

WYROK
z dnia 29 października 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Matecka

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 października 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 października 2019 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: DGP Clean Partner Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Legnicy, DGP PROVIDER Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Legnicy, 7MG Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Legnicy, SEBAN Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach oraz Partner Medica Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Legnicy w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Zarząd Gospodarki Mieszkaniowej w Legnicy

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Usług Wielobranżowych Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu, P. Ś. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Usług Wielobranżowych Ś. P., SMGL 1 Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Opolu, SMGL 2 Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Opolu oraz Ann-Pol Inwestycje 3 Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Opolu zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie w zakresie zarzutów dotyczących zaniechania odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Usług Wielobranżowych Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu, P. Ś. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Usług Wielobranżowych Ś. P., SMGL 1 Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z

siedzibą w Opolu, SMGL 2 Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Opolu oraz Ann-Pol Inwestycje 3 Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Opolu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórne przeprowadzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Usług Wielobranżowych Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu, P. Ś. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Usług Wielobranżowych Ś. P., SMGL 1 Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Opolu, SMGL 2 Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Opolu oraz Ann-Pol Inwestycje 3 Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Opolu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

2. W pozostałym zakresie zarzuty odwołania oddala.
3. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego, i:
 - 3.1. 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;
 - 3.2. zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 19 320 zł 46 gr (słownie: dziewiętnaście tysięcy trzysta dwadzieścia złotych czterdzieści sześć groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu na posiedzenie i rozprawę.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Legnicy.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Zarząd Gospodarki Mieszkaniowej w Legnicy prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Sprzątanie budynków i terenów zewnętrznych administrowanych przez Zarząd Gospodarki Mieszkaniowej w Legnicy”. Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843), dalej jako „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 26 lipca 2019 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2019/S 143-352446.

W dniu 14 października 2019 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: DGP Clean Partner Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Legnicy, DGP PROVIDER Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Legnicy, 7MG Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Legnicy, SEBAN Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach oraz Partner Medica Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Legnicy wnieśli odwołanie na czynności dokonane oraz na zaniechanie dokonania czynności przez zamawiającego w ww. postępowaniu (w zakresie części 1 i 2) polegające na:

- 1) wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Usług Wielobranżowych Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu, P. Ś. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Usług Wielobranżowych Ś. P., SMGL 1 Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Opolu, SMGL 2 Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Opolu oraz Ann-Pol Inwestycje 3 Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Opolu (dalej jako przystępujący),
- 2) błędnej ocenie wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez przystępującego i uznanie, iż spełniają one wymagania określone w ustawie Pzp, podczas gdy złożone wyjaśnienia są lakoniczne, ogólne, niewystarczające, nie poparte żadnymi dowodami, co więcej zawarte w nich treści wprost wskazują na okoliczność zaoferowania rażąco niskiej ceny i dokonanie nieuprawnionego przesunięcia kosztów pomiędzy poszczególnymi wycenianymi usługami opodatkowanymi różnymi stawkami podatku od towarów i usług,
- 3) zaniechaniu odrzucenia oferty przystępującego, mimo iż zawiera ona cenę skalkulowaną nierzetelnie, rażąco niską cenę jednostkową za pozycje formularza ofertowego budynku - kondygnacje (tj. sprzątanie powierzchni wewnętrznych) w stosunku do przedmiotu

zamówienia, w szczególności przystępujący nie udźwignął ciężącego na nim ciężaru udowodnienia, iż oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, w szczególności ceny jednostkowej we wskazanej pozycji,

- 4) zaniechaniu odrzucenia oferty przystępującego, mimo iż jej złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji, albowiem przystępujący dokonał niedozwolonych przesunięć w ramach ceny ogółem i część kosztów wykonania usługi na powierzchnie wewnętrzne (pozycja z formularza ofertowego: budynki - kondygnacje, usługi objęte 23% stawką podatku VAT) przesunął do kosztów wykonania usługi na powierzchnie zewnętrzne (opodatkowane 8% stawką podatku VAT), co pozwoliło mu na złożenie oferty o cenie brutto niższej niż inni wykonawcy i uzyskanie zamówienia, jak również uszczuplenie należnego podatku VAT,
- 5) podejmowaniu czynności w postępowaniu w sposób naruszający zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a także wybór oferty najkorzystniejszej niezgodnie z przepisami ustawy Pzp poprzez stworzenie sytuacji, w której porównanie ofert nie jest możliwe.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- 1) art.90 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez przystępującego w sytuacji, gdy:
 - przystępujący złożył nierzetelne, ogólnikowe i lakoniczne wyjaśnienia, a przede wszystkim nie przedstawił dowodów, uzasadniających podniesione przez siebie twierdzenia w zakresie ceny i jej istotnych części składowych, a tym samym nie wykazał, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia,
 - przystępujący nie skalkulował pełnego zakresu przedmiotu zamówienia i nie jest on w stanie wykonać przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego, w szczególności z uwagi na: zadeklarowaną ilość pracowników przeznaczonych do realizacji zamówienia, przyjętą do wyceny nieprawidłową ilość powierzchni do sprzątnięcia w pozycji formularza cenowego budynki - kondygnacje, konieczność zapewnienia pracownikom praw pracowniczych, uwzględnienia wynikających z postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) kosztów pracowniczych,
 - przystępujący nie doszacował istotnej części składowej ceny jednostkowej tj. pozycji w formularzu cenowym budynki - kondygnacje, m.in. z przyczyn wskazanych powyżej, jak również z uwagi na błąd metodologiczny tkwiący w sposobie wyliczenia ceny ofertowej tj.

przystępujący nie kalkulował w ramach podanych cen jednostkowych za usługę ujętą w pozycji budynku - kondygnacje wszelkich kosztów realizacji wycenianej usługi (poprzez przypisanie ich do konkretnej wyszczególnionej pozycji w formularzu ofertowym), przystępujący za wiążącą traktował wyłącznie podaną cenę brutto za całość usługi, natomiast podane ceny jednostkowe traktował pomocniczo i nie widział konieczności ujęcia w nich pełnych kosztów realizacji usługi,

a w konsekwencji

- zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez przystępującego mimo, iż oferta ta zawierała rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,

Zamawiający tym samym wbrew dyspozycji art. 90 ust. 3 Pzp jedynie formalnie dopełnił procedury wyjaśniającej, nie przeprowadzając pogłębionej merytorycznej analizy wyjaśnień złożonych przez przystępującego, mimo iż:

- przystępujący nie udźwignął spoczywającego na nim ciężaru dowodu, a tym samym nie obalił domniemania, że cena oferty jest rażąco niska,
- co więcej opisany przez przystępującego sposób obliczenia ceny w wyjaśnieniach ceny wskazuje, iż wykonawca ten nie kalkulował należycie pełnych kosztów realizacji usługi w szczególności w podanej cenie jednostkowej za poszczególne usługi a dokonywał nieuprawnionych przesunięć kosztów pomiędzy poszczególnymi cenami jednostkowymi,

2) art. 90 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 3 oraz art. 90 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp zw. z art. 3 ust. 1 w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tj. Dz. U. z 2018 r. poz. 419, ze zm.) poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez przystępującego w sytuacji, gdy jej złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji, albowiem przystępujący dokonał niedozwolonych przesunięć w ramach ceny ogółem i część kosztów wykonania usługi na powierzchnie wewnętrzne (pozycja z formularza ofertowego: budynku - kondygnacje, usługi objęte 23% stawkę podatku VAT) przesunął do kosztów wykonania usługi na powierzchnie zewnętrzne (opodatkowane 8% stawką podatku VAT), co pozwoliło mu na złożenie oferty o cenie brutto niższej niż inni wykonawcy i uzyskanie zamówienia, z jednoczesnym uszczupleniem należnego podatku VAT,

3) art. 7 ust. 1 i ust. 3 w zw. z art. 91 ust. 1 oraz w zw. z art. 2 pkt 5 ustawy Pzp poprzez przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, co przejawiało się poprzez wybór jako oferty najkorzystniejszej oferty podlegającej odrzuceniu z uwagi na

fakt, iż przystępujący nie obalił domniemania prawnego, iż oferta zawiera rażąco niską cenę.

W związku z podniesionymi zarzutami odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności polegającej na ocenie ofert i wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez przystępującego oraz dokonania ponownej oceny ofert, w tym odrzucenia oferty przystępującego oraz dokonania wyboru jako najkorzystniejszej oferty odwołującego.

Uzasadniając podniesione zarzuty odwołujący stwierdził w szczególności, co następuje:

Odwołujący wskazał, iż w przedmiotowym postępowaniu zamawiający przewidział rozliczanie miesięczne za faktycznie wykonane prace w oparciu o zaoferowane ceny jednostkowe usługi sprzątania kondygnacji. W takim przypadku ceny jednostkowe nie są jedynie składnikiem ceny łącznej (wynagrodzenia wykonawcy), lecz pełnią funkcję samodzielnych cen, w oparciu o które w każdym miesiącu realizacji usługi jest naliczane wynagrodzenie. Wobec powyższego wskazane ceny jednostkowe powinny być oceniane w kategorii rażąco niskiej ceny oraz pod kątem czynu nieuczciwej konkurencji.

Odnosząc się do treści wyjaśnień złożonych przez przystępującego w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego wystosowane na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp odwołujący stwierdził, iż przystępujący jedynie ogólnie opisał pewne okoliczności, jednakże nie przedstawił szczegółowych informacji, konkretnych kalkulacji, wartości liczbowych pozwalających zamawiającemu na dokonanie oceny oferty pod kątem rażąco niskiej ceny. Odwołujący podkreślił, iż przystępujący nie przedstawił wraz z wyjaśnieniami żadnych dowodów. W związku z powyższym należy uznać, iż przystępujący nie sprostował obowiązkowi wykazania, iż zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niska.

Odwołujący wskazał, iż na podstawie udzielonych przez przystępującego wyjaśnień dokonał analizy poszczególnych elementów kosztotwórczych. W ocenie odwołującego wyniki tej analizy prowadzą do wniosku, iż przystępujący przyjął błędną metodologię wyliczenia ceny, błędne znaczenie ceny jednostkowej i nie wycenił całego zakresu przedmiotu zamówienia. Na potwierdzenie powyższych twierdzeń odwołujący przedstawił w treści odwołania szczegółowe wyliczenia.

Zdaniem odwołującego z przedstawionych wyliczeń wynika, iż cena jednostkowa za sprzątanie budynków - kondygnacji została zaniżona, a w konsekwencji należy przyjąć, iż doszło do alokacji kosztów pomiędzy poszczególnymi usługami, poprzez przeniesienie realnej wyceny składników zamówienia (usługi wewnątrz budynków) do innej pozycji wyceny (usługi na zewnątrz budynków). Zdaniem odwołującego przystępujący dopuścił się manipulacji cenowej, polegającej w szczególności na kreowaniu ceny w oparciu o znacznie zaniżone

koszty usługi sprzątnięcia powierzchni wewnętrznych objętych stawką podatku 23% oraz znacznie zawyżone ceny jednostkowe usług utrzymania terenów zewnętrznych utwardzanych, objętych niższą stawką podatku VAT, tj. 8%, na które przerzucono koszty usług sprzątnięcia powierzchni wewnętrznych, w celu osiągnięcia sprzecznej z prawem korzyści w postępowaniu.

II. Pismem wniesionym do Prezesa Izby w dniu 23 października 2019 r. zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie wnosząc o jego oddalenie. Uzasadniając zajęte w sprawie stanowisko zamawiający nie odniósł się bezpośrednio do treści odwołania, natomiast wskazał, iż zawarł z odwołującym sześć umów na sprzątnięcie budynków i terenów zewnętrznych na rzecz zamawiającego. Na podstawie ww. umów odwołujący świadczył na rzecz zamawiającego usługi w okresie od 1 stycznia 2017 r. Cena jednostkowa za sprzątnięcie jednej kondygnacji w budynkach, jaką odwołujący ujął w ofercie złożonej w postępowaniu prowadzonym w 2016 r. w trybie przetargu nieograniczonego wynosiła 0,20 zł. Cena ta w okresie trwania umowy została podwyższona aneksami do umowy, w związku ze zmianą minimalnego wynagrodzenia do kwoty 0,23 zł. Taka kwota ujęta jest również w umowach zawartych w trybie zamówienia z wolnej ręki, co oznacza, że przystępujący zaoferował kwotę prawie 17 krotnie większą niż obecna cena jednostkowa odwołującego. Jako dowody w niniejszej sprawie zamawiający złożył kopie umów (z dnia 29 grudnia 2016 r. wraz z aneksem z dnia 2 stycznia 2017 r., 2 stycznia 2018 r. oraz 31 grudnia 2018 r.; z dnia 30 kwietnia 2019 r. oraz z dnia 12 lipca 2019 r.) zawartych z podmiotami wchodzącymi w skład odwołującego się konsorcjum.

III. Pismem wniesionym do Prezesa Izby w dniu 16 października 2019 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Usług Wielobranżowych Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu, P. Ś. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Usług Wielobranżowych Ś. P., SMGL 1 Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Opolu, SMGL 2 Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Opolu oraz Ann-Pol Inwestycje 3 Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Opolu zgłosili przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego. Stanowisko w sprawie przystępujący przedstawił na rozprawie. Złożył opracowanie porównawcze cen jednostkowych wraz z załącznikami w postaci wyciągów z umów na podobny przedmiot zamówienia, jak objęty obecnym postępowaniem, zawartych z innymi podmiotami, wraz z referencjami. Z umów tych wynika, iż stawka za zamiatanie i mycie powierzchni wewnętrznych (powierzchni klatek) to 19 groszy za m² raz w tygodniu, natomiast stawka zaproponowana przez niego w niniejszym postępowaniu to 32 grosze. Stwierdził, że

przedstawił konkretne dowody przedstawiające stawki rynkowe, natomiast odwołujący nie odniósł się do żadnych wartości rynkowych, a jedynie do własnej stawki, która w jego ocenie jest zawyżona. Na dowód nieznacznego zakresu prac koniecznych do wykonania w ramach sprzątnięcia klatek schodowych złożył dowody w postaci zdjęć klatek. Wniósł o oddalenie odwołania.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron i uczestnika postępowania, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba ustaliła, co następuje:

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba stwierdziła, że odwołujący jest legitymowany zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 ustawy Pzp do wniesienia odwołania, co nie było sporne.

Na podstawie dokumentacji Postępowania Izba ustaliła w szczególności, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest wykonywanie usług związanych ze stałym utrzymywaniem czystości w budynkach mieszkalnych, mieszkalno-użytkowych, użytkowych w częściach wspólnego użytkowania i ze stałym utrzymywaniem czystości terenów wraz z utrzymaniem zieleni (teren frontowy, chodniki, podwórko), za utrzymanie których odpowiada zamawiający, oraz wykonywaniem niektórych zadań dozorczy domowego na terenie miasta Legnicy w części administrowanej przez Zarząd Gospodarki Mieszkaniowej w Legnicy. Przedmiot zamówienia został podzielony na dwie części: część 1 – rejon administrowany przez Oddział Gospodarki Mieszkaniowej nr 1 oraz część 2 – rejon administrowany przez Oddział Gospodarki Mieszkaniowej nr 2.

Zamawiający przewidział wymóg zatrudnienia na podstawie umowy o pracę przez wykonawcę lub podwykonawcę osób wykonujących wskazane poniżej czynności w trakcie realizacji zamówienia:

- 1) utrzymanie czystości terenów przyległych do budynków (teren frontowy i podwórko) i posesji niezabudowanych,
- 2) utrzymanie czystości w budynkach mieszkalnych, mieszkalno-użytkowych w częściach wspólnego użytkowania,
- 3) utrzymanie czystości w budynkach użytkowych w częściach wspólnego użytkowania.

Jako jedyne kryterium oceny ofert została wskazana łączna cena brutto oferty.

W formularzu ofertowym wykonawcy obowiązani byli podać ceny jednostkowe (wraz z wartością miesięczną netto, wartością netto za 29 miesiące oraz wartością brutto za 29 miesiące) dla następujących prac: 1) Budynki – kondygnacje; 2) Teren zewnętrzny frontowy z chodnikiem; 3) Teren zewnętrzny – podwórka – wnętrza blokowe.

W § 9 ust. 1 wzoru umowy przewidziano następujący sposób ustalania wynagrodzenia wykonawcy: „Wykonawcy z tytułu wykonywania umowy przysługiwac będzie miesięczne wynagrodzenie obliczone z uwzględnieniem cen jednostkowych, tj.:

..... zł netto + podatek VAT zgodny z obowiązującymi przepisami za jedną kondygnację,

..... zł netto + podatek VAT zgodny z obowiązującymi przepisami za 1 m² powierzchni terenu frontowego,

..... zł netto + podatek VAT zgodny z obowiązującymi przepisami za 1 m² powierzchni podwórka

i ilości określonych w aktualnym na koniec każdego miesiąca załączniku nr 1.”

W formularzu ofertowym przystępujący zaoferował następujące cenę jednostkowe: „Budynki – kondygnacje”: 3,80 zł/kond; „Teren zewnętrzny frontowy z chodnikiem”: 0,59 zł/m²; „Teren zewnętrzny – podwórka – wnętrza blokowe”: 0,23 zł/m². (w części 1 i 2).

Drugi z wykonawców, który złożył ofertę w postępowaniu (odwołujący) zaoferował następujące ceny jednostkowe: „Budynki – kondygnacje”: 26,93 zł/kond; „Teren zewnętrzny frontowy z chodnikiem”: 0,34 zł/m²; „Teren zewnętrzny – podwórka – wnętrza blokowe”: 0,20 zł/m². (w części 1 i 2).

Pismem z dnia 12 września 2019 r. zamawiający zwrócił się do przystępującego o złożenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny sprzątnia klatek schodowych w zakresie części 1 i 2 zamówienia, stwierdzając, iż w jego ocenie cena jednostkowa za sprzątnia klatek schodowych, która wynosi 3,80 zł netto za 1 kondygnację jest rażąco niska.

Odpowiedzi na ww. wezwanie przystępujący udzielił pismem z dnia 18 września 2019 r. Na podstawie treści ww. pisma Izba ustaliła, iż przystępujący nie udzielił wyczerpujących i konkretnych wyjaśnień na wezwanie zamawiającego. Wyjaśnienia zawierały głównie ogólne informacje i fragmentaryczne wyliczenia, nie zostały poparte żadnymi dowodami. W treści ww. pisma przystępujący w szczególności zakwestionował zasadność badania zaoferowanej przez niego ceny jednostkowej. Wskazał, iż wykonawca ma swobodę w kształtowaniu wysokości poszczególnych cen jednostkowych, natomiast badanie rażąco niskiej ceny należy odnosić do całkowitej ceny oferty. W ramach wyjaśnień przystępujący nie przedstawił żadnych kalkulacji zaoferowanej ceny jednostkowej „Budynki – kondygnacje”. Podał jedynie ogólne informacje o

ilości pracowników przewidzianych do realizacji zamówienia (w przeliczeniu na pełny etat, w odniesieniu do części 1 i części 2), średnim czasie sprzątnięcia klatek w ciągu dnia przez każdego pracownika, dane dotyczące ilości klatek schodowych (wraz z przeliczeniem na m²) oraz wielkość powierzchni zewnętrznej utwardzonej do utrzymania w czystości – przypadających dziennie na 1 osobę, a ponadto obliczenia stawki za 1 m² sprzątnięcia bieżącego, codziennego (tj. 5 x w tygodniu). Podkreślił, że nie będzie zatrudniał osobno pracowników na tereny zewnętrzne i osobno pracownika na tereny wewnętrzne. Każda z zatrudnionych osób będzie odpowiedzialna zarówno za teren zewnętrzny jak i teren wewnętrzny. Za bezpodstawne uznał przeliczanie wynagrodzenia jakie pracownik winien otrzymać za utrzymanie w porządku tylko terenu wewnętrznego i wyciąganie na tej podstawie wniosku, iż zaoferowana przez niego cena jest rażąco niska. Wprost stwierdził, iż „nie określał kosztów i ceny wykonania usługi dla terenów zewnętrznych i wewnętrznych osobno, lecz traktował usługę jako usługę kompleksową”.

Wprawdzie w treści wezwania zamawiającego była mowa o sprzątnięciu klatek schodowych, jednakże mając na uwadze całą treść tego wezwania, jak i treść odpowiedzi przystępującego, w ocenie Izby wykonawca ten nie miał wątpliwości, iż wezwanie dotyczy ceny jednostkowej przypisanej w formularzu cenowym pozycji „Budynek – kondygnacje”.

Izba pominęła dowody złożone przez przystępującego w postaci wyciągów z umów na podobny przedmiot zamówienia jak objęty obecnym postępowaniem, zawartych z innymi podmiotami, wraz z referencjami, gdyż tego rodzaju umowy, przedstawiane na potwierdzenie rynkowego charakteru ww. ceny jednostkowej, winny być składane na etapie udzielania przez wykonawcę wyjaśnień w odpowiedzi na wezwanie wystosowanego do niego na podstawie art. 90 ust. 1 lub 1a ustawy Pzp. Izba pominęła również dowody w postaci kopii umów zawartych z podmiotami wchodzącymi w skład odwołującego się konsorcjum załączone do odpowiedzi na odwołanie z uwagi na fakt, iż przedmiotem niniejszego postępowania odwoławczego jest cena jednostkowa zaoferowana w obecnym postępowaniu o udzielenie zamówienia przez przystępującego, a w szczególności ocena udzielonych przez niego wyjaśnień. Ze zdjęć klatek schodowych złożonych przez przystępującego trudno wywieść wnioski co do koniecznego zakresu prac, mające przełożenie na konkretne wartości ekonomiczne. Natomiast złożony przez odwołującego wyciąg z publikacji „612 oficjalnych norm czasu sprzątnięcia ISSA” stanowi jedynie potwierdzenie tego, iż normy czasu sprzątnięcia uwzględnione przez odwołującego w przedstawionych w odwołaniu obliczeniach pochodzą z tej publikacji.

Izba zważyła, co następuje:

Jak wynika z przedstawionych powyżej ustaleń Izby w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego wystosowane na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp przystępujący nie udzielił wyczerpujących i konkretnych wyjaśnień. Wyjaśnienia zawierały głównie ogólne informacje i fragmentaryczne wyliczenia, nie zostały poparte żadnymi dowodami. Mając na uwadze powyższe należy stwierdzić, iż w tej sytuacji została spełniona przesłanka odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp. Wprawdzie w przepisie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp mowa jest tylko o obowiązku odrzucenia oferty zawierającej rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia, jednakże regulację tę należy odczytywać łącznie z przepisem art. 90 ust. 3 ustawy Pzp. Zgodnie z ostatnim z wymienionych przepisów zamawiający obowiązany jest do odrzucenia oferty wykonawcy nie tylko w sytuacji, gdy dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia, lecz także w sytuacji, w której wykonawca nie udzielił wyjaśnień. Zgodnie natomiast z ugruntowanym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej przesłanka braku wyjaśnień zostaje spełniona także w przypadku udzielenia przez wykonawcę niewystarczających wyjaśnień, w szczególności niekompletnych i zbyt ogólnych, nie pozwalających na dokonanie oceny oferty pod kątem tego czy nie zawiera rażąco niskiej ceny. Mając na uwadze powyższe Izba uznała, iż potwierdził się zarzut zaniechania odrzucenia oferty przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.

W ocenie składu orzekającego Izby zamawiający niewątpliwie był władny zwrócić się do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień w zakresie jednej z trzech cen jednostkowych, jakie wykonawcy obowiązani byli wskazać w formularzu ofertowym, w szczególności, że zgodnie z § 9 ust. 1 wzoru umowy wynagrodzenie wykonawcy z tytułu wykonywania umowy będzie obliczane według cen jednostkowych. Należy podkreślić, iż każdy wykonawca podejmujący decyzję o wzięciu udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego obowiązany jest do dokonania prawidłowej i rzetelnej wyceny swojej oferty. Wykonawca musi mieć na uwadze to, iż w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia może zostać wezwany przez zamawiającego do przedstawienia wyjaśnień (wraz z dowodami) dotyczących zaoferowanej ceny. Takie wyjaśnienia mogą dotyczyć całkowitej ceny lub kosztu oferty jak i ich istotnych części składowych, za które należy między innymi uznać ceny jednostkowe według których będzie obliczane wynagrodzenie wykonawcy. Nieudzielenie wystarczająco konkretnych i kompletnych wyjaśnień będzie skutkowało odrzuceniem oferty. Odnosząc się do argumentacji przedstawionej w wyjaśnieniach przystępującego trzeba zauważyć, iż wykonawca nie ma obowiązku zatrudniania pracowników odrębnie dla poszczególnych usług składających się na przedmiot zamówienia. Obowiązkiem wykonawcy jest jednak przedstawienie wyczerpujących wyjaśnień zaoferowanej ceny, w tym w odniesieniu do jej

istotnej części składowej. W niniejszej sprawie przystępujący nie tylko nie wyjaśnił w jaki sposób kalkulował cenę jednostkową będącą istotną częścią składową ceny oferty, według której obliczane będzie wynagrodzenie, lecz wręcz w ramach wyjaśnień oświadczył, iż takiej odrębnej kalkulacji w ogóle nie dokonywał.

Natomiast za niepotwierdzony Izba uznała zarzut dotyczący zaniechania odrzucenia oferty przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. W ocenie składu orzekającego Izby odwołujący nie udowodnił, iż doszło do podnoszonej przez niego manipulacji cenowej polegającej na zaniżeniu ceny za usługi objęte wyższą stawką podatku VAT i zawyżeniu ceny za usługi objęte niższą stawką podatku VAT. Opieranie ww. wniosku wyłącznie na stwierdzeniu zaniżenia jednej z cen jednostkowych jest niewystarczające – stanowi jedynie przypuszczenie, iż zaniżenie jednej z cen zostało zrekompensowane zawyżeniem innej ceny jednostkowej objętej niższą stawką podatku VAT. Okoliczność ta nie została przez odwołującego wykazana, natomiast w ramach pierwszego zarzutu odwołujący wręcz twierdził, iż „Brak skalkulowania wszystkich kosztów (co zostało szeroko opisane powyżej), brak przedstawienia kalkulacji kosztów, założony poziom ceny jednostkowej przez Wykonawcę, spowoduje poszukiwanie na etapie realizacji zamówienia „oszczędności” kosztem jakości świadczonej usługi a nawet konieczności zaprzestania wykonywania umowy.” Skuteczne podniesienie zarzutu zaniechania odrzucenia oferty, której złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, wymaga wykazania ziszczenia się wszystkich przesłanek zastosowania tej podstawy odrzucenia oferty wykonawcy, co w niniejszej sprawie nie miało miejsce i w konsekwencji w tym zakresie odwołanie nie podlegało uwzględnieniu.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz § 3 pkt 1 i 2 i § 5 ust. 2 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), stosownie do wyniku postępowania, uznając, iż w przeważającym stopniu stroną „wygrywającą” jest odwołujący. W związku z powyższym Izba zasądziła od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 19.320,46 zł stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania (15.000 zł), wynagrodzenia pełnomocnika (3.600 zł - na podstawie złożonego rachunku) oraz dojazdu na posiedzenie i rozprawę (720,46 zł - na podstawie złożonego spisu kosztów, stosując posiłkowo przepisy rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 25 marca 2002 r. w sprawie warunków ustalania oraz sposobu dokonywania zwrotu

kosztów używania do celów służbowych samochodów osobowych, motocykli i motorowerów niebędących własnością pracodawcy (Dz. U. z 2002 r., poz. 271, ze zm.). Na konieczność posiłkowego stosowania w tym zakresie przepisów ww. rozporządzenia wskazuje się w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej oraz orzecznictwie sądowym - np. wyrok Sądu Okręgowego w Koszalinie z dnia z dnia 23 czerwca 2017 r. (sygn. akt VII Ca 338/17).

Przewodniczący: