdzenia miałyby wpłynąć na wysokość ceny.

Zdaniem odwołującego wyjaśnienia wykonawcy składane w trybie art. 90 ust. 1 i 1a Pzp, zamawiający powinien badać nie tylko poprzez zsumowanie podanych w nim kwot, ale i poprzez realność poczynionych założeń co do czasochłonności pracy, co do rzeczywistości i zgodności z prawem stawek wynagrodzenia oraz do realnego kosztu czynności do zrealizowania celem osiągnięcia przedmiotu zamówienia. Treść złożonych wyjaśnień nie dawała zamawiającemu podstaw do uznania, że wykonawca Skarem Sp. z o.o. wykazała, iż jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia. Przeciwnie, wyjaśnienia te wprost potwierdzają, że zaoferowana przez nią cena ma taki charakter, gdyż wskazane w wyjaśnieniach kwoty cząstkowe są po pierwsze oderwane od realiów rynkowych, a po drugie nie poparte żadnymi dowodami. W związku z powyższym, treści odpowiedzi złożonej przez Skarem Sp. z o.o. nie można było uznać za wyjaśnienia składane przez wykonawcę w trybie art. 90 ust. 1a Pzp, gdyż nie spełniała ona wymagań określonych w art. 90 ust. 1 Pzp i nie pozwalała zamawiającemu na dokonanie oceny w takim zakresie, jak wynika to z art. 90 ust. 2 Pzp. W konsekwencji, oferta złożona przez Skarem Sp. z o. o powinna była zostać w opinii odwołującego, przez zamawiającego odrzucona.

Odwołujący definitywnie podniósł, iż kalkulacja cenowa Skarem Sp. z o. o jest iluzoryczna

(używając sformułowania zamawiającego użytego w wezwaniu do wyjaśnień rażąco niskiej ceny), bo nie poparta żadnymi, dowolnymi dowodami, niekompletna, bo nie uwzględnia wszystkich kosztów wytworzenia usługi (kosztów logistyki, kosztów nadzoru, kosztów zastępstw związanych z absencjami chorobowymi, kosztów zatrudnienia dodatkowych osób do prac okresowych), nierealna i nierzetelna, bo kwoty podane w kalkulacji są nierzeczywiste (koszty administracyjne, czyli koszty ogólnego zarządu) i stanowi wyłącznie wyliczenie składników cenowych dopasowanych do ceny oferty. Wyjaśnienia (3 akapity) natomiast nie zawierają żadnych dowodów na poparcie kwot pojawiających się w kalkulacji cenowej.

Konkludując zarzut odwołujący stwierdził, że cena Skarem Sp. z o.o. jest rażąco niska ponieważ, nie uwzględniła wszystkich kosztów wytworzenia usługi zgodnej z przedmiotem zamówienia, zaniżyła koszty, nie poparła żadnymi dowodami swoich wyjaśnień tj.:

- nie doszacowała kosztów materiałów wyposażenia i środków czystości oraz środków dezynfekcyjnych, ponieważ w dobie pandemii wymagania i zapotrzebowanie w placówkach administracji publicznej znacznie wzrosło na art. wyposażenia sanitarnego tj. ręczniki papierowe, mydło, preparaty do dezynfekcji. Wskazany w kalkulacji koszt 8 456 zł jest zaniżony i nie zabezpiecza interesu zamawiającego, co będzie skutkowało deficytem materiałów wyposażenia sanitarnego oraz środków czystości w placówkach ARiMR;

- nie uwzględniła wszystkich kosztów dodatkowych tj. kosztów logistycznych/kosztów obsługi dostaw do placówek ARiMR oraz kosztów nadzoru (nie mogła ich również uwzględnić w kosztach administracyjnych, z uwagi na niezwykle niską kwotę 2 997,36 zł w skali całej umowy);

- nie wykazała kosztów zastępstw chorobowych, co jest bardzo istotne przy założeniu, że prawie cały zespół pracowników to osoby z orzeczoną stopniem niepełnosprawności. Osoby niepełnosprawne przebywają bardzo często na zwolnieniach lekarskich z uwagi na swoje schorzenia. Większość placówek obsługiwanych w ramach niniejszego zamówienia ma jednoosobową obsługę serwisu sprzątającego, jak wskazał w wyjaśnieniach Skarem Sp. z o. o, jednakże koszty związane z absencjami z powodu choroby nie zostały ujęte w kalkulacji cenowej;

- nie wykazała kosztów dodatkowych usług, w tym kosztów zatrudnienia dodatkowych osób do prac okresowych lub pozostałych, których osoby niepełnosprawne nie będą mogły wykonywać;

- zaniżyła koszty pośrednie (koszty administracyjne), które są nierzeczywiste i sugerują, iż w przypadku zaistnienia okoliczności dodatkowych (wzrost zużycia materiałów mający wpływ na większe koszty materiałów, koszty zastępstw; inne zdarzenia wkalkulowane w ryzyko

gospodarcze) nie będą miały pokrycia w kosztach pośrednich jako ewentualne zabezpieczenia straty z tytułu realizacji kontraktu. Powyższe stanowi, iż cena zaproponowana przez Skarem Sp. z o. o. nosi znamiona ceny rażąco niskiej w stosunku wartości zamówienia oraz średniej arytmetycznej ceny wszystkich uczestników' niniejszego postępowania, a wykonawca ten nie dał żadnych podstaw popartych dowodami, że cena oferty jest ceną pozwalającą na zgodne z oczekiwaniami zamawiającego i wymogami określonymi w SIWZ wykonanie zamówienia przy tak skalkulowanych kosztach.

Niezależnie od powyższego, odwołujący wskazał, że zgodnie z treścią Rozdziału III pkt 1.2.2. SIWZ: *O zamówienie mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej. Zamawiający uzna, że Wykonawca spełnia warunek udziału we wskazanych zakresie, jeżeli wykonawca wykaże, że przystępując do Części nr 1 wykonał w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert (...) co najmniej 2 usługi sprzątania powierzchni wewnętrznych, z których każda trwa/trwała co najmniej 12 miesięcy w ramach jednego kontraktu/jednej umowy, każda o wartości nie mniejszej niż 140 000 złotych brutto. Powierzchnia sprzątania w każdej wykazanej usłudze sprzątania powinna wynosić minimum 4 000m².*

Zdaniem odwołującego Skarem Sp. z o.o. nie wykazała, że spełnia opisane wyżej warunki udziału w postępowaniu. Zgodnie z pkt. IV.2.3.1. SWIZ *Wykaz musi potwierdzać spełnianie warunków udziału, o którym mowa w rozdziale III pkt. 1.2.2 SIWZ dla poszczególnych części.* Skarem sp. z o.o. w oświadczeniu, tj. w wykazie usług nic wykazała w żadnej pozycji powierzchni wewnętrznej. W związku z tym, wykonawca nie złożył wykazu usług, którego zamawiający wymagał. Wykaz stanowi podstawowy dokument – oświadczenie woli i wiedzy wykonawcy, potwierdzający spełnianie warunków udziału w postępowaniu, w którym powołuje on posiadane przez siebie doświadczenie, będący rozwinięciem oświadczenia wstępnego złożonego wraz z ofertą. Referencje mają potwierdzać fakt, że usługi opisane w wykazie zostały należycie wykonane. To, z wykazu będącego oświadczeniem wykonawcy wynikać powinno jaki zakres prac został wykonany. Wykonawca nie przedstawił co najmniej 2 usług sprzątania pomieszczeń wewnętrznych, co potwierdza, że Skarem sp. z o.o. na podstawie dostarczonych dokumentów nie spełnia warunków udziału w postępowaniu.

Ponadto, w treści „oświadczenia – wykaz usług” w kolumnie nr 3 dla:

- *usługi utrzymania czystości w siedzibie Oddziału Regionalnego oraz 21 biurach Powiatowych w Podkarpackim Oddziale Regionalnym ARiMR w Rzeszowie* wskazała łączną wartość brutto usługi na kwotę 745 007,40 zł za cały przedmiot zamówienia tj. powierzchnie

wewnętrzne i zewnętrzne;

- usługi *utrzymania czystości w 97 placówkach bankowych, codzienne sprzątanie wewnątrz obiektów, sprzątanie bankomatów i ich otoczenia, utrzymanie terenów zielonych i utwardzonych* wskazała łączną wartość brutto usługi na kwotę 2 250 186,24 zł za cały przedmiot zamówienia tj. powierzchnie wewnętrzne i zewnętrzne.

Powyższe, w ocenie odwołującego nie spełnia wymogów stawianych przez zamawiającego w treści Rozdziału III pkt 1.2.2. SIWZ oraz zał. Nr 4 do SIWZ, gdzie w kol. 3 „oświadczenia – wykaz usług” wskazane jest wprost, że *w przypadku gdy zakres usługi jest szerszy, należy podać wyłącznie wartość usługi odpowiadającej treści warunku udziału w postępowaniu w badanym zakresie, wg warunku udziału w postępowaniu*. Zgodnie z powyższym Skarem Sp. z o.o. w kol. 3 „oświadczenia - wykaz usług” powinna była wpisać wyłącznie wartość usługi sprzątania powierzchni wewnętrznych (gdyż taki był warunek udziału w postępowaniu), czego nie uczyniła (wpisując łączną wartość usługi sprzątania powierzchni wewnętrznych i zewnętrznych). Skarem Sp. z o.o. nie wykazała zatem spełnienia wymogu wykonania na rzecz innych podmiotów 2 usług sprzątania powierzchni wewnętrznych o wartości nie mniejszej niż 140 000 zł brutto każda. Spełnienie opisanego wyżej wymogu nie wynika również z treści przedłożonych referencji.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca SKAREM Sp. z o.o. z siedzibą w Stalowej Woli.

Zamawiający w dniu 25 września 2020 r. złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie w części dotyczącej argumentacji odnoszącej się do zarzutu rażąco niskiej ceny wobec oferty przystępującego wskazał, że pismem z dnia 15 lipca 2020 r. (znak: BOR03.2610.2.2020.AP) wezwał go na podstawie art. 90 ust. 1 w zw. z art. 90 ust. 1a pkt 1 Pzp, do złożenia wyjaśnień w celu ustalenia, czy złożona oferta zawiera rażąco niską cenę. Na wezwanie zamawiającego przystępujący złożył pismo z dnia 16 lipca 2020 r., zawierające wyjaśnienia w zakresie ceny złożonej oferty. Na tej samej podstawie prawnej zostało również skierowane wezwanie do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny w stosunku do odwołującego jak również do innych uczestników postępowania.

W ocenie zamawiającego brak złożenia dowodów na potwierdzenie wyjaśnień dotyczących ceny nie skutkuje odrzuceniem oferty jedynie w sytuacji, gdy z ich treści można wyczytać

takie informacje, które tłumaczą sposób kalkulacji zaoferowanej ceny. Konsekwencją, powyższego jest obowiązek dołożenia należytej staranności w sporządzaniu odpowiedzi na wezwanie przez wykonawcę, aby przekazane wyjaśnienia i dowody jednoznacznie uzasadniały wysokość zaoferowanej ceny realizacji zamówienia publicznego, były przekonujące i wiarygodne. Składając wyjaśnienia wykonawca nie ma obowiązku każdorazowego załączania dowodów potwierdzających prezentowane argumenty. Powyższą tezę potwierdza wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 10 sierpnia 2018 r. sygn. akt: 1453/18. Zdaniem zamawiającego w aktualnie obowiązującym stanie prawnym, nie sposób z góry przesądzać czy w okolicznościach konkretnej sprawy konieczne jest przedstawianie wraz z wyjaśnieniami stosownych dowodów czy też wystarczające będzie tylko wskazanie i powołanie określonych informacji.

Zamawiający zwrócił uwagę, że w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 22 kwietnia 2016 r. o sygn. akt KIO 513/16 stwierdzono, że nowelizacja przepisu wprowadziła dodatkową przesłankę kwotową, którą należy interpretować w ten sposób, że jeśli cena danej oferty jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, to zamawiający ma obowiązek uznać, że takie wątpliwości po jego stronie istnieją ex lege, niezależnie od jego własnej opinii. Zatem zaistnienie w postępowaniu sytuacji, w której dana oferta (lub oferty) jest

- niższa o 30% od wartości zamówienia po nowelizacji z 22 czerwca 2016 r. po jej ubruttowaniu albo

- niższa o 30% od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, albo (tym bardziej)

- niższa o 30% zarówno od wartości zamówienia, jak i średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert

– jest formalnym wymogiem zwrócenia się do wykonawcy o wyjaśnienia. Jest to więc, w tym wypadku kwestia nie ocenna. Należy jednak uznać, że sytuacja taka nie jest niczym wyjątkowym w praktyce postępowań o udzielenie zamówienia publicznego – wręcz przeciwnie, dzieje się tak często – zatem została objęta przez ustawodawcę hipotezą przepisu.

Ponadto zamawiający wskazał, że przepis art. 90 ust. 1 Pzp nie określa momentu, w którym zamawiający dokonuje ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. W opinii rażąco niska cena, w świetle obowiązujących od dnia 19 października 2014 r. przepisów Pzp Urząd Zamówień Publicznych zwraca uwagę, że: *Wystąpienie przez zamawiającego z wezwaniem do udzielenia wyjaśnień odnośnie rażąco niskiej ceny, powinno nastąpić w szczególności gdy cena oferty jest niższa o 30% od*

wartości zamówienia lub 30% średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert. Sformułowanie w szczególności należy rozumieć, jako przykład sytuacji, w której zamawiający powinien mieć, zdaniem ustawodawcy, wątpliwości co do możliwości wykonania zamówienia przez wykonawcę w zamian za oferowaną cenę. Podobne stanowisko zajęła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 24 listopada 2017 r. KIO 2373/17.

.W ramach prowadzonego postępowania (część nr 1) wartość zamówienia ustalona przed wszczęciem. postępowania wynosiła 2 401 899.09 zł brutto. Średnia arytmetyczna cen wszystkich złożonych ofert wynosiła 1 712 832,47 zł.

Ponadto zamawiający wskazał, że porównanie ceny oferty przystępującego z cenami ofert złożonych postępowaniu i uśrednienie ich wartości nie daje podstaw do przyjęcia, aby cena zaoferowana przez przystępującego była rażąco niska, a to właśnie ceny ofertowe w składane postępowaniach o udzielenie zamówienia mogą stanowić jeden ze znaczników cen rynkowych w danej branży.

Wykonawca zgłaszający przystąpienie na rozprawie złożył pismo procesowe, w którym w zakresie zarzutu dotyczącego rażąco niskiej ceny wskazał, że udzielając wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp w sposób szczegółowy wskazał sposób wyliczenia ceny oferty, poprzez załączenie Szczegółowej Kalkulacji Cenowej w formie tabelarycznej. Dostosował się zatem do wymogów określonych w tym przepisie Pzp, a zamawiający uznał wyjaśnienia za wystarczające. Biorąc pod uwagę treść ww. przepisu badaniu podlega cena lub koszt, lub ich istotne części składowe. Odwołujący podważał np. część składową ceny w postaci ubezpieczenia, czy kosztów administracyjnych. W jego ocenie nie jest to istotna część składowa kosztów świadczenia usługi.

Ww. wykonawca wyjaśnił, że dokonując oceny zasadności zarzutu rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia, wyliczył wielkość wskaźnika procentowego ceny oferty Skarem Sp. z o.o. w porównaniu do średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, stosownie do przepisu art. 90 ust. 1a pkt 1 Pzp. Wskaźnik ten kształtuje się na poziomie 19,4%, co powoduje iż jest znacznie poniżej 30% określonych w wymienionym przepisie Pzp.

Zdaniem wykonawcy Skarem Sp. z o.o. zamawiający biorąc pod uwagę powyższy wskaźnik procentowy oraz udzielone wyjaśnienia co do rażąco niskiej ceny w zakresie wynikającym z tabeli kosztów uznał, że wskazana w ofercie cena jest realna w stosunku do przedmiotu zamówienia. Jak podkreśliła KIO w uzasadnieniu wyroku sygn. KIO 1272/14 ceny oferowane na danym rynku są często bardziej realnym i miarodajnym wskaźnikiem w kwestii badania rażąco niskiej ceny niż szacunkowa wartość zamówienia.

O tym, czy cena lub koszt oferty są rzeczywiście rażąco niskie, rozstrzyga zamawiający w odniesieniu do konkretnego przypadku, w oparciu o posiadane materiały, w szczególności wyjaśnienia wykonawcy i załączone przez niego dokumenty, oceniane w kontekście właściwości przedmiotu zamówienia będącego przedmiotem postępowania. W konsekwencji, należy odrzucić automatyczne przyjmowanie, że cena poniżej pewnego poziomu jest ceną rażąco niską. Stanowisko to potwierdził Sąd Okręgowy w Katowicach w wyroku z dnia 21 czerwca 2010 r. (sygn. akt XIX Ga 175/10) stwierdzając, że: *Dysproporcja cen zaoferowanych przez kilku wykonawców, nie daje jeszcze podstaw do założenia, że cena najniższa podana przez jednego z wykonawców, jest ceną rażąco niską, gdyż zależne jest to od efektywności oraz kosztów prowadzenia działalności określonego podmiotu. Po drugie, podstawą odrzucenia oferty jest zaoferowanie ceny „rażąco niskiej” a nie ceny „niskiej”. Te dwa pojęcia nie są tożsame. W orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (dawniej ETS) podnoszono, że procedura wyjaśniania jest niezbędna w świetle europejskiego prawodawstwa z zakresu zamówień publicznych, gdyż zabezpiecza przed arbitralnością oceny zamawiającego co do rażąco niskiej wysokości ceny (por. wyr. z dnia 22 czerwca 1989 r. 103/88, wyr. z 27 listopada 2001 r. C-2R5/99, wyr. z 15 maja 2008 r. C-147/06, z 29 marca 2012 r. C-599/10). Należy podkreślić, że w toku badania domniemania rażąco niskiej ceny co do zasady bierze się pod uwagę cenę całkowitą za wykonanie przedmiotu zamówienia, nie zaś poszczególne jej składniki.*¹

Następnie zgłaszający przystąpienie wskazał, że odwołujący w treści uzasadnienia zarzutów podważa możliwość dofinansowania z PFRON wynagrodzeń pracowników posiadających orzeczenia o niepełnosprawności, wskazując na brzmienie przepisu art. 90 ust. 1 pkt 2 Pzp. W związku z tym wyjaśnił, że dofinansowaniu podlegają wynagrodzenia pracowników niepełnosprawnych, jeśli te osoby widnieją w ewidencji zatrudnionych osób niepełnosprawnych PFRON. W ocenianym stanie faktycznym spełnienie sugestii, czy wręcz żądania odwołującego odnośnie załączenia do wyjaśnień rażąco niskiej ceny przez Skarem Sp. z o.o. dowodów w postaci dokumentów potwierdzających dofinansowanie wynagrodzeń przyszłych pracowników realizujących przedmiotowe zamówienia, nie mogło być urzeczywistnione przed zawarciem kontraktu. Materializuje się to w momencie zawarcia umowy o pracę. Odwołujący jako pracodawca korzystający z takiej formy pomocy publicznej doskonale o tym wie. Tego rodzaju dofinansowanie przysługuje w momencie zatrudnienia, a żaden racjonalnie postępujący wykonawca zamówienia (pracodawca) nie zawiera umów o pracę nie mając pewności co do terminu zawarcia umowy będącej wynikiem wyboru najkorzystniejszej oferty. Przedsiębiorstwo Skarem Sp. z o.o. jak każde inny wykonawca

decydując się na złożenie oferty w takim postępowaniu ma przygotowaną rezerwę kadrową pracowników z odpowiednimi kwalifikacjami oraz orzeczeniami o niepełnosprawności, którą aktywuje w odpowiednim czasie. Jako pracodawca posiadający status zakładu pracy chronionej spełnia trzy istotne warunki, aby ubiegać się o dofinansowanie. Przede wszystkim liczba osób zatrudnionych wynosi powyżej 25 w pełnym wymiarze czasu pracy, wskaźnik osób niepełnosprawnych przekracza 6% oraz nie zalega ze zobowiązaniami wobec Funduszu. Zadeklarowano zatrudnienie 21 osób niepełnosprawnych, stosownie do wymogów SIWZ, w tym jednego z kryteriów oceny ofert o znaczeniu (wadze) 20%. Zamawiający w sposób jednoznaczny określił w treści rozdziału XI SIWZ, że będzie to oceniał na podstawie deklaracji wykonawcy zawartej w treści formularza oferty.

Reasumując należy stwierdzić, że zarzut w przedmiotowym zakresie jest całkowicie nieuzasadniony.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i uczestnika postępowania, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba uznała, że odwołujący spełnił 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 utracie możliwości uzyskania zamówienia. Nie została wypełniona także żadna z przesłanek ustawowych wynikających z art. 189 ust. 2 Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Wobec spełnienia przesłanek określonych w art. 185 ust. 2 i 3 Pzp, Izba dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego, jako uczestnika wykonawcę SKAREM Sp. z o.o. z siedzibą w Stalowej Woli (zwanego dalej: „przystępującym”).

Izba dopuściła w przedmiotowej sprawie dowody z dokumentacji w postaci elektronicznej zapisanej na płycie CD, przesłanej do akt sprawy w dniu 10 września 2020 r. przez zamawiającego, w tym w szczególności z treści:

- SIWZ wraz z załącznikami;
- oferty przystępującego;
- wezwania do wyjaśnień z dnia 15 lipca 2020 r. skierowanego przez zamawiającego do przystępującego w trybie art. 90 ust. 1 Pzp;

- odpowiedzi odwołującego na powyższe wezwanie z dnia 16 lipca 2020 r.;
- wykazu usług wraz z referencjami złożonego przez przystępującego w ramach części 1 zamówienia w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego z dnia 27 lipca 2020 r. skierowanego w trybie art. 26 ust. 1 Pzp;
- informacji z dnia 19 sierpnia 2020 r. o wyniku postępowania dla części nr 1 zamówienia.

Izba ustaliła co następuje

W rozdziale III pkt 1.2.2. SIWZ zamawiający określił dla części nr 1 zamówienia warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej o następującej treści:

Zamawiający uzna, że Wykonawca spełnia warunek udziału we wskazanych zakresie, jeżeli wykonawca wykaże, że przystępując do Części nr 1 wykonał w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert (...) co najmniej 2 usługi sprzątania powierzchni wewnętrznych, z których każda trwa/trwała co najmniej 12 miesięcy w ramach jednego kontraktu/jednej umowy, każda o wartości nie mniejszej niż 140 000 złotych brutto. Powierzchnia sprzątania w każdej wykazanej usłudze sprzątania powinna wynosić minimum 4 000m².

Pismem z dnia 15 lipca 2020 r. zamawiający wezwał przystępującego na podstawie art. 90 ust. 1 w zw. z art. 90 ust. 1a pkt 1) do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. W zakresie części nr 1 zamówienia zamawiający wskazał, że cena oferty przystępującego dokładnie jest niższa o 42,54% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek VAT. Zamawiający m. in. wskazał w wezwaniu, że:

Proszę o udzielenie wyjaśnień dla każdej z Części odrębnie, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia zaoferowanej ceny za przedmiot zamówienia (odrębnie dla każdej Części, na które została złożona oferta), gdyż wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami sformułowanymi przez Zamawiającego.

W odpowiedzi bardzo proszę ująć w szczególności jakie czynniki, elementy i okoliczności złożyły się na wysokość ceny i w jaki sposób dokonano ich kalkulacji oraz skąd wynika ich tak niska cena. Za istotną część składową zaoferowanej ceny lub kosztu należy uznać m.in. koszty pracy. Wykonawca, udzielając wyjaśnień dotyczących kosztów pracy, nie może przyjąć, że wartość kosztów pracy, którą przyjęto do ustalenia ceny, nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z 10.10.2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę.

W celu zweryfikowania poprawności dokonanej przez Wykonawcę kalkulacji ceny, Zamawiający zwraca uwagę, że wyjaśnienia powinny być wyczerpujące, konkretne i przekonujące, ujawniające najważniejsze składniki cenotwórcze, jak przykładowo koszt pracowników, zaangażowania odpowiedniego sprzętu, czy wreszcie marżę wykonawcy. W przeciwnym wypadku wyjaśnienia te będą miały jedynie charakter iluzorycznych i nie będą stanowiły wyjaśnienia elementów oferty, mających wpływ na wysokość cen.

Składając ofertę na Część nr 1 zobowiązali się Państwo do realizowania usługi kompleksowego utrzymania czystości w lokalach Lubelskiego Oddziału Regionalnego ARiMR i 17 podległych biur powiatowych poprzez osoby zatrudnione na umowę o pracę z orzeczeniem o niepełnosprawności – w ilości 21 osób oraz poprzez osoby zatrudnione na umowę o pracę z minimum 6-cio miesięcznym doświadczeniem zawodowym w utrzymaniu czystości, które zatrudnią Państwo przy realizacji przedmiotu zamówienia – w ilości 22 osób.

(...)

Zamawiający przypomina, iż zapisy dotyczące zatrudnienia pracowników na podstawie umowy o pracę zostały także zawarte w § 5 projektu umowy (m.in. Zamawiający w związku z art. 29 ust.3a ustawy- Prawo zamówień publicznych wymaga zatrudnienia przez Wykonawcę lub podwykonawcę przez cały okres realizacji zamówienia na podstawie umowy o pracę w rozumieniu przepisów ustawy z 26 czerwca 1974r. Kodeks pracy (Dz.U.2019.1040 j.t. ze zm.) wszystkich Pracowników świadczących Usługi, zgodnie z oświadczeniem załączonym w ofercie, oraz Wykonawca, który otrzymał punkty z racji doświadczenia zawodowego pracowników zobowiązany jest do zatrudnienia przy wykonywaniu umowy osób z minimum 6-ciomiesięcznym doświadczeniem w utrzymaniu czystości w ilości co najmniej deklarowanej w formularzu ofertowym przez cały okres realizacji umowy). A w przypadku Części nr 1 także pracowników będących osobami niepełnosprawnymi (w ilości co najmniej deklarowanej w formularzu ofertowym).

Przystępujący odpowiedział na powyższe wezwanie pismem z dnia 16 lipca 2020 r. W wyjaśnieniach wskazał, że:

W odpowiedzi na wezwanie do złożenia wyjaśnień z dnia 15 lipca 2020r. Firma Skarem Sp. z o.o. informuje, że całkowita wartość oferty przeznaczona na realizację zawiera wszystkie koszty niezbędne do wykonania całości zadania, zgodnie z wymogami określonymi przez Zamawiającego i pozwala na realizację zamówienia z należytą starannością.

Pracownicy skierowani do realizacji zamówienia będą zatrudnieni na umowę o pracę oraz będą otrzymywać wynagrodzenia nie niższe niż minimalne wynagrodzenie za pracę. Zakładamy także zatrudnienie osób posiadających orzeczenie o niepełnosprawności. Firma

Skarem Sp. z o.o. jest zakładem pracy chronionej w związku z powyższym koszty zatrudnienia pracowników niepełnosprawnych są znacząco niższe w porównaniu do firm, które nie posiadają statusu zakładu pracy chronionej.

Długoletnie doświadczenie, konkurencyjne ceny oraz profesjonalne podejście do wykonywanych usług doprowadziły do dynamicznego rozwoju firmy Skarem. W chwili obecnej Wykonawca realizuje usługi na terenie całego kraju na wysokim poziomie i przy niewielkiej marży. Zindywidualizowane podejście do Zamawiającego pozwoliło zaoferować cenę na poziomie najniższym w stosunku do konkurencji przy jednoczesnym uwzględnieniu zysku.

Ponadto w przystępujący zawarł w wyjaśnieniach szczegółową kalkulację cenową.

W odpowiedzi na wezwanie z dnia 27 lipca 2020 r. skierowane w trybie art. 26 ust. 1 Pzp, przystępujący złożył wykaz usług na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej na wzorze stanowiącym załącznik nr 4 do SIWZ wraz z referencjami potwierdzającymi wykonanie tych usług. W wykazie zostały podane trzy usługi:

- utrzymanie czystości w siedzibie Oddziału Regionalnego oraz 21 biurach Powiatowych w Podkarpackim Oddziale Regionalnym ARiMR w Rzeszowie na kwotę 745 007,40 zł. Z referencji potwierdzających należyte wykonanie usługi wynikało, że łączna powierzchnia sprzątanym lokali wynosiła 13 828,90 m², a powierzchnia terenów zewnętrznych wynosiła 2 645 m²;
- utrzymanie czystości w 97 placówkach bankowych, codzienne sprzątanie wewnątrz obiektów, sprzątanie bankomatów i ich otoczenia, utrzymanie terenów zielonych i utwardzonych na kwotę 2 250 186,24 zł brutto. Z referencji potwierdzających należyte wykonanie usługi wynikało, że łączna powierzchnia sprzątanym wewnątrz lokali wynosiła ok 51 000 m²;
- kompleksowa usługa sprzątania budynków Centrum Wystawienniczo-Kongresowego na kwotę 315 281,35 brutto. Z referencji potwierdzających należyte wykonanie usługi wynikało, że łączna powierzchnia sprzątanego budynku wynosi 27 276,81 m².

W dniu 19 sierpnia 2020 r. zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu, także dla części nr 1. W tej części została wybrana oferta przystępującego.

Treść przepisów dotyczących zarzutów:

- art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp – *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia;*

- art. 90 ust. 1 i 3 Pzp – 1. Jeżeli zaofferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, w szczególności w zakresie:

1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, 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 2018 r. poz. 2177);

2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów;

3) wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;

4) wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska;

5) powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.

3. Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który 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;

- art. 26 ust. 3 Pzp – Jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania;

- art. 90 ust. 1a pkt 1 Pzp – W przypadku gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od: wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia;

- art. 7 ust. 1 i 3 Pzp – *1. Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.*

3. Zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy; nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;

- art. 91 ust. 1 Pzp – *Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.*

Izba zważyła co następuje.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego Izba stwierdziła, że odwołanie zasługiwało na uwzględnienie w zakresie zarzutu dotyczącego rażąco niskiej ceny odnoszącego się do oferty przystępującego, natomiast w pozostałym zakresie podlegało oddaleniu.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że w postępowaniu zamawiający wezwał przystępującego do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny oferty, ponieważ cena zaofiarowana przez tego wykonawcę była niższa o ponad 30% od wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o podatek VAT (jak wskazał zamawiający w zakresie części nr 1 zamówienia, cena oferty przystępującego była niższa o 42,54% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek VAT). Izba podkreśla, iż konsekwencją wezwania wystosowanego przez zamawiającego pismem z dnia 15 lipca 2020 r. było powstanie domniemania, iż zaofiarowana przez przystępującego cena oferty jest ceną rażąco niską, a obowiązkiem wykonawcy, było obalenie tego domniemania w złożonych wyjaśnieniach, pod rygorem odrzucenia oferty.

W tym miejscu należy wskazać, iż za nieuzasadnioną na tym etapie postępowania Izba uznała argumentację zamawiającego o „przeszacowaniu” wartości zamówienia, co w powinno skutkować przyjęciem, że wezwanie do wyjaśnień było w istocie czynnością zbędną w postępowaniu, wynikłą z nadmiernej dbałości zamawiającego o literalne wypełnienie norm Pzp. Podkreślić należy, iż zadaniem Izby jest ocena działań (zaniechań) zamawiającego podejmowanych w postępowaniu, a nie hipotetyczne rozważania, czy czynność wezwania wykonawcy do wyjaśnienia ceny oferty była zbędna, czy też nie. Jeżeli w okolicznościach tej sprawy zamawiający uważał, iż wezwanie nie było konieczne ponieważ ziszcza się sytuacja określona w końcowej treści art. 90 ust. 1a pkt 1 Pzp, to winien dać temu wyraz w dokumentacji postępowania np. przez sporządzenie stosownej notatki z prac komisji przetargowej i odstąpić od wezwania przystępującego do wyjaśnienia sposobu kalkulacji ceny. Skoro jednak zamawiający wezwał przystępującego do złożenia stosownych wyjaśnień

i przedstawienia dowodów, to zadaniem Izby jest ocena złożonych przez wykonawcę wyjaśnień i prawidłowości zaniechania odrzucenia oferty przystępującego. Co więcej, jak ustaliła Izba, rozważania zamawiającego co do „przeszacowania” wartości zamówienia dla części nr 1 zamówienia nie zostały odzwierciedlone w żadnym dokumencie postępowania i zaktualizowały się najwcześniej, dopiero po złożeniu wyjaśnień przez przystępującego. Wziąwszy pod uwagę powyższe, rozstrzygnięcie przedmiotowej sprawy w zakresie zarzutu rażąco niskiej ceny dotyczącego oferty przystępującego wymagało ustalenia, czy na podstawie złożonych przez tego wykonawcę wyjaśnień, zamawiający był uprawniony do uznania, że cena zaoferowana przez przystępującego nie jest rażąco niska.

W ocenie składu orzekającego lektura złożonych przez przystępującego wyjaśnień prowadziła do wniosku, iż wykonawca ten nie wykazał, że zaoferowana przez niego cena dla części 1 zamówienia nie jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia. Złożonych przez przystępującego wyjaśnień nie można uznać za wyczerpujących, wszechstronnych, a przez to obalających domniemanie ceny rażąco niskiej. Izba wskazuje, iż złożone przez przystępującego wyjaśnienia w przedmiocie ceny oferty były lakoniczne, hasłowe i zawierały stwierdzenia często podnoszone przez wykonawców ubiegających się o zamówienia publiczne jak np. kwestie długoletniego doświadczenia w realizacji podobnych usług lub zindywidualizowanego podejścia do zamawiającego.

Izba uznała, iż jakkolwiek doświadczenie przystępującego zdobyte podczas realizacji podobnych zamówień należy uznać za ważne w procesie kalkulacji ceny oferty, to nie był to jednak czynnik właściwy jedynie dla przystępującego, ale dla każdego z wykonawców zainteresowanych niniejszym postępowaniem z uwagi na sformułowane przez zamawiającego warunki udziału w postępowaniu dotyczące doświadczenia wykonawcy. Jednocześnie zauważyć należy, iż przystępujący w żaden sposób nie wyjaśnił w piśmie z dnia 16 lipca 2020 r. w jaki sposób długoletnie doświadczenie, konkurencyjne ceny oraz profesjonalne i zindywidualizowane podejście, wpłynęły na oszczędność wykonania przedmiotowego zamówienia.

Izba doszła także do przekonania, że nie bez znaczenia w okolicznościach niniejszej sprawy pozostaje fakt, iż przystępujący nie przedstawił zamawiającemu żadnych dowodów potwierdzających sposób przyjęcia ceny ofertowej dla części nr 1 zamówienia. Poza kalkulacją własną – stanowiącą oświadczenie własne wykonawcy, które można traktować co najwyżej jako integralną część wyjaśnień, przystępujący nie przedstawił żadnych dowodów umożliwiających weryfikację dokonanych wyliczeń zawartych w owej kalkulacji. W takiej sytuacji nie można skutecznie zbadać poszczególnych elementów cenowych, jeśli

wykonawca nie przedstawia zamawiającemu, przyjętych do kalkulacji ceny oferty, założeń. Innymi słowy, nie sposób zbadać, czy przyjęte przez danego wykonawcę wyliczenia są rzetelne, wiarygodne, w sytuacji gdy wykonawca nie przedstawia żadnych dowodów potwierdzających sposób zbudowania poszczególnych elementów kosztotwórczych, poprzestając na własnych oświadczeniach w tym zakresie.

W okolicznościach przedmiotowej sprawy brak złożenia dowodów przez przystępującego na potwierdzenie realności i rynkowości zaoferowanej ceny był szczególnie istotny, ponieważ zamawiający w wezwaniu z dnia 15 lipca 2020 r. wyraźnie zaznaczył, że *za istotną część składową zaoferowanej ceny lub kosztu należy uznać m.in. koszty pracy. Wykonawca, udzielając wyjaśnień dotyczących kosztów pracy, nie może przyjąć, że wartość kosztów pracy, którą przyjęto do ustalenia ceny, nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z 10.10.2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę oraz Składając ofertę na Część nr 1 zobowiązali się Państwo do realizowania usługi kompleksowego utrzymania czystości w lokalach Lubelskiego Oddziału Regionalnego ARiMR i 17 podległych biur powiatowych poprzez osoby zatrudnione na umowę o pracę z orzeczeniem o niepełnosprawności – w ilości 21 osób oraz poprzez osoby zatrudnione na umowę o pracę z minimum 6-cio miesięcznym doświadczeniem zawodowym w utrzymaniu czystości, które zatrudnią Państwo przy realizacji przedmiotu zamówienia – w ilości 22 osób.*

Jak wynika z przytoczonych powyżej fragmentów zamawiający w wezwaniu do złożenia wyjaśnień nie poprzestał wyłącznie na przepisaniu treści art. 90 ust. 1 Pzp, ale wskazał jakie grupy kosztów powinny być szczególnie opisane i przedstawione w wyjaśnieniach tak, aby przystępujący mógł obalić domniemanie rażąco niskiej ceny co do swojej oferty. Tymczasem przystępujący w wyjaśnieniach z dnia 16 lipca 2020 r., w tym bardzo istotnym dla okoliczności sprawy zakresie wyjaśnił jedynie, że *Pracownicy skierowani do realizacji zamówienia będą zatrudnieni na umowę o pracę oraz będą otrzymywać wynagrodzenia nie niższe niż minimalne wynagrodzenie za pracę. Zakładamy także zatrudnienie osób posiadających orzeczenie o niepełnosprawności. Firma Skarem Sp. z o.o. jest zakładem pracy chronionej w związku z powyższym koszty zatrudnienia pracowników niepełnosprawnych są znacząco niższe w porównaniu do firm, które nie posiadają statusu zakładu pracy chronionej.* Ponadto w kalkulacji kosztów zawartej w wyjaśnieniach przystępujący przedstawił m. in. wartość wynagrodzenia brutto, ZUS, urlopów, zastępstw urlopowych, kosztu jednego pracownika, łączny miesięczny koszt oraz wartość zwrotu z tytułu zatrudnienia osób niepełnosprawnych. Jednakże przystępujący na poparcie tych

kosztów – tak jak to wskazano powyżej – nie przedstawił żadnego dowodu dokumentującego realność i rynkowość przedstawionych założeń. Należy przy tym wskazać, że stanowisko przystępującego zawarte w piśmie procesowym złożonym na rozprawie, przez które przystępujący próbował doprecyzować i uszczegółwić złożone wyjaśnienia także nie zostało poparte żadnymi dowodami, przez co Izba nie mogła uznać tych wyjaśnień za wystarczające.

Podsumowując powyższe stwierdzić należy, iż przystępujący nie dołożył należytej staranności w wyjaśnieniu zamawiającemu sposobu kalkulacji ceny oferty dla części nr 1 zamówienia, przez co w konsekwencji nie wykazał, że zaoferowana przez niego cena nie jest ceną rażąco niską. Oferta przystępującego podlegała zatem odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp. Ponadto w związku z potwierdzeniem zarzutu rażąco niskiej ceny skład orzekający uznał, że zamawiający przez wybór jako najkorzystniejszej, oferty przystępującego w ramach części nr 1 zamówienia naruszył także art. 91 ust. 1 oraz art. 7 ust. 1 i 3 Pzp.

W ocenie Izby nie potwierdziły się zarzuty dotyczące spełnienia przez przystępującego warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej.

Jak wskazano w części dotyczącej ustaleń, przystępujący w odpowiedzi na wezwanie z dnia 27 lipca 2020 r. skierowane w trybie art. 26 ust. 1 Pzp, złożył wykaz usług na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej na wzorze stanowiącym załącznik nr 4 do SIWZ wraz z referencjami potwierdzającymi wykonanie tych usług. W wykazie zostały podane trzy usługi.

Trzecią wskazaną w wykazie usługą była – kompleksowa usługa sprzątnia budynków Centrum Wystawienniczo-Kongresowego na kwotę 315 281,35 brutto, która była w trakcie realizacji i w zakresie wykazanym przez przystępującego była realizowana do lutego 2019 r. do lipca 2020 r. Z referencji potwierdzających należyte wykonanie usługi wynikało, że łączna powierzchnia sprzątanego budynku wynosi 27 276,81 m². Zgodnie z treścią warunku zamawiający uznawał usługę za spełniającą jego treść jeśli *trwa/trwała co najmniej 12 miesięcy w ramach jednego kontraktu/jednej umowy, każda o wartości nie mniejszej niż 140 000 złotych brutto. Powierzchnia sprzątnia w każdej wykazanej usłudze sprzątnia powinna wynosić minimum 4 000m²*. Z treści wykazu i referencji w ocenie Izby jednoznacznie wynikało, że usługa spełnia wymogi określone w warunku, w tym także kwestionowanym przez odwołującego zakresie tj. odnoszącym się do wartości usługi sprzątnia powierzchni wewnętrznych.

Pierwsza wskazana w wykazie usługa dotyczyła utrzymania czystości w siedzibie Oddziału Regionalnego oraz 21 biurach Powiatowych w Podkarpackim Oddziale Regionalnym ARiMR w Rzeszowie na kwotę 745 007,40 zł. Z referencji potwierdzających należyte wykonanie usługi wynikało, że łączna powierzchnia sprzątanym lokali wynosiła 13 828,90 m², a powierzchnia terenów zewnętrznych wynosiła 2 645 m². W zakresie tej usługi Izba uznała, że skoro wartość umowy wynosiła niespełna 750 tys. zł, a na zdecydowanie większą jej część składała się usługa sprzątania powierzchni lokali (ponad 13 500 m²), w stosunku do powierzchni terenów zewnętrznych (ponad 2 500 m²), to wartość usługi sprzątania powierzchni wewnętrznych musiała przekraczać wymagane w warunku 140 000 zł brutto. Odwoływający nie zakwestionował powyższego ustalenia, ponieważ nie udowodnił i nie wykazał przed Izbą okoliczności przeciennej, pozwalającej na przyjęcie, że wykonanie usługi sprzątania lokali o powierzchni ponad 13 500 m² nie przekraczało 140 000 zł brutto.

Ostatnia usługa – druga pozycja w wykazie – dotyczyła utrzymania czystości w 97 placówkach bankowych, codziennego sprzątania wewnątrz obiektów, sprzątania bankomatów i ich otoczenia, utrzymania terenów zielonych i utwardzonych na kwotę 2 250 186,24 zł brutto. Z referencji potwierdzających należyte wykonanie usługi wynikało, że łączna powierzchnia sprzątana wewnątrz lokali wynosiła ok 51 000 m². W ramach tej usługi skład orzekający doszedł do podobnych stwierdzeń jak w przypadku usługi powyżej. Otóż mając na uwadze wartość umowy (ponad 2 mln zł) oraz powierzchnię sprzątania wewnątrz lokali (ok 51 000 m²), odwoływający nie udowodnił i nie wykazał przed Izbą okoliczności, pozwalającej na przyjęcie, że wykonanie usług sprzątania lokali o powierzchni ok 51 000 m² nie przekraczało 140 000 zł brutto.

W związku z powyższym Izba oddaliła zarzuty naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp oraz 26 ust. 3 Pzp.

Mając na uwadze powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp orzeczono jak w sentencji.

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 Pzp Izba uwzględniła odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Potwierdzenie zarzutów wskazanych w odwołaniu powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 2 Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp tj. stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt. 1 rozporządzenia Prezesa Rady

Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r. poz. 972) zaliczając na poczet niniejszego postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania uiszczonego przez odwołującego oraz zasądzając od zamawiającego na rzecz odwołującego koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania (15 000,00 zł).

Izba nie zasądziła od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów związanych z wynagrodzeniem pełnomocnika (3 600 zł) oraz dojazdem (300 zł), zgodnie z wnioskiem zawartym w odwołaniu i powtórzonym na rozprawie. Zgodnie z § 3 pkt. 2 ww. rozporządzenia do kosztów postępowania odwoławczego, zalicza się uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego, a w okolicznościach, o których mowa w § 5 ust. 1 pkt 3 lit. b lub § 5 ust. 3 pkt 2, koszty uczestnika postępowania odwoławczego, który przystąpił po stronie zamawiającego oraz wniósł sprzeciw, w wysokości określonej na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy. Odwołujący do czasu zamknięcia rozprawy nie złożył do akt sprawy rachunków związanych z wnioskowanymi kosztami, zatem Izba nie miała podstaw do ich zasądzenia, gdyż jak wynika z powyższego przepisu o uzasadnionych kosztach stron postępowania odwoławczego, Izba orzeka wyłącznie na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy.

Ponadto mimo tego, iż część zarzutów postawionych w odwołaniu zostało oddalonych, Izba nie znalazła uzasadnienia dla częściowego rozdzielenia kosztów pomiędzy strony, gdyż w ocenie Izby odwołanie w istotnym i kluczowym dla odwołującego zakresie dotyczącym odrzucenia oferty przystępującego zostało uwzględnione i tym samym główny cel wniesienia odwołania – podważenie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz wyeliminowanie oferty wybranego wykonawcy – został przez odwołującego osiągnięty

Przewodniczący: