

WYROK

z dnia 27 kwietnia 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Monika Kawa-Ogorzałek

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 kwietnia 2021r., w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 marca 2021r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: EPA GREEN Sp. z o.o., IMPEL SYSTEM Sp. z o.o., IMPEL FACILITY SERVICES Sp. z o.o. z siedzibą lidera we Wrocławiu** w postępowaniu prowadzonym przez **2 Wojskowy Oddział Gospodarczy z siedzibą we Wrocławiu**

przy udziale wykonawcy **S&A Service Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego i:
 - 2.1. 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;
 - 2.2. zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3 600zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 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 :

UZASADNIENIE

Zamawiający - 2. Wojskowy Oddział Gospodarczy we Wrocławiu prowadzi na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019r., poz. 1843 ze zm.; dalej: "Pzp") postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Usługa sprzątnia powierzchni wewnętrznych budynków w jednostkach i instytucjach administrowanych przez 2 WOG na terenie SOI nr 2 we Wrocławiu”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 23 grudnia 2020r. pod numerem 2020/S 250-625137.

Szacunkowa wartość zamówienia stanowiącego przedmiot ww. postępowania przekracza równowartości kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

W dniu 15 marca 2021r. Odwołujący – Konsorcjum: Epa Green Sp. z.o.o, Impel System Sp. z .o., Impel Facility Services Sp. z. o.o. z siedzibą we Wrocławiu wniósł odwołanie od czynności Zamawiającego polegających na wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy S&A Service sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu (dalej: „Przystępujący”).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego pomimo, że jej złożenia stanowi czyn nieuczciwej konkurencji,

2. art. 7 ust. 1 i 3 Pzp poprzez przeprowadzenie ww. postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, tj. przez nieuprawnione udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami Pzp,

3. art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 1 i 3 Pzp poprzez zaniechanie dokonania czynności polegającej na odrzuceniu oferty Przystępującego pomimo, że oferta ta zawiera rażąco niską cenę.

Odwołujący w oparciu o tak sformułowane zarzuty wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej,

2. powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego, dla przedmiotowego zadania,

C. wykluczenie wykonawcy Przystępującego z postępowania a w konsekwencji odrzucenia założonej przez niego oferty oraz dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Ponadto Odwołujący wniósł o zobowiązanie Zamawiającego do przedłożenia do akt sprawy:

- umów wraz z załącznikami, ze szczególnym uwzględnieniem zestawienia kosztów i cen realizacji tego samego zadania polegającego na sprzątnięciu powierzchni wewnętrznych budynków w jednostkach i instytucjach administrowanych przez 2 WOG na terenie SOI nr 2 we Wrocławiu, wykonywanych przez Przystępującego w okresie bezpośrednio poprzedzającym zadanie będące przedmiotem niniejszego postępowania - na okoliczność faktycznych kosztów i warunków realizacji zleczonych Wykonawcy zadań,

- ewentualnych odpowiedzi Przystępującego, w zakresie tego samego zadania polegającego na sprzątnięciu powierzchni wewnętrznych budynków w jednostkach i instytucjach administrowanych przez 2 WOG na terenie SOI nr 2 we Wrocławiu, wykonywanych przez Wykonawcę w okresie bezpośrednio poprzedzającym zadanie będące przedmiotem niniejszego postępowania, na wezwania Zamawiającego do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny na ten sam przedmiot zamówienia - na okoliczność faktycznych kosztów i warunków realizacji zleczonych Wykonawcy zadań,

Odwołujący uzasadniając zarzuty odwołania wskazał, że nie zgadza się z czynnościami Zamawiającego polegającymi na braku wezwania Przystępującego na podstawie art. 90 Pzp do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu we wskazanych w ustawie zakresach, a w dalszym etapie braku wykluczeniu Przystępującego i odrzuceniu jego ofert, a w konsekwencji na dokonaniu wyboru ofert Odwołującego jako najkorzystniejszych. W ocenie Odwołującego Zamawiający w sposób nienależyty zbadał i ocenił treść przedłożonych mu dokumentów, w szczególności treść Tabeli „B” w Załączniku nr 1 do SIWZ zatytułowanym Formularz ofertowy, z której jasno wynika, że Przystępujący zaproponował cenę rażąco niską za usługi:

1. Dodatkowego sprzątnięcia powierzchni wewnętrznych budynków do 24 razy w roku na zlecenie Kierownika SOI - oferowana kwota to 0,02 zł za 1 m²,
2. sprzątnięcia pokoi gościnnych 180 razy w roku - oferowana kwota to 0,02 zł za 1 m²,
3. Prania firan i zasłon - oferowana kwota to 1 zł na 1 m²,
4. Czyszczenia żaluzji, rolet i verticali - oferowana kwota to 1 zł na 1 m².

Odwołujący stwierdził, iż powyższe ceny są rażąco niskie w stosunku do realnych kosztów, bowiem nie jest możliwe znalezienie oferty rynkowej, w ramach której przedsiębiorca zaoferuje posprzątnięcie 50 m² mieszkania za kwotę 1 zł, a taki byłby koszt, gdyby przyjąć cennik Przystępującego, w którym zobowiązuje się sprzątać 1 m² za kwotę 2 gr. W opinii Odwołującego koszty związane z realizacją tej usługi są wyższe. Zamawiający

nie powinien zatem dopuścić do powierzenia realizacji zamówienia przez Przystępującego, gdyż jego oferta nie zapewnia właściwego wykonania.

Odwołujący podkreślił, że Pzp nie zawiera legalnej definicji rażąco niskiej ceny, jednak zgodnie z ukształtowanym orzecznictwem i doktryną przyjmuje się, że cena rażąco niska to taka, która jest nierealistyczna, niewiarygodna w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień, której zastosowanie przy uwzględnieniu zachowania reguł rynkowych skutkuje brakiem opłacalności wykonania zamówienia. W każdym przypadku ewentualne wystąpienie rażąco niskiej ceny jest oceniane z odniesieniem do konkretnego przedmiotu zamówienia i z uwzględnieniem indywidualnych okoliczności danego zamówienia, w tym sposobu jego realizacji, wartości, uwarunkowań danego rynku.

Podkreślił, że Przystępujący nie jest w stanie zrealizować sprzątnia dodatkowego powierzchni wewnątrz budynków i sprzątnia pokoi gościnnych, po cenach jednostkowych wskazanych w ofercie tj. za 2 grosze za m², jak również prania firan i czyszczenia żaluzji, za kwotę 1 zł/m². Zauważył, że Przystępujący nie wykazał, jak skonstruował obecną ofertę, aby zgodnie z zasadami ekonomii zagwarantować pokrycie wszelkich kosztów związanych z realizacją przedmiotu zamówienia, np.: wynagrodzenie pracowników, koszty napraw sprzętu i zakupu narzędzi, koszty zakupów potrzebnych środków czystości, mimo iż wiedzą powszechną jest, iż ceny materiałów i pracy są obecnie wyższe niż w latach poprzednich. Odwołujący podkreślił, że Przystępujący w Tabeli A tego samego załącznika za te same usługi sprzątnia powierzchni wewnątrz budynków w dni robocze żąda kwoty 65 razy wyższej tj. 1.13 zł za m².

W konsekwencji, zdaniem Odwołującego, Zamawiający miał obowiązek zwrócić się do Przystępującego o udzielenie wyjaśnień, w tym do złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny za omawiane usługi. Istotne jest – zdaniem Odwołującego - aby badanie cen jednostkowych, dotyczyło wartości, które stanowią samodzielną podstawę rozliczania wynagrodzenia za wykonanie poszczególnych elementów, składających się na zamówienie. Taki charakter mają analizowane wyżej usługi. Dlatego zaproponowane ceny jednostkowe Przystępującego powinny zostać zbadane przez Zamawiającego, który wówczas uznałby je za rażąco niskie, nierealistyczne i niewiarygodne w kontekście aktualnej sytuacji rynkowej, niezależnie czy przekładają się na rażąco niską cenę w odniesieniu do całego zamówienia. Należy bowiem podkreślić, iż podstawowymi czynnikami tworzącymi koszt są koszty ludzi, sprzętu i chemii a mimo to Przystępujący w jednych pozycjach podniósł ceny (Tabela A poz. 1 Załącznika nr 1 do SIWZ) a w innych obniżył o kilkaset procent (Tabela B poz. 1 Załącznika nr 1 do SIWZ).

Odwołujący wskazał, że powyższe zachowanie Przystępującego stanowi dodatkowo podstawę do stwierdzenia dokonania przez niego manipulacji cenowej w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego a ponadto popełnienia czynu

nieuczciwej konkurencji polegającego na utrudnianiu w sposób sprzeczny z dobrymi obyczajami dostępu do rynku przez innych wykonawców oraz w sposób naruszający uzasadnione interesy Zamawiającego. W ocenie Odwołującego, zaoferowanie przez Przystępującego rażąco niskich cen do części prac umożliwiło manipulowanie cenami za prace najczęściej realizowane przy zachowaniu pozorów konkurencyjności oferty. Akceptacja takiego sposobu działania prowadziłaby, zdaniem Odwołującego, do zachwiania uczciwej konkurencji w postępowaniu, ponieważ wykonawca na skutek niedozwolonego sposobu kształtowania cen uzyskuje znaczną przewagę konkurencyjną. Odwołujący podkreślił także, że ceny jednostkowe wskazane w Tabeli B są cenami niższymi od kosztów świadczenia usług, które mają być rozliczane według tych cen. Oferta Przystępującego w zakresie ww. pozycji została wyceniona nie tylko bez uwzględnienia zysku i kosztów pobocznych, ale poniżej kosztów własnych, tym samym stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

W takich okolicznościach wybór oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej był nieuzasadniony. Takie działanie Zamawiającego doprowadziło także do naruszenia art. 7 Pzp, przez uniemożliwienie realizacji zasady uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami.

W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości. Podkreślił, że dokonał szacunkowej wartości zamówienia z dochowaniem należytej staranności w oparciu o ceny rynkowe. Wyjaśnił ponadto, że w sprawie nie zaistniały przesłanki nakazujące Zamawiającemu postępowanie zgodne z dyspozycją art. 90 Pzp, a skoro nie miała miejsca konieczność badania rażąco niskiej ceny samo odwołanie jako pozbawione usprawiedliwionych podstaw winno ulec oddaleniu w całości. Zamawiający podkreślił, że analizując złożoną w toku postępowania ofertę, ustalił, że jest ona niższa o 28,54% od wartości szacunkowej zamówienia, powiększonej o VAT - skutkiem czego brak jest obowiązku po stronie Zamawiającego aby wzywać do złożenia wyjaśnień. Nadto zwrócił uwagę, że usługi określone w tabeli B formularza ofertowego, to czynności realizowane jedynie na zlecenie Zamawiającego (co do których brak jest roszczenia o zapłatę), nie stanowią one istotnej części zamówienia. Nie sposób jest uznać by zgodnie z zasadami logiki, doświadczenia życiowego i prowadzenia działalności gospodarczej z nastawieniem osiągnięcia zysku, kalkulować oferty (czy też obliczać zysk) w oparciu o te czynności, ponieważ istnieje prawdopodobieństwo graniczące z pewnością, iż z tytułu tych usług (z tabeli B) Zamawiający nie wypłaci ani złotówki. Istotne elementy składowe oferty znajdują się jedynie w tabeli A formularza ofertowego - część gwarantowana. Fakt natomiast, iż oferta Przystępującego w tabeli A - czynności obowiązkowe - zawiera wyższą wycenę niż oferta Odwołującego o 13,1% prowadzić może jedynie do wniosku, iż Przystępujący lepiej rozumie ryzyko ekonomiczne związane ze spełnieniem warunków zamówienia zawierając w sobie

obliczenia kosztów i zysku w oparciu o czynności stałe, czyli odnosi się i opiera na istotnych częściach zamówienia.

Przystępujący w piśmie procesowym z dnia 6 kwietnia 2021r. wniósł o oddalenie odwołania. Podkreślił, że nie był wzywany przez Zamawiającego do złożenia wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny, co wyłącza możliwość odrzucenia przez Zamawiającego jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 3 Pzp, ponieważ Zamawiający nie może odrzucić oferty wykonawcy jako rażąco niskiej bez przeprowadzenia procedury z art. 90 ust. 1 Pzp - nie może bowiem zakładać, że w wyniku wyjaśnień wykonawcy zamawiający nie uzna tej ceny za skalkulowaną prawidłowo. Wniosek o zaoferowaniu rażąco niskiej ceny może być wywiedziony dopiero po wyczerpaniu procedury jej wyjaśnienia. Tym samym zarzut zaniechania dokonania czynności polegającej na odrzuceniu oferty Przystępującego pomimo, że oferta ta zawiera rażąco niską cenę jest chybiony.

Przystępujący wskazał, że sformułowanie „budzą wątpliwości”, w art. art. 90 ust. 1, wskazuje na wrażenie Zamawiającego charakteryzujące się dużym stopniem subiektywności. Przepisy Pzp w tym zakresie nie wskazują żadnych przesłanek uzasadniających konieczność wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień. Zamawiający może powziąć wątpliwości w oparciu o szereg czynników, w tym doświadczenie nabyte przy udzielaniu tego rodzaju usług, znajomość cen obowiązujących na rynku, ceny innych ofert złożonych w postępowaniu itp. W niniejszym postępowaniu Zamawiający wątpliwości nie miał. Zgodnie z art. 90 ust. 1 Pzp zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień „jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów. Istotnymi częściami składowymi ceny lub kosztu będą te części składowe ceny lub kosztu, które ze względu na wielkość lub rozmiar oraz wartość stanowią przede wszystkim istotny element przy obliczaniu ceny. W niniejszym postępowaniu przedmiotem zamówienia jest usługa sprzątnia powierzchni wewnętrznych budynków w jednostkach, instytucjach i obiektach wojskowych kompleksów administrowanych przez 2. WOG we Wrocławiu na terenie Sekcji Obsługi Infrastruktury (SOI) nr 2. W rozdziale III SIWZ pkt. 7 Zamawiający wskazał, że „Pod pojęciem „kluczowe części zamówienia” rozumie się sprzątnie powierzchni wewnętrznych budynków w dni robocze, których zakres i wymagania dotyczące ich realizacji zostały określone w tabeli A formularza ofertowego”. Tym samym za istotne części składowe należy uznać usługi wymienione w pkt. od 1 do 5 Tabeli A. Pozostałe usługi stanowią uzupełnienie prac realizowanych na bieżąco.

Przystępujący zauważył, że Odwołujący zarzucił mu rażąco niską cenę w zakresie prania firan, zasłon, czyszczenia żaluzji, rolet i verticali, natomiast sam zaoferował niniejsze

usługi w wartości o połowę niższej. W ramach ofert złożonych na ten okres dla SOI 3 czy SOI 7 Odwołujący zaoferował wykonanie niniejszej usługi w wartości 0,50zł za m2 (Dowód nr 1, Dowód nr 2). Wobec powyższego trudno Przystępującemu uznać zasadność stawianych zarzutów przez Odwołującego, kiedy sam oferuje usługi w wartościach o połowę niższej niż wartość zaproponowana przez Przystępującego. Tym samym cena Przystępującego jest w pełni ceną rynkową i słuszenie nie wzbudziła wątpliwości Zamawiającego. Podnoszone przez Odwołującego sprzątanie pokoi gościnnych stanowiące usługę realizowaną jedynie na ewentualne zgłoszenie Kierownika SOI obejmuje powierzchnie stanowiącą 0,003 % obsługiwanej na bieżąco powierzchni wewnętrznej. Trudno uznać ją za istotną składową ceny.

Ponadto Odwołujący mylnie porównuje 1:1 usługę sprzątania powierzchni wewnętrznych budynków w Tabeli A z usługą dodatkową w Tabeli B. Gdyby była to ta sama usługa Zamawiający nie wymagałby jej wyceny dwukrotnie. Nie są to usługi tożsame, Tabela B dotyczy usługi dodatkowej, uzupełniającej do bieżącego sprzątania, bezcelowe jest więc porównywanie tych cen.

W konsekwencji zarzut ten jest bezzasadny. Również w opinii Przystępującego, pozostałe zarzuty Odwołującego są nietrafione. Czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy. Celem takiego działania jest uzyskanie przewagi nad innymi wykonawcami wedle przyjętych przez zamawiającego kryteriów oceny ofert. Zgodnie z opisem kryteriów oceny zawartej w SIWZ, którymi Zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty - to cena brutto oferty za dwa lata, tzn. oferta z najniższą ceną brutto za dwa lata za pełny zakres. Ponadto wszystkie usługi ujęte w Formularzu ofertowym objęte są tą samą stawką Vat 23%.

Odwołujący, pomimo zarzucenia Przystępującemu manipulacji cenowej, w żaden sposób nie wykazał jak konkretnie wycena usług przez Przystępującego naruszyła jego interes i na czym konkretnie polegało cyt.: „manipulowanie cenami za prace najczęściej realizowane”. Odwołujący ograniczył się jedynie do ogólnikowych stwierdzeń, bez wykazania konkretnych działań Przystępującego i wpływu ich na konkurencyjność jego oferty.

Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również oświadczenia, stanowiska stron złożone w trakcie rozprawy, ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Mając na uwadze treść art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 poz. 2020), do postępowań odwoławczych oraz postępowań toczących się wskutek wniesienia skargi do sądu, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych po dniu 31 grudnia 2020 r., dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem 1 stycznia 2021r., stosuje się przepisy ustawy, o której mowa w art. 1, Izba do postępowania odwoławczego w przedmiotowej sprawie zastosowała przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 ze zm., dalej jako „ustawa nPzp”). Do rozpoznania odwołania zastosowanie natomiast znajdowały przepisy Pzp obowiązujące w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu wykonawcę S&A Service Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego stwierdzając, że spełnione zostały przesłanki, o których mowa w art. 525 ust. 1-3 ustawy nPzp.

Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 ustawy nPzp i skierowała sprawę na rozprawę.

Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone w art. 505 ust. 1 nowej ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z treści SIWZ, odpowiedzi na odwołanie oraz pisma procesowego Przystępującego, a z dowodów przedłożonych przez Odwołującego na rozprawie.

Na podstawie ww. dokumentów Izba ustaliła, że stan faktyczny sprawy nie jest sporny i został przedstawiony w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie adekwatnie do treści przywołanych powyżej dokumentów.

Izba zważyła:

Po pierwsze, nie potwierdził się zarzut zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp. Wskazać należy, że zastosowanie sankcji wynikającej z powyższego przepisu możliwe jest dopiero w momencie ustalenia przez Zamawiającego, że cena oferty danego wykonawcy zawiera cenę rażąco niską. To zaś możliwe jest dopiero po obligatoryjnym wezwaniu wykonawcy przez Zamawiającego do złożenia wyjaśnień dotyczących ceny oferty i jej istotnych części składowych. Brak natomiast

przeprowadzenia procedury wezwania opartej na podstawie art. 90 ust. 1 lub ust.1a Pzp skutkuje brakiem możliwości zastosowania przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp.

Jak natomiast ustaliła Izba, w niniejszym postępowaniu Przystępujący nie był wzywany przez Zamawiającego do złożenia wyjaśnień w zakresie realności zaoferowanej przez niego ceny oferty z uwagi na brak wystąpienia ustawowych przesłanek warunkujących jej przeprowadzenia. Powyższe skutkuje natomiast stwierdzeniem, że sformułowane przez Odwołującego zarzuty naruszenia ww. art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 3 Pzp należało uznać za przedwcześnie, a w konsekwencji podlegające oddalaniu.

Kolejno rozstrzygnięcia Izby wymagała okoliczność, czy w rozpoznawanym stanie faktycznym Zamawiający winien powziąć wątpliwości co do realności cen wskazanych przez Przystępującego w Tabeli B Formularza ofertowego.

Uwzględniając zaprezentowane przez strony postępowania odwoławczego wyjaśnienia i dowody Izba stwierdziła, że Odwołujący nie zdołał wykazać, że po stronie Zamawiającego takie wątpliwości winny powstać, a ponadto stwierdziła, że Zamawiający wykazał zasadność nieskorzystania przez niego w procedury wynikającej z art. 90 ust. 1 Pzp.

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

- 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 ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. Nr 200, poz. 1679, z późn. zm.);
- 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.

Z kolei stosownie do art. 90 ust. 1a Pzp, w przypadku gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od:

- 1) 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;

2) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania, w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych, zamawiający może zwrócić się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1.

Nie było sporne między stronami, że w rozpoznawanej sprawie cena całkowita oferty Przystępującego nie była niższa o co najmniej 30% od średniej arytmetycznej ofert oraz od wartości zamówienia powiększonej o podatek VAT.

Odnosząc się do kwestii zaistnienia przesłanek wezwania do wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp, podkreślić należy, że zgodnie z tym przepisem Zamawiający ma obowiązek wezwać wykonawcę do złożenia wyjaśnień, w sytuacji gdy cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów. W świetle tego przepisu dla powstania obowiązku wezwania do wyjaśnień nie jest wystarczające, że jakkolwiek element oferty budzi wątpliwości co do realności wyceny, przepis ten wprost stanowi, że dotyczy to tylko elementów istotnych. Ustawa nie określa, według jakich kryteriów należy oceniać kwestię istotności elementu składowego ceny. W ocenie Izby należy przyjąć, że istotne są te elementy, których wartościowy udział w przedmiocie zamówienia jest znaczny lub od których – ze względu na ich merytoryczne znaczenie – zależy osiągnięcie zasadniczych celów, dla których zamówienie jest udzielane. Chodzi więc o elementy istotne pod względem wartościowym lub merytorycznym, mogące zaważyć na powodzeniu zamówienia jako całości. Podkreślenia wymaga, że w postępowaniu odwoławczym ciężar dowodu, że zaistniały określone w art. 90 ust. 1 Pzp przesłanki wezwania do wyjaśnień, obciążał – na zasadach ogólnych – Odwołującego. Odwołujący był więc zobowiązany wykazać, że cena całkowita oferty lub takie jej elementy składowe, które mają charakter istotny, są tak niskie, że obiektywnie powinny wzbudzić wątpliwości co do ich realności.

Zarzuty odwołania sprowadzają się do zakwestionowania części składowych ceny – Odwołujący podważył realność wyceny czterech pozycji wskazanych w Tabeli B Formularza ofertowego, tj. wyceny:

1. Dodatkowego sprzątnia powierzchni wewnętrznych budynków do 24 razy w roku na zlecenie Kierownika SOI - oferowana kwota to 0,02 zł za 1 m²,
2. sprzątnia pokoi gościnnych 180 razy w roku - oferowana kwota to 0,02 zł za 1 m²,
3. Prania firan i zasłon - oferowana kwota to 1 zł na 1 m²,

4. Czyszczenia żaluzji, rolet i verticali - oferowana kwota to 1 zł na 1 m².

W tym miejscu wskazać należy, że w rozdziale III SIWZ pkt. 7 Zamawiający wskazał, że: „Pod pojęciem „kluczowe części zamówienia” rozumie się sprzątanie powierzchni wewnętrznych budynków w dni robocze, których zakres i wymagania dotyczące ich realizacji zostały określone w tabeli A formularza ofertowego.”. Z powyższego wprost wynika, że czynności wskazane w Tabeli B nie stanowią istotnej części zamówienia, są to bowiem usługi dodatkowe do usługi głównej wycenianej przez wykonawców w Tabeli A.

Kolejno Izba stwierdziła, że Odwołujący – wbrew ciążącemu na nim obowiązki – nie wykazał zaistnienia okoliczności, które obligowałyby Zamawiającego do wezwania Przystępującego do wyjaśnień. Odwołujący w uzasadnieniu całkowicie pominął ustawową przesłankę istotności kwestionowanych elementów składowych ceny. Stanowisko Odwołującego zaprezentowane w odwołaniu oraz na rozprawie zmierzało do wykazania, że wycena ww. pozycji Tabeli B jest rażąco niska. Odwołujący przedstawił w tym zakresie nie tylko porównanie do cen obowiązujących na rynku, ale także wskazał na konieczność uwzględnienia w cenie ww. pozycji wszystkich czynników kosztotwórczych, tj. kosztów pracy, sprzętu i chemii. Odwołujący całkowicie pominął jednak najważniejszy aspekt, od którego ustawa uzależnia obowiązek przeprowadzenia procedury wyjaśniającej, tj. aspekt istotności kwestionowanych pozycji cenowych. Odwołujący ani w odwołaniu, ani podczas rozprawy nie podjął nawet próby wykazania, że objęte zarzutami składniki ceny mają w jakimkolwiek znaczeniu charakter istotny.

Wskazać natomiast należy, że jak wyjaśniał Zamawiający, pozycje wskazane w Tabeli B Formularza oferty są nieistotne z punktu widzenia ceny oferty, a ponadto wyjaśnił, że w latach 2019-2020 z tytułu usług zawartych w tabeli B wydatkował kwotę 184,50 zł za wszystkie wymienione tam usługi. Zamawiający wyjaśnił, że usługi wskazane w Tabeli B są to usługi o charakterze dodatkowym do usługi głównej wymienionej w Tabeli A, a ponadto wskazywał, że istnieje duże prawdopodobieństwo, że usługi te nie będą zlecane.

Uwzględniając więc powyższe stanowisko Izba stwierdziła, że usługi wskazane w Tabeli B nie mogą wpłynąć na to, że realizacja zamówienia zgodnie z wymaganiami Zamawiającego jest zagrożona i może skutkować dla wykonawcy stratą. Wobec braku wykazania przez Odwołującego ich istotnego znaczenia wynikającego z innych niż wartość okoliczności, należy uznać, że zarzuty odwołania nie mogły być uznane za zasadne.

W związku z więc z faktem, że Odwołujący całkowicie pominął ustawową przesłankę, od której uzależnione jest powstanie obowiązku wezwania do wyjaśnień, to już tylko z tego powodu zarzuty należało uznać za niezasadne. Na marginesie zauważyć należy, że pomimo kwestionowania cen zaproponowanych przez Przystępującego, to sam Odwołujący – jak wyjaśnił i wskazał Zamawiający – za usługę wskazaną w pozycji 2 Tabeli A „Sprzątanie

powierzchni wewnętrznych w stołówce żołnierskiej (2 razy dziennie, 7 dni w tyg.)” zaoferował stawkę 1 gr/m², a za „Sprzątanie powierzchni wewnętrznych budynków (dni robocze)” 2 gr/m². Ponadto, jak wskazał Zamawiający, Przystępujący zaoferował wyższą cenę od Odwołującego za usługi stanowiące istotny składnik zamówienia, tj. wymienione w Tabeli A, co również uzasadnia brak powstania wątpliwości co do realności ceny po stronie Zamawiającego.

Nie mogą mieć wpływu na ocenę zarzutów przedłożone przez Odwołującego dowody w postaci cen za usługę sprzątania, bowiem po pierwsze wskazać należy, że z dowodu pochodzącego ze strony kalkulatora budowlanego wynika, że cennik dotyczy sprzątania biur po remoncie, a taka usługa nie jest objęta niniejszym postępowaniem. Ponadto z przedłożonych dowodów nie wynika na jakiej podstawie ceny z nich wynikające zostały obliczone i w odniesieniu do jakiej powierzchni, tj. czy dotyczą sprzątania hali czy biura, co w sposób istotny wpływa na wysokość cen.

Wobec niewykazania przez Odwołującego okoliczności, od których zależy powstanie obowiązku wezwania do wyjaśnień dotyczących elementów składowych ceny, zarzuty w tym zakresie należy uznać za niezasadne. Skoro Odwołujący nie wykazał, aby przepis art. 90 ust. 1 Pzp znajdował w rozpoznawanej sprawie zastosowanie, odwołanie jest niezasadne.

Kolejno Izba uznała, iż nie doszło w niniejszym postępowaniu także do naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp, zgodnie z którym Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Stosownie natomiast do art. 3 ust. 1 u.z.n.k. czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Ponadto zgodnie z art. 15 ust. 1 pkt 1 i 5 tej ustawy 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, a także działanie mające na celu wymuszenie na klientach wyboru jako kontrahenta określonego przedsiębiorcy lub stwarzanie warunków umożliwiających podmiotom trzecim wymuszanie zakupu towaru lub usługi u określonego przedsiębiorcy.

Izba stwierdziła, że Odwołujący nie zdołał wykazać, że Przystępujący działał sprzecznie z prawem lub dobrymi obyczajami w sposób zagrażający lub naruszający interes innego przedsiębiorcy oraz, że działał w celu utrudnienia innym przedsiębiorcom dostępu do rynku lub w celu eliminacji innych przedsiębiorców. Okoliczność, że Przystępujący kalkulując ceny oferty wyżej wycenił usługi wskazane w Tabeli A, stanowiące istotny składnik ceny, a niżej wycenił usługi dodatkowe, które będą sporadycznie realizowane i nie stanowią istotnej części zamówienia, wynika z przyjętej przez Przystępującego taktyki biznesowej. Nie prowadzi natomiast do eliminacji z rynku innych wykonawców ani nie wypełnia przesłanek

Sygn. akt KIO 820/21

zawartych w art. 3 ust. 1 u.z.n.k. Ponadto wskazać należy, że Odwołujący nie wykazał z jakimi normami prawnymi i dobrymi obyczajami działania Przystępującego są sprzeczne. W związku z tym nie ma podstaw do stwierdzenia, że oferta Przystępującego podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp. Izba za nieudowodnione uznała także twierdzenia Odwołującego jakoby Przystępujący „manipulował cenami za prace najczęściej realizowane”.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba stwierdziła, że Zamawiający nie naruszył przepisów art. art. 89 ust. 1 pkt 4, art. 90 ust. 1 i 3, art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp oraz art. 7 ust. 1 i 3 Pzp.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 Pzp z 2019 r. w zw. z § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020r. poz. 2437).

Przewodniczący:.....