

WYROK
z dnia 23 marca 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Lubomira Matczuk-Mazuś

Protokolant: Mateusz Zientak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 marca 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 marca 2017 r. przez wykonawcę: **I. C. Sp. z o.o., (...)**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **I. T. B., (...)**

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę: I. C. Sp. z o.o., (...), i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: Impel C. Sp. z o.o., (...) tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od wykonawcy: I. C. Sp. z o.o., (...) na rzecz zamawiającego: I. T. B. , ul. F. (...) kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164, z późn. zm.) na wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Warszawie.**

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – I. T. B. z siedzibą w (...) – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Świadczenie usług kompleksowego sprzątnia pomieszczeń biurowych i laboratoryjnych w budynkach I. T. B.”, na podstawie ustawy z dnia 24 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, w brzmieniu obowiązującym od 28 lipca 2016 r., zwanej alej „ustawa Pzp”, „ustawa” lub „Pzp”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 7.12.2016 r. pod numerem 2016/S 236-430867.

Odwołujący – I. C. Sp. z o.o. z siedzibą we (...) – wniósł odwołanie od czynności lub zaniechania czynności zamawiającego, zarzucając naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp, które ma wpływ na wynik postępowania:

- 1) art. 7 ust. 1 i 3 przez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 przez zaniechanie odrzucenia oferty uznanej za najkorzystniejszą, złożonej przez wykonawcę P.U. S.O.S. B. B. J. z siedzibą w (...) (dalej: B.) z uwagi na fakt, że zawiera rażąco niską cenę oraz jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji;
- 3) art. 91 ust. 1 w związku z art. 90 ust. 1-4 przez wadliwy wybór oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) uchylecia czynności wyboru oferty wykonawcy P.U. S.O.S. B. B. J.;
- 2) odrzucenia oferty złożonej przez tego wykonawcę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3, 4 ustawy Pzp;
- 3) dokonania ponownej oceny ofert i wybór najkorzystniejszej oferty spośród ofert ważnych.

Odwołujący wskazał interes w złożeniu odwołania – w razie uwzględnienia odwołania oferta odwołującego będzie ofertą najkorzystniejszą w postępowaniu.

Uzasadnienie odwołania.

Odwołujący powziął informację o wyborze oferty najkorzystniejszej w dniu 24 lutego 2017 r. na podstawie zawiadomienia przekazanego przez zamawiającego. Nie zgodził się z zasadnością czynności zamawiającego, uznając ją za bezpodstawną i nieznajdującą uzasadnienia w stanie faktycznym. Stwierdził, że oferta wykonawcy: P.U. S.O.S. B. B. J. winna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2, 3, 4.

Wskazał, że zamawiający w dniu 31.01.2017 r. wystąpił w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp do wykonawcy o przedstawienie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na cenę oferty w celu zbadania, czy zaoferowana cena ma charakter rażąco niski.

Na skutek nie udzielenia wystarczających wg zamawiającego wyjaśnień w dniu 2.02.2017 r., zamawiający ponownie wezwał wykonawcę w dniu 6.02.2017 r. do złożenia dalszych wyjaśnień. Wykonawca złożył wyjaśnienia w dniu 22.02.2017 r. (07.02.2017 r.). Odwołujący stanął na stanowisku, że z treści przedstawionych przez wykonawcę wyjaśnień wynika, że jego oferta zawiera rażąco niską cenę oraz, że wyjaśnienia te nie mogą być uznane za wyczerpujące. Wg odwołującego wyjaśnienia te są nierealne, gołosłowne i nierzeczywiste co powoduje, że cena oferty wykonawcy oparta o parametry przedstawione w wyjaśnieniach B. i w treści oferty B. jest rażąco niska.

Wykonawca zaproponował 1 073 134,73 PLN, drugi w kolejności – czyli odwołujący, zaproponował cenę 1 985 042,94 PLN. Cena oferty wykonawcy była niższa o 41,55% od średniej ofert złożonych w postępowaniu, a o 39,5% niższa od kwoty jaką zamawiający przewidział na sfinansowanie przedmiotu zamówienia.

Odwołujący stwierdził, że udzielone wyjaśnienia nie spełniają warunków opisanych w art. 90 ust. 1-3 ustawy Pzp. Podkreślił, że złożone przez wykonawcę wyjaśnienia rażąco niskiej ceny są pobieżne i nieudowodnione, gdyż wbrew obowiązкови wynikającemu z wezwania zamawiającego oraz przepisu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, wykonawca nie przedstawił w załączeniu do pisma żadnych dowodów na potwierdzenie swojego stanowiska. W szczególności odwołujący wskazał, że wykonawca nie przedstawił żadnych dokumentów potwierdzających prawdziwość i poprawność kalkulacji kosztów oferty B. w związku z zatrudnieniem pracowników na potrzeby realizacji zamówienia. Powyższe wynika z faktu, że nie ma możliwości aby koszty wskazane przez B. kształtowały się na tak niskim poziomie jak wskazany w jego ofercie i w wyjaśnieniach. Odwołujący wskazał: B. podał, że zamierza przeznaczyć na każdą z częstotliwości sprzątnania (5 x, 3 x i 1 x w tygodniu) określoną liczbę osób. Podał, także poszczególne powierzchnie, na których mają te osoby pracować. Dokonując przeliczenia wartości podanych w ofercie B., odwołujący stwierdził, że zostały znacząco zawyżone wszystkie wydajności pracy.

Odwołujący przedstawił tabelę wydajności jakie musieliby osiągać poszczególni pracownicy, aby udało im się rzetelnie wykonać swoją pracę. Ilość godzin w ostatniej kolumnie tabeli wynika z mnożenia ilości osób x ilość przepracowanych godzin dziennie x ilość dni w miesiącu. Stwierdził, że pracownicy pracujący z wydajnością ok. 150 m²/1h to już szczyt efektywności, a w tym przypadku ten wskaźnik przekroczony jest wielokrotnie:

Filtrowa 1: Rodzaj powierzchni 5 x – 196,00; 3 x – 259,00; 1 x – 550,00;

Ksawerów 21: 5 x – 159,00; 3 x -272,00; 1 x 161,00.

Odwołujący wskazał, że w wyjaśnieniach B. brak jest także wykazania kosztów sprzętu drobnego – wyjaśnienie, że zostało wybranemu wykonawcy sporo sprzętu po przegranych przetargach nie jest wystarczające, ponieważ nie wiadomo jaki to sprzęt, czy

w wystarczającej ilości, jakie są jego koszty utrzymania serwisu, itp. O ile sprzęt typu odkurzacz czy maszyna sprzątająca może zostać użyty w kolejnym obiekcie, o tyle mopy, ścierki, szczotki itp. sprzęt i materiały zużywają się i nie da się ich ponownie użyć na innych obiektach. Średni koszt miesięczny dla sprzętu drobnego typu mopy i inny zużywalny sprzęt to 170 zł dla realizacji usługi tożsamej z przedmiotowym zamówieniem, co daje w skali kontraktu koszt rzędu 4.000 zł – zupełnie nie przewidziany przez B.

Odwołujący wskazał także, że w wyjaśnieniach B. zawyżył swój przychód miesięczny z realizacji przedmiotu umowy, bowiem wbrew twierdzeniom B. z jego formularza cenowego nie wynika przychód podany w wyjaśnieniach 35 506,86 zł tylko 32 934,16 zł netto, co automatycznie zmniejsza rzekomy zysk firmy z 6 757,51 do 4 655,21 zł. Nie może zniknąć z pola widzenia, że B. wskazał, że koszty pracy koordynatora zostały wliczone w zysk firmy (Wyjaśnienia 2b), co przy wskazanym na poziomie 4 655,21 zł zysku musiałoby go jeszcze znacząco zmniejszyć o koszty tego koordynatora (wymaganego przez zamawiającego). W wyniku powyższego nawet jeżeli przyjąć, że B., jak twierdzi w wyjaśnieniach, osiągnie jakikolwiek zysk z realizacji przedmiotu umowy wg ceny ofertowej, to z powodu kosztów związanych z obowiązkiem zatrudnienia koordynatora – B. zysku nie osiągnie.

Wykonawca nie przedstawił żadnych dowodów dotyczących dysponowania sprzętem niezbędnym przy sprzątnięciu powierzchni wewnętrznych oraz zewnętrznych. Wykonawca nie udowodnił, że posiada taki sprzęt i że nie będzie ponosił żadnych dodatkowych kosztów ich zakupu. Brak również informacji o kosztach poszczególnych środków czystości, przewidzianych do wykonania usługi.

Odwołujący podkreślił, że zamawiający dokonując oceny wyjaśnień winien weryfikować poszczególne założenia kalkulacji wykonawcy i nie może bezrefleksyjnie akceptować braku takich informacji. Z porównania oferty wykonawcy z odwołującym lub innymi uczestnikami przetargu różnica pomiędzy wartością brutto, a wartością netto ceny ofertowej wybranego wykonawcy jest znacząca.

Oferta wybranego wykonawcy powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 ustawy z uwagi na to, że w ofercie zawarta jest cena rażąco niska. W konsekwencji oferta wykonawcy powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów.

Wyrok KIO 343/15 z dnia 9.03.2015 r.

Odwołujący stwierdził: zamawiający winien w trybie art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 90 ust. 3 ustawy Pzp odrzucić ofertę wykonawcy, ponieważ oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a dokonana ocena wyjaśnień złożonych przez

wykonawcę potwierdza brak możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego.

Wskazał, że w tym kontekście zamawiający pominął, że przepis art. 90 ustawy Pzp w aktualnym brzmieniu nakazuje traktowanie oferty jako zawierającej rażąco niską cenę, gdy jej istotne części składowe są rażąco niskie, czyli w niniejszym przypadku cena oferty w odniesieniu do wynagrodzenia za sprzątnięcie pomieszczeń i łazienki w każdej pompowni.

W OPZ zamawiający szczegółowo określił liczbę pracowników oraz godziny pracy i dni tygodnia, w których mają wykonywać usługę na terenach wewnętrznych. Na zadane przez wykonawców w trakcie postępowania pytanie, czy pracownicy ci mają wykonywać pracę w tych przedziałach godzin czy mają być fizycznie we wskazanych lokalizacjach w całym zakresie tego czasu, zamawiający odpowiedział, że ilość osób podana w SIWZ musi przebywać w określonych godzinach na terenie zamawiającego i wykonywać tam pracę. W innej odpowiedzi zamawiający nie pozwolił na zaproponowanie innej organizacji pracy niż ta, która jest wskazana w SIWZ.

Odwołujący podkreślił, że przepis art. 90 ustawy stanowi wyjątkowy instrument prawny, który przeniósł ciężar dowodzenia ze strony stawiającej zarzuty na stronę, której zarzut został postawiony. To nie zamawiający ma udowodnić, że istnieje przesłanka do odrzucenia oferty wykonawcy. Ciężar udowodnienia braku istnienia przesłanek do odrzucenia oferty spoczywa na wykonawcy, zaś zamawiający decyduje, czy wykonawca będzie zobligowany takie dowód przeprowadzić czy też nie. Stanowisko odwołującego znajduje potwierdzenie w aktualnym orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej – wyroki z dnia 10 listopada 2010 r., sygn. akt 2338; z dnia 10 maja 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 704/10; z dnia 12 sierpnia 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 1605/10; z dnia 23 grudnia 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 1443/08.

W konsekwencji odwołujący zauważył, że cena zaproponowana przez wybranego wykonawcę w jego ofercie ma charakter rażąco niski. Cena ofertowa jest niewiarygodna i nierealistyczna w porównaniu do pozostałych ofert złożonych w postępowaniu, cen rynkowych podobnych zamówień, jak również kwoty, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na finansowanie zamówienia.

Uznał, że deklaracja wykonawcy w zakresie realizacji zamówienia za powyższą cenę grozi zamawiającemu nienależytym wykonaniem lub niewykonaniem zamówienia w przyszłości. Kalkulacja wynagrodzenia na takim poziomie stanowi bezspornie czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisu art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Przepis ten stanowi, że czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odsprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców. Ponadto działaniem

spełniającym przesłanki uznania czynności przedsiębiorcy za czyn nieuczciwej konkurencji jest sprzeczność czynności z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy. Jeżeli działania podejmowane przez przedsiębiorcę nie wynikają z istoty konkurencji, lecz są podejmowane w celu utrudnienia dostępu do rynku i przy pomocy środków nieznajdujących usprawiedliwienia w mechanizmie wolnej konkurencji, stanowią one czyn nieuczciwej konkurencji.

W rezultacie odwołujący stwierdził, że wybór przez zamawiającego ww. oferty całkowicie świadczy o naruszeniu obowiązujących reguł i mechanizmów oraz zasad, które zamawiający sam ustalił. Odwołujący wniósł jak na wstępie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba uznała, że odwołujący jest czynnie legitymowany do wniesienia odwołania. Spośród 5. złożonych ofert na część 1 – (...) o zróżnicowanych cenach, począwszy od oferty wybranej, przez ofertę odwołującego, a skończywszy na ofercie zawierającej najwyższą cenę, oferta odwołującego byłaby brana pod uwagę jako najkorzystniejsza w przypadku wykazania naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp, mającego wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Zatem, zostały spełnione przesłanki z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba rozpoznała odwołanie na rozprawie, wobec nie wystąpienia negatywnych przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba ustaliła stan faktyczny.

Ceny ofert w złotych: P.U. S.O.S. B. B. J. (oferta wybrana) - 1 073 134,73; Impel C. Sp. z o.o. (odwołujący) - 1 985 042,94; P.V. A. - 2 892 529,21; Konsorcjum D. C. P. Sp. z o.o. - 3 180 563,73; A. Sp. j. B. W. - 3 781 979,23. Bezpośrednio przed otwarciem ofert zamawiający podał kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia część 1 – Warszawa: 1 645 927,43 zł (netto).

1. Zamawiający wezwał wykonawcę P.U. S.O.S. B. B. J. pismem z dnia 31 stycznia 2017 r., wskazując podstawę prawną art. 90 ust. 1 i ust. 1a ustawy Pzp, do złożenia wyjaśnień: *„(...) w związku z faktem, iż Państwa oferta jest niższa o ponad 30% od wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o wartość VAT oraz jako jedyna istotnie różni się cenowo od cen zaoferowanych przez pozostałych Wykonawców, zwracamy się z prośbą o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, że zaoferowana przez Państwa cena nie jest rażąco niska.*

Zamawiający prosi także o wykazanie i uzasadnienie elementów oferty, które w Państwa przypadku mają wpływ na wysokość ceny zamówienia. W szczególności, zgodnie z art. 90 ust. 1 pkt 1-5 ustawy Pzp mogą to być: (treść pkt 1-5 z ustawy). Zamawiający wymaga wskazania konkretnych uwarunkowań i czynników jakie towarzyszyć będą realizacji zamówienia, a które wpłynęły na wysokość zaoferowanej ceny, wraz ze wskazaniem opisu tych czynników i skali ich wpływu (merytorycznego jak i finansowego) na wysokość ceny. Udzielone wyjaśnienia wraz z dowodami mają na celu ocenę możliwości wykonania przez Państwa przedmiotowego zamówienia za zaoferowaną cenę, zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego.

W powyższym kontekście Zamawiający wymaga także szczegółowego odniesienia się do elementów istotnie różniących się wyceną od cen zaoferowanych przez innych Wykonawców, takich jak cenę jednostkowe za poszczególne rodzaje usług objętych ofertą, określone w formularzach cenowych dla lokalizacji (...), stanowiących załączniki do formularza oferty z dnia 25 stycznia 2017 r.

Wymagane jest także złożenie dowodów potwierdzających rzetelność i wiarygodność przyjętych założeń kosztowych. Ocena wiarygodności i rzetelności założonych kosztów dokonana zostanie w świetle przedstawionych przez wykonawcę obiektywnych czynników. Zamawiający przypomina, iż zgodnie z art. 90 ust. 2 ustawy Pzp: „Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera niskiej ceny lub kosztu, spoczywa na wykonawcy”.

(...) Nie udzielenie wyjaśnień w ww. terminie skutkować będzie odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp. Na mocy tej samej podstawy prawnej oferta zostanie odrzucona, jeżeli dokonana przez Zamawiającego ocena udzielonych przez Państwa wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdzi, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.”

Wykonawca złożył wyjaśnienia w piśmie z dnia 02.02.2017 r. wskazując, że przedstawia szczegółową kalkulację kosztów utrzymania czystości, która była podstawą do sformułowania ostatecznej ceny zawartej w ofercie przetargowej.

W sumarycznym zestawieniu kosztów w rozbiciu miesięcznym, wyszczególnił lokalizacje I. (...) oraz II. (...), przyjmując jednakowy układ przedstawienia kosztów.

I. Lokalizacja (...):

Wskazał przewidywane zatrudnienie pracowników na podstawie umów o pracę; powierzchnię sprzątnięcia oraz częstotliwość:

A. Sprzątnięcie codzienne metraż 2359,17 m², zatrudnienie na podstawie umów o pracę 4 pracowników (1/2 etatu) x 1200,10 zł = 4800,40 zł;

Środki chemiczne wynikające ze średniego zużycia na 1 m² powierzchni przy sprzątnięciu pomieszczeń biurowych, socjalnych, ciągów komunikacyjnych - (Σ koszty, brutto / Σ m² sprzątniętych powierzchni/1 miesiąc) - 0,31 zł/m² brutto x 1,6 (toalety) - 0,50 zł/m² brutto (VAT

23%) - 0,41 zł/m² netto, tj. 2359,17 m² x 0,41 zł/m² - 967,26 zł; łączne koszty sprzątnięcia codziennego - 5767,66 zł.

B. Sprzątnięcie 3 x w tygodniu - 3120,30 m²/5 x 3 = 1872,18 m²; zatrudnienie 3 pracowników na podstawie umów o pracę (1/2 etatu) x 1200,10 zł = 3600,30 zł;

Środki chemiczne wynikające ze średniego zużycia na 1 m² powierzchni przy sprzątnięciu pomieszczeń biurowych, socjalnych, ciągów komunikacyjnych w całej firmie P.U. S.O.S. B. (Σ kosztów brutto / Σ m² sprzątniętych powierzchni/1 miesiąc) - 0,31 zł/m² (VAT 23%) - 0,25 zł/m² netto, tj. 1872,18 m² x 0,25 zł/m² = 468,05 zł; łączne koszty sprzątnięcia 3 x w tygodniu = 4068,35 zł.

C. Sprzątnięcie 1 raz/tydzień - 4336,89 m²/5 = 867,38 m²; zatrudnienie na podstawie umów o pracę 2 pracowników (3/8 etatu) x 900,08 zł = 1800,16 zł;

Środki chemiczne wynikające ze średniego zużycia na 1 m² powierzchni przy sprzątnięciu pomieszczeń biurowych, socjalnych, ciągów komunikacyjnych w całej firmie P.U. S.O.S. B.; (Σ kosztów brutto / Σ m² sprzątniętych powierzchni/ 1 miesiąc) - 0,31 zł/m², (VAT 23%) - 0,25 zł/m² netto, tj. 867,38 m² x 0,25 zł/m² = 216,85 zł; łączne koszty sprzątnięcia 1raz/tydzień = 2017,01 zł.

D. Serwis dzienny - 1 osoba zatrudniona na podstawie umowy o pracę x 2400,20 zł = 2400,20 zł.

E. Łącznie koszty sprzątnięcia lokalizacji ul. (...) - Suma poz. (A-D) = 14253,22 zł miesięcznie.

II. Analogicznie została przedstawiona lokalizacja (...):

A1. Sprzątnięcie codzienne - 2545 m², łączne koszty sprzątnięcia codziennego = 5843,85 zł.

B1. Sprzątnięcie 3 razy w tygodniu - 2456,77 m², łączne koszty sprzątnięcia 3 razy/tydzień = 3068,76 zł.

C1. Sprzątnięcie 1 raz w tygodniu - 6262,30 m²; łączne koszty sprzątnięcia 1 raz/tydzień = 2713,32 zł.

D1. Serwis dzienny = 2400,20 zł.

E1. Łącznie koszty sprzątnięcia lokalizacji (...); Suma poz. (A1-D1) = 14026,13 zł miesięcznie.

III. Sumaryczne koszty sprzątnięcia lokalizacji (...); Suma pozycji E + E1 = 28279,35 zł miesięcznie netto.

IV. Przychód miesięczny netto (na podstawie załącznika Nr 1A oferty); Suma poz. 1-18 plus 1-17; Przychód (452456,44 + 399708,23)/24 = 35506,86 zł.

V. Zysk firmy - przychód – koszty; Zysk 35506,86 - 28749,35 = 6757,51 zł, tj. 6757,51/35506,86 x 100% = 19%.

VI. Wszystkie ceny jednostkowe za wykonanie robót cyklicznych, tj. -mycie stolarki okiennej, -pranie wykładzin dywanowych, -polimeryzacja podłogi – są cenami ofertowymi P.U. S.O.S. B. zawierającymi koszty robocizny, sprzątnięcia, środków chemicznych oraz zysk firmy.

W sumie wykonawca przewidział zatrudnienie dla obu lokalizacji na podstawie umów o pracę 20. osób, w tym 13 osób w wymiarze 1/2 etatu, 5 osób w wymiarze 3/8 etatu, 2 osoby w serwisie dziennym (pełnym).

2. Wezwanie do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny oferty z dnia 06.02.2017 r. (powtórne).

„(...) przedstawione przez Państwa w piśmie z dnia 02.02.2017 r. wyjaśnienia, nie do końca odpowiadają na wezwanie Zamawiającego. Zamawiający wymagał podania konkretnych uwarunkowań i czynników jakie towarzyszyć będą realizacji zamówienia, a które wpływałyby na wysokość zaproponowanej ceny oraz opisu tych czynników i skali ich wpływu na wysokość ceny. Ponadto wymagał złożenia dowodów które by potwierdzały rzetelność i wiarygodność przyjętych założeń kosztowych. Tego wszystkiego brak jest w wyjaśnieniach, które pokazują tylko zaproponowane stawki, ale nie czynniki i okoliczności, które by pozwalały na ich zastosowanie w takich wysokościach. Wykonawca nie odniósł się, jako porównanie, do innych swoich zamówień aby uprawdopodobnić taki poziom cen, czy ponoszonych kosztów. Poniżej uwagi do wyjaśnień wykonawcy: 1. W zakresie wskazanych kosztów pracowników: a) Wykonawca przedstawił „suchą” kalkulację kosztową zatrudnienia pracowników do sprzątnięcia poszczególnych powierzchni. Podał co prawda ilości tych osób ze wskazaniem rodzaju zatrudnienia, jednakże pokazywane koszty jakie będzie ponosił Wykonawca z tytułu ich zatrudnienia wydają się być niekompletne, tj. nie wiadomo, czy obejmują one wszystkie dodatkowe koszty oskładkowania, jakie wykonawca oprócz samego wynagrodzenia dla pracownika ponosi. Czy przedstawione stawki zawierają wszystkie koszty jakie wykonawca poniesie z tytułu zatrudnienia na umowę o pracę? b) Kalkulacja kosztów serwisu dziennego 1 osoba x 2.400,20 zł jest niezgodna z kalkulacją przedstawioną w formularzach cenowych złożonych wraz ofertą, tj. stawka 12,60 zł/h daje koszt serwisu dziennego w wysokości 130 zł za każdy dzień, co przy 24 miesięcznej umowie, daje średni koszt ca 2.708,33 zł miesięcznie netto; c) Wykonawca nie wskazał również kosztów jakie będzie ponosił z tytułu osoby mającej zarządzać całą kadrą sprząającą i koordynować ich pracami. 2. W zakresie technicznym i środków chemicznych: a) Wykonawca w ogóle nie odnosi się do kosztu eksploatacji urządzeń technicznych, sprzętu czy narzędzi jakie będzie wykorzystywał przy sprzątnięciu, a przecież są to koszty ich użytkowania. Brak też wskazania, czy Wykonawca uwzględnił np. koszty wymiany worków na śmieci, na co Zamawiający wskazywał w opisie przedmiotu zamówienia. Z powyższej analizy wynika, że Wykonawca w wyjaśnieniach nie przedstawił, czy też nie ujął wymaganych w opisie przedmiotu zamówienia czynników jak i nie odniósł się do analizy wymaganej w wezwaniu przez Zamawiającego. (...) Nie udzielenie wyjaśnień w ww. terminie skutkować będzie odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 3 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp. Na mocy tej samej podstawy prawnej oferta zostanie odrzucona, jeżeli dokonana przez

Zamawiającego ocena udzielonych przez Państwa wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdzi, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.”

Wykonawca Barbara Jakubczak P.U. S.O.S. B. wyjaśniła (pismo z dnia 07.02.2017 r.): „1. W przesłanej szczegółowej kalkulacji kosztów utrzymania czystości (z dnia 02.02.2017 r.) przedstawione koszty zatrudnienia pracownika w formie „umowy o pracę” są całkowitymi kosztami ponoszonymi przez pracodawcę. Dla czytelności podanych ww. kosztów załączamy „kalkulator płacowy” dla obowiązującej od dnia 01.01.2017 r. minimalnej kwoty wynagrodzenia brutto w wysokości 2000,00 zł - jako „Załącznik Nr 1” do mniejszego pisma. 2. Istotnie w wycenie kosztów serwisu dziennego, przedstawionej w arkuszu ofertowym (Załącznik 1A) koszt dzienny tegoż serwisu zawyżony został około 19,1 % w stosunku do wymaganej płacy minimalnej przy umowie o pracę (pełen etat). Powyższa różnica kosztów wynikała z przewidywania braku znalezienia osoby chętnej do pracy w ramach serwisu dziennego przy zaoferowaniu jej płacy minimalnej. Przy tłumaczeniu tej pozycji w piśmie z dnia 02.02.2017 r. czynnik ten został celowo przez nas pominięty. 3. Niniejszym informujemy, że z uwagi na przegranie szeregu przetargów w II połowie 2016 r., dysponujemy całą gamą sprawnych urządzeń do sprzątania, nigdzie w chwili obecnej nie wykorzystywanych - przez co nie wliczamy kosztów ich amortyzacji w przedmiotowym przetargu. 4. Koszty zużycia worków na śmieci wliczone zostały w pozycji (środki chemiczne). 5. Koszt pracy Koordynatora obiektu wliczony został w tzw. „zysk Firmy”. Załącznik nr 1 - 2017 r. umowa o pracę - Kalkulator płacowy.”

Odwołujący podtrzymał na rozprawie swoje stanowisko. Uściślił zarzut z pkt 3 odwołania wskazując naruszenie art. 90 ust. 2 i 3 ustawy. Złożył do akt informację o wyniku postępowania prowadzonego przez zamawiającego: S. G. P. z 14.04.2014 r. – wybór oferty P.U. S.O.S. B. B. J. jako najkorzystniejszej oraz informację o wyniku postępowania tego samego podmiotu z 15.04.2015 r. – wykluczenie wykonawcy P.U. S.O.S. B. B. J. – na podstawie negatywnej oceny usług sprzątania.

Powołując się na postanowienia SIWZ wskazał wymagania odnośnie do sposobu obliczenia ceny oferty (uwzględnienie wszystkich kosztów), zapewnienia odpowiedniej liczby osób do sprzątania, a także zapewnienia odpowiedniej liczby sprzętu i urządzeń, narzędzi i środków czystości. Stwierdził, że w ofercie wybranego wykonawcy zostało przewidziane 17 osób do realizacji zamówienia, a minimalna niezbędna liczba to 31 osób łącznie z brygadystą (jedna osoba). Podkreślił, że kwestionuje cenę oferty – jako rażąco niską oraz fakt zaoferowania zbyt małej liczby zatrudnionych osób do wykonania zadania. Na zadane pytanie w toku rozprawy oświadczył, że w ofercie wykonawcy nie zawarto żadnego oświadczenia o liczbie osób zatrudnionych, również zamawiający nie określił w specyfikacji

ani minimalnej ani maksymalnej liczby osób jaką wykonawca powinien uwzględnić w czasie składania oferty. Liczby te wynikają z wyjaśnień złożonych przez wykonawcę. Oświadczył, że zamawiający nie żądał zatrudnienia pełnoetatowego na podstawie umowy o pracę. Wskazał, że w lokalizacji przy (...) wykonawca przewidział 10 osób do zatrudnienia, natomiast do lokalizacji (...), 9 osób, łącznie 19 osób. W OPZ punkt 2 (str. 36 SIWZ) zamawiający opisał w zakresie sprzątnięcia pomieszczeń – w które dni i w jakich godzinach ma odbywać się sprzątnięcie. Mając na uwadze, że sprzątnięcie powinno odbywać się w godzinach 16.30 - 21.00 – w lokalizacji (...), uznał, że trudno wyobrazić aby powierzchnię 196 m² może sprzątnąć w ciągu jednej godziny jedna osoba.

Odwołujący obliczył wydajność pracy następująco: ilość metrów² podzielona przez ilość osób, podzielona przez ilość godzin (4 godziny lub 3 godziny w zależności od wymiaru części etatu). Wskazał, że zamawiający wymagał aby w ramach serwisu dziennego (w godzinach 7.00 - 15.00) była dostępna jedna osoba. Odejmując od liczby 19 osób, 2 osoby jako serwis dzienny – (...), pozostaje 17 osób. 17 osób nie jest w stanie w należyty sposób wykonać sprzątnięcia. Wskazał, że kwestionuje ponowne wezwanie wykonawcy z dnia 06.02.2017 r. Uznał, że wezwanie mogło być wystosowane, ale zamawiający powinien bardziej szczegółowo wskazać kwestie, które budzą jego wątpliwości. Wykonawca w żaden sposób nie dokonał wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny. Wskazał orzecznictwo KIO: z 07.12.2016 r. sygn. akt 2115/16 i 2116/16; z 11.02.2016 r. sygn. akt 2446/16 i z 17.01.2017 r. sygn. akt 2455/16, z 19.01.2017 r. sygn. akt KIO 28/17.

Zakwestionował przedstawiony przez zamawiającego sposób obliczenia wydajności na m² i wskazał, że gdyby przyjął powierzchnię 3120,31 m², powierzchnia ta ma być sprzątnięta 3 x w tygodniu, to w ciągu miesiąca jest to 13 dni, zatem powierzchnia pomnożona przez 13 dni, daje 40533,90 m², która wielkość podzielona przez 156 godzin z oferty B., daje wydajność na poziomie 259 m²/h, co potwierdza zarzut rażąco niskiej ceny.

Uznał, że wykonawca przykładowo nie przedstawił sprzętu użytego do wykonania usługi, kosztów serwisu, kosztów naprawy, kosztów związanych z konserwacją. Stwierdził, że nie jest właściwe porównywanie danych na podstawie aktualnie świadczonej usługi z kosztami wskazanymi w prowadzonym postępowaniu. Dotychczasowa usługa polega na innym zakresie, a sam zamawiający nie jest w stanie wskazać jakie są to różnice. Każde postępowanie jest o innej wartości i o innym zakresie. Wskazując załącznik numer 1A – formularz cenowy podniósł, że w kolumnie 7 zamawiający określił mnożniki (tak zwaną krotność sprzątnięcia w ciągu trwania umowy tj. 24 miesiące). W wierszach od 6 do 11 sprzątnięcie powierzchni 3 x na tydzień jako mnożnik podał liczbę 312, która dzielona przez 24 miesiące daje 13 dni. Oznacza to, że w miesiącu jest 13 dni do sprzątnięcia w cyklu przewidującym sprzątnięcie 3 x w tygodniu lub/ zamiast 13 dni, sprzątnięcie 13 x. Sprzeciwił się

wynagradzaniu koordynatora z zysku, uznając, że wówczas pomniejsza się zysk i pozostaje pytanie jak określić taki zysk. Wskazał, że z wyjaśnień wykonawcy nie wynika, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

Zamawiający: wniósł o oddalenie odwołania, złożył wyjaśnienia do protokołu oraz załącznik do protokołu z rozprawy (z dnia 22.03.2017 r.), w którym powtórzył przedstawiony na rozprawie sposób oceny wyjaśnień wykonawcy, uznając je za niepotwierdzające rażąco niskiej ceny oferty oraz stwierdził, że cenę oferty wykonawcy B. ocenił na podstawie wyjaśnień uzyskanych w wyniku pierwotnego i wtórnego zwrócenia się o złożenie wyjaśnień. Wyjaśnienia potwierdziły realność ceny, wskazały ustalenia w zakresie wydajności sprzątnia oraz zapewniły o zatrudnieniu osób na podstawie umów o pracę z wynagrodzeniem odpowiadającym aktualnym wymaganiom - wynagrodzenie nie niższe niż wynikające z minimalnej płacy. W szczególności zamawiający uzyskał potwierdzenie, że koszty pracy podane w wyjaśnieniach, są to kwoty z uwzględnieniem kosztów pracodawcy ze wszystkimi pochodnymi płacowymi, w tym z uwzględnieniem składek na ubezpieczenie społeczne.

Wskazał, że przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia oszacował wartość zamówienia, przygotował założenia do kalkulacji szacunkowej (dowód: pismo z 10.11.2016 r. złożone do akt na rozprawie), uwzględniając informacje pozyskane z doświadczeń własnych związanych z dotychczas świadczonymi na jego rzecz usługami sprzątnia oraz informacje z opublikowanych na stronach internetowych cenników. W założeniach ujął przeliczenie godzinowych norm pracy w oparciu o dotychczasową umowę na sprzątnie. Biorąc do przeliczenia ilość pracowników (30 osób) pracujących po 4 godziny dziennie oraz powierzchnię sprzątnia (ca 20 000 m²), ustalił normę na 166,67m²/h.

Przygotował kalkulację dla każdej lokalizacji przy pomocy arkusza kalkulacyjnego Exel (złożonego do akt na rozprawie), w którym przeliczył ceny w okresie miesięcznym w rozbiciu na: 1) koszty personalne; 2) usługi dodatkowe (mycie okien, pranie wykładzin, polimeryzacja podłóg); 3) koszty materiałowe; 4) koszty ogólne; 5) zysk.

Ad 1. Zamawiający w kosztach personalnych założył z ostrożności stawkę wynagrodzenia pracowników w wysokości 18 zł, chociaż zdawał sprawę, że firmy sprzątnające rzadko oferują pracownikom taką stawkę wynagrodzenia. Najczęściej spotykana jest stawka odpowiadająca minimalnemu miesięcznemu wynagrodzeniu. Założenie w kalkulacji wyższej stawki pozwoliło zamawiającemu uchronić się przed koniecznością zwiększania środków na zamówienie, gdyby wpłynęły oferty, które nie były kalkulowane w oparciu o wynagrodzenie minimalne.

W efekcie tego koszty personalne w kalkulacji zamawiającego stanowią znaczącą pozycję.

Ad 2. Koszty usług dodatkowych wykonywanych jeden lub dwa razy w roku, zamawiający do szacunku przeliczył na koszty miesięczne w oparciu o ceny, które pozyskał z publikowanych cenników oraz własnego doświadczenia.

Ad 3. Koszty materiałowe nie są w publikowanych cennikach rozbijane na pozycje, które zamawiający przyjął w kalkulacji. Najczęściej podawana jest łączna wartość kosztów materiałowych, obejmująca wszystkie pozycje ujęte przez zamawiającego. Zamawiający dokonał rozbicia kosztów ogólnych jedynie dla własnych, wewnętrznych potrzeb. Od wykonawców nie wymagał podawania w tym zakresie kosztów. Nawet w wezwaniu do wyjaśnień nie oczekiwał, że wykonawca będzie rozbijał koszty materiałowe na poszczególne pozycje kosztowe.

Ad 4. Koszty ogólne są zazwyczaj pomijaną pozycją w cennikach.

Ad 5. Zamawiający w pozycji zysk założył do kalkulacji zysk na najczęściej spotykanym poziomie przy tego rodzaju usługach, tj. 5%.

Dane te stanowiły podstawę do dokonania oceny oferty wykonawcy B. pod kątem realności wykonania zamówienia. Ocena była dokonywana w oparciu o załączony do oferty formularz cenowy (Załącznik 1A) oraz złożone przez tego wykonawcę wyjaśnienia. Ocena została przeprowadzona przy pomocy tego samego arkusza kalkulacyjnego Exel, który zamawiający przygotował do wyceny wartości zamówienia (kalkulacja oferty B. w oparciu o arkusz Exel została złożona do akt sprawy na rozprawie).

Z przeprowadzonej przez zamawiającego analizy kalkulacji oferty B. wynika, że cena podana w ofercie jest ceną realną, a zamówienie jest możliwe do zrealizowania. Zamawiający wziął przy tej ocenie pod uwagę, że sam szacując zamówienie, celowo znacznie zawyżył koszty personalne. Wykonawca B. przekalkulował ofertę w oparciu o minimalne wynagrodzenie pracowników, co jest zgodne z prawem i spotykane często na rynku. Również nie można zarzucić nieprawidłowości w kalkulacji z powodu nie wykazania poszczególnych elementów kosztów materiałowych. Koszt usług dodatkowych (mycie okien, pranie wykładzin, polimeryzacja podłóg) kalkulowany był przez zamawiającego również na podstawie cen jednostkowych publikowanych w cennikach na stronach internetowych i jest wyższy od cen wynikających z oferty B. Zamawiający do swojej kalkulacji z ostrożności przyjął kwoty zbliżone do maksymalnych oferowanych przez firmy świadczące podobne usługi, co tak jak w przypadku kalkulacji kosztów personalnych, pozwoliło zamawiającemu uchronić się przed koniecznością zwiększania środków na zamówienie w przypadku kalkulowania przez wykonawców kosztów usług dodatkowych na podstawie cen wyższych od minimalnych cen „internetowych”. Wykonawca B. przyjął do swojej kalkulacji ceny niższe od cen kalkulowanych przez zamawiającego, ale mieszczące się w zakresie cenników publikowanych w internecie. Koszt miesięczny chemii kształtuje się w ofercie na wysokim poziomie, zbliżonym do łącznych miesięcznych kosztów materiałowych

w szacunkowej kalkulacji zamawiającego. Ważnym aspektem w ocenie było wykazanie przez wykonawcę B. zysku na poziomie kilkakrotnie wyższym niż szacunek zamawiającego. To wskazuje, że realne jest ujęcie w zysku kosztu koordynatora pracy.

Wobec powyższego, pomimo różnicy ceny oferty oraz szacunku zamawiającego, brak było podstaw do uznania, że zaoferowana cena jest rażąco niska, nierealna, czy nie gwarantująca wykonania zamówienia.

W oparciu o informacje z oferty B. uzupełnione o wyjaśnienia z 02.02.2017 r., zamawiający dokonał przeliczenia godzinowych norm pracy dla tej oferty (dokument z 06.02.2017 złożony na rozprawie). Przeliczenie to wykazało, że w ofercie BARWIT godzinowe normy pracy są realne, są niższe niż u obecnego wykonawcy, u którego wynoszą 166,67m²/h.

Wskazał, że wyliczenie normy godzinowej dla sprzątnięcia codziennego polegało na podzieleniu powierzchni podanej przez zamawiającego w formularzach cenowych do sprzątnięcia codziennego przez iloczyn ilości osób wyznaczonej przez wykonawcę do sprzątnięcia tej powierzchni oraz ilości godzin pracy wynikającej z wielkości etatu z umowy o pracę: -1 etat - 8 godzin dziennie; -1/2 etatu - 4 godziny dziennie; -3/8 etatu - 3 godziny dziennie. Przykładowo dla lokalizacji (...) przeliczenie wykonano następująco: $2.359,17 \text{ m}^2 / (4 \text{ osoby} \times 4 \text{ godziny dziennie}) = 2.359,17 / 16 = 147,45 \text{ m}^2/\text{h}$. Wyliczenie normy godzinowej dla sprzątnięcia 3 x w tygodniu polegało na przeliczeniu powierzchni, która ma być sprzątnięta z tą częstotliwością (3 x w tygodniu), na powierzchnię, którą należałoby sprzątnąć codziennie aby zachować częstotliwość „tygodniową” sprzątnięcia (3 x w tygodniu), częstotliwość wynikającą z formularzy cenowych oferty (Załącznik 1A), tj. 312 razy w okresie trwania umowy (24 miesiące), co daje 13 dni w miesiącu. W tym celu powierzchnię wskazaną przez zamawiającego podzielono przez ilość dni „roboczych” w tygodniu (5) i pomnożono przez wymaganą częstotliwość (3 x). Powierzchnia tak wyliczona została podzielona przez iloczyn ilości osób wyznaczonych przez wykonawcę do sprzątnięcia tej powierzchni oraz ilości godzin pracy wynikającej z wielkości etatu z umowy o pracę. Istotne jest przy tym, że zamawiający nigdzie nie określił, że tylko 3 razy w tygodniu wykonawca będzie mógł wejść do obiektów w celu realizacji sprzątnięcia w systemie „3 x w tygodniu”. Zamawiający wymaga jedynie aby każde pomieszczenie objęte tym systemem było sprzątnięte z częstotliwością 3 x w tygodniu. Wykonawca zatem może dowolnie kształtować swój harmonogram pracy, nawet tak, że pracownicy sprzątnięcia pomieszczenia w systemie „3 x w tygodniu” będą w obiektach codziennie i w poszczególnych dniach będą sprzątnęli inne partie pomieszczeń, aby każde pomieszczenie było sprzątnięte 3 x w tygodniu.

Dla przykładu dla lokalizacji (...) przeliczenie zrobiono w następujący sposób: $(3.120,30 \text{ m}^2 / 5) \times 3 = 1.872,18 \text{ m}^2$ do sprzątnięcia codziennego. Stanowi to dokładnie 60%

powierzchni 3.120,30 m² (do sprzątnięcia 3 x w tygodniu). Daje to normę godzinową: $1.872,18 \text{ m}^2 / (3 \text{ osoby} \times 4 \text{ godziny} \text{ dziennie}) = 1.872,18 / 12 = 156,02 \text{ m}^2/\text{h}$.

Wyliczenie normy godzinowej dla sprzątnięcia 1 x w tygodniu polegało na przeliczeniu powierzchni, która ma być sprzątnięta z tą częstotliwością (1 x w tygodniu), na powierzchnię, którą należałoby sprzątnąć codziennie aby zachować częstotliwość „tygodniową” sprzątnięcia (1 x w tygodniu), częstotliwość wynikającą z formularzy cenowych oferty (Załącznik 1A), tj. 104 razy w okresie trwania umowy (24 miesiące). W tym celu powierzchnię wskazaną przez zamawiającego podzielono przez ilość dni „roboczych” w tygodniu (5). Powierzchnia tak wyliczona została podzielona przez iloczyn ilości osób wyznaczonych przez wykonawcę do sprzątnięcia tej powierzchni oraz ilości godzin pracy wynikającej z wielkości etatu z umowy o pracę. W tym wypadku również istotne jest, że zamawiający nigdzie nie określił, że tylko 1 raz w tygodniu wykonawca będzie mógł wejść do obiektów w celu realizacji sprzątnięcia w systemie „1 x w tygodniu”. Zamawiający wymaga jedynie aby każde pomieszczenie objęte tym systemem było sprzątnięte z częstotliwością 1 x w tygodniu. Wykonawca zatem może dowolnie kształtować swój harmonogram pracy, nawet tak, że pracownicy sprzątający w systemie „1 x w tygodniu” będą w obiektach codziennie i w poszczególnych dniach sprząkali inne partie pomieszczeń, aby każde pomieszczenie było sprzątnięte 1 x w tygodniu.

Dla przykładu dla lokalizacji (...) przeliczenie zostało zrobione w następujący sposób: $4.336,89 \text{ m}^2 / 5 = 867,38 \text{ m}^2$ do sprzątnięcia codziennego $867,38 \text{ m}^2 / (2 \text{ osoby} \times 3 \text{ godziny} \text{ dziennie}) = 867,38 / 6 = 144,56 \text{ m}^2/\text{h}$.

Zamawiający uznał również, że godzinowe normy pracy wynikające z oferty B. są realne do wykonania.

Wnosząc o oddalenie odwołania w całości, zamawiający podniósł, że odwołujący stawiając tezę zaniechania odrzucenia oferty z powodu rażąco niskiej ceny, powinien udowodnić tezę wyjaśnień złożonych przez wykonawcę. Wskazał wyrok KIO 1674/15 z 18 sierpnia 2015 r. – na odwołującym ciąży obowiązek obalenia wyjaśnień wykonawcy, jeżeli kwestionuje wyjaśnienia jako nie potwierdzające rażąco niskiej ceny oferty. Odnośnie swojej oceny złożonych wyjaśnień, wskazał, że w wezwaniu z dnia 06.02.2017 r. zwrócił uwagę na kalkulację kosztów serwisu dziennego (pkt 1 lit. b). Wyjaśnił, że niezgodność wskazana w pkt 1 lit. b polegała na tym, że w ofercie wykonawca podał wynagrodzenie 16,25 zł za godzinę (serwis dzienny), co po przeliczeniu przez zamawiającego stanowiło dziennie 130 zł (16,25 razy 8 godzin). Przy umowie trwającej 24 miesiące to koszt 2708,33 zł netto. A zatem, różnica dotyczyła kwoty 2708,33 zł – 2400,20 zł = 308,13 zł. Zamawiający oświadczył, że w wezwaniu z 06.02.2017 r. podano mylnie stawkę 12,60 zł/h. Odnośnie punkt 1 lit. a zamawiający chciał uzyskać pewność, że w kwotach np. 4800,40 zł wynikających z pisma z 02.02.2017 r. lokalizacja (...), lit. A oraz lit. B 3600,30 zł, lit. C 1800,16 zł, lit. D 2400,20 zł;

II lokalizacja (...), lit. A1 4800,40 zł, lit. B1 2700,24 zł, lit. C1 2400,20 zł, lit. D1 2400,20 zł – są uwzględnione składki ubezpieczenia społecznego z tytułu zawartych umów o pracę.

Odnosnie lit. c - zamawiający uznał, że wykonawca nie wskazał kosztów osoby mającej zarządzać resztą personelu, czyli koordynatora. W odpowiedzi z 07.02.2017 r. wykonawca potwierdził uwzględnienie obowiązkowych składek z tytułu ubezpieczenia społecznego. Wykonawca załączył do wyjaśnień załącznik numer jeden, tj. kalkulator płacowy dotyczący umowy o pracę w 2017 r. przy założeniu, że przewidziane jest minimalne wynagrodzenie za pracę. Na pytanie zawarte w punkcie 1 lit. b (pismo z 06.02.2017 r.) wykonawca udzielił odpowiedzi w punkcie 2 pisma z 07.02.2017 r. Wykonawca wskazał, że koszt dzienny został zawyżony w koszcie serwisu o około 19,01 % w stosunku do kwoty minimalnej – pełny etat zatrudnienia na podstawie umowy o pracę. Zamawiający - w piśmie w punkcie 2 wskazał zakres techniczny, środki chemiczne – braki. W piśmie wykonawcy w punkcie 3 (z 07.02.2017 r.) wskazał on, że dysponuje całą gamą sprawnych urządzeń do sprzątania nigdzie w chwili obecnej nie wykorzystywanych. Zamawiający oświadczył, że nie pytał wykonawcy o to, jakie to są urządzenia, ponieważ w OPZ pkt 1 tiret 4 SIWZ zobowiązał wykonawcę do zapewnienia odpowiedniej ilości sprzętu i narzędzi.

Koszty zużycia worków na śmieci wykonawca wliczył w pozycje środki chemiczne, a w ostatnim punkcie wskazał wliczenie kosztu pracy koordynatora w tak zwany zysk firmy.

Zamawiający złożył do akt kalkulacje godzinowych norm pracy na podstawie oferty i wyjaśnień wykonawcy w sprawie rażąco niskiej ceny, w której przedstawiono kalkulacje (...) i (...) i odpowiednio przedstawiono szczegółowo tabele dla utrzymania czystości w budynkach (...) i (...). Wyjaśnił, że kalkulacja godzinowych norm pracy została sporządzona po to, by ustalić na podstawie ilości osób przewidzianych do wykonania umowy podanych w wyjaśnieniach z 02.02.2017 r., czy jest wystarczająca do wykonania zamówienia. Dotychczas usługę na podstawie umowy zawartej do końca marca bieżącego roku wykonuje firma, która zatrudnia około 30 osób łącznie, w tym częściowo na podstawie umów o pracę i umów zlecenia, wszyscy zatrudnieni około 4 godzin dziennie, obecny wykonawca ma jednakże w zakresie codzienne sprzątanie. Ponadto, z zakresu czynności zostaną wyłączone niektóre czynności wykonywane przez niektóre osoby na niektórych powierzchniach, np. w laboratoriach są sprzątane tylko podłogi, a wyłączone są blaty.

Normy, które ustalono w omawianej kalkulacji są niższe od normy, która wynika z realizacji obecnego kontraktu.

Odwołujący w odwołaniu wskazał wydajność około 150 m²/h jako szczyt efektywności. Zamawiający wskazał, że przedstawiona w tabeli str. 4 odwołania – wydajność obliczona przez odwołującego jest niewłaściwa, ponieważ w pozycji 1 (...) odwołujący podał 196,00 m²/h wydajność zawyżoną z tego powodu, że zastosował obliczenia przy niewłaściwej ilości pracowników wykonawcy w wybranej ofercie. Odnosnie

(...) pozycje 2 i 3 (3 x, 1 x sprzątanie), odwołujący nie obliczył w ten sposób jak przedstawił to zamawiający w złożonej kalkulacji.

Załącznikami do kalkulacji z dnia 10.11.2016 r. są obliczenia zamawiającego dotyczące utrzymania czystości, dokumenty wraz całością opracowania, które stanowiły podstawę do oszacowania wartości zamówienia.

Na zasadzie analogicznej zostały przygotowane opracowania, które są załącznikami do kalkulacji z 06.02.2016 r. Jest to kalkulacja dotycząca oferty wybranej. Przykładowo pozycja 2 x w roku mycie okien podano kwotę 6460 zł. Mycie okien w formularzu cenowym, tj. 4 x w czasie umowy – 12920 zł.

Powyższe zestawienia na podstawie oferty wybranej, potwierdziły wysokość zysku przedstawioną w wyjaśnieniach. Zysk (...) – 15,80%, (...) – 17,10%. Z powyższego również wynika, że w wybranej ofercie wykonawca zastosował stawki minimalnie wyższe od minimalnie ustawowej i, że ilość osób przedstawiona w wyjaśnieniach na żądanie zamawiającego, pozwala wykonać zamówienie. Ponadto w wyjaśnieniach wykonawca wskazał, że koszty zatrudnienia koordynatora pokryje z zysku. Obliczony zysk zamawiającego potwierdza kwoty: (...) 2502,58 zł, (...) 2630,14 zł w skali miesięcznej. Zamawiający wyjaśnił, że wezwanie z dnia 31.01.2017 r. wystosował na podstawie art. 90 ust. 1 i ust. 1a ustawy. Wskazał, że odwołujący skonstruował zarzut zaniechania odrzucenia oferty z powodu rażąco niskiej ceny, w związku z tym ciężar dowodu powinien opierać się na zakwestionowaniu wyjaśnień wykonawcy złożonych w trybie art. 90 ust. 1 i ust. 1a. Powinien podważyć kalkulacje przedstawione przez wykonawcę B. w wyjaśnieniach z 02.02.2017 r. Natomiast odwołujący nie wykazał ani w odwołaniu ani na rozprawie, że kalkulacje są nierealne. W tabeli zamieszczonej w odwołaniu podał kalkulacje nieadekwatne do przedmiotu zamówienia. Pomylił ilość osób w pozycji 1, a w pozycji 2 i 3 dla (...) i (...), które były w częstotliwości 3 x i 1 x w tygodniu, nie uwzględnił tej okoliczności, że to nie jest sprzątanie codzienne. Odwołujący w swojej kalkulacji, nie uwzględnił powyższego, stąd uzyskał w obliczeniach astronomiczne wydajności. Odwołujący nie był w stanie i nie zakwestionował wydajności przedstawianej przez wykonawcę.

Zamawiający wskazał, że nie zasługuje na uwzględnienie zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy, gdyż złożenie oferty nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji wykonawcy. Ponadto odwołujący, nie przedstawił konkretnego zarzutu wynikającego z przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Odwołujący wskazał w uzasadnieniu odwołania naruszenie niektórych przepisów, naruszenia nie przedstawił w wykazie zarzutów (art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy). W odwołaniu na str. 5 przedostatni akapit – wskazał sprzątanie pomieszczeń i łazienki w każdej pompowni, w sytuacji gdy takich pomieszczeń zamawiający nie przedstawił o opisie zamówienia. Ponadto, w drugim zdaniu w ostatnim akapicie na str. 5, odwołujący wskazał pytanie skierowane do zamawiającego.

gdy takiego pytania nie zadano w tym postępowaniu. Zamawiający ocenił, że treść odwołania sugeruje pośpiech ze strony odwołującego i nie przedstawia argumentacji – kwestionującej wyjaśnienia wykonawcy.

Reasumując zamawiający wskazał: tabela zamieszczona na str. 25 SIWZ, wskazana przez odwołującego, przedstawia jako mnożnik sprzątnia nie 3 dni w tygodniu, ale 3 x w tygodniu. Odnośnie braku dowodów załączonych do wyjaśnień, stwierdził, że jeżeli wykonawca wykazał realność ceny, to nie musi załączać dowodów. Wszelkie koszty techniczne zostały ujęte w pozycji środków chemicznych wykazanych w piśmie z dnia 02.02.2017 r. Wezwanie z 06.02. 2017 r. było żądaniem doprecyzowania wyjaśnień z 02.02.2017 r., natomiast uwagi wskazane w punkcie 2 pisma z 06.02.2017 r. dotyczyły pozycji środki chemiczne. Odniesienie się do kontraktu aktualnie wykonywanego miało na uwadze wyłącznie wykazanie norm pracy. Co do koordynatora, zamawiający oświadczył, że w żadnych z dokumentach nie żądał 2. koordynatorów. Żądał natomiast wyznaczenia osoby, która będzie wykonywała czynności koordynacyjne, nie można wykluczyć, że czynności te np. tak jak dotychczas, będzie wykonywał właściciel firmy bądź któryś z pracowników zatrudnionych zostanie wyznaczony do pełnienia funkcji koordynatora. Zamawiający na podstawie doświadczenia w realizowaniu tego typu usług miał pełne prawo założyć, że taka możliwość istnieje. Podkreślił, w przeciwieństwie do stanowiska odwołującego, że przygotowanie kalkulacji przedstawionej na rozprawie nie wynika z chęci obrony oferty wybranej, ale z obowiązku dokonania oceny wyjaśnień wykonawcy w kontekście oszacowania wartości zamówienia i cen rynkowych, na temat których pozyskiwał informacje przed wszczęciem postępowania i w toku prowadzonej procedury. Kalkulacja została przygotowana również w celu jej przedstawienia dyrektorowi jednostki dla dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty. Ponadto, w toku postępowania o udzielnie zamówienia wykonawca jest obciążony ciężarem dowodu wykazania, że cena oferty nie jest rażąco niska. Natomiast w postępowaniu odwoławczym w przypadku, gdy wykonawca nie uczestniczy w tym postępowaniu, ciężar ten spoczywa wyłącznie na zamawiającym – art. 190 ust. 1a pkt 2 ustawy.

Wniósł o nieuwzględnienie dowodów z poprzedniego postępowania dotyczącego wykonawcy B., złożonych przez odwołującego.

Izba zważyła.

Zarzuty i żądania odwołania stanowią dwie odrębne kategorie prawne. Przepisy art. 180 ust. 3 ustawy oraz § 4 ust. 1 pkt 5 - 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. z 2014 r. poz. 964) – stanowią, że odwołanie powinno wskazywać czynność lub zaniechanie

czynności zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, zwracać zwięzłe przedstawienie zarzutów, określać żądanie co do sposobu rozstrzygnięcia odwołania, wskazywać okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania oraz dowody na poparcie przytoczonych okoliczności.

Przy rozpoznawaniu odwołania, zgodnie z art. 192 ust. 7 Pzp, Izba związana jest wyłącznie zarzutami nie zaś żądaniami odwołania. W § 34 ust. 1 pkt 4 regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań wskazano, że orzeczenie zawiera – w przypadku wyroku rozstrzygnięcie o żądaniach odwołującego.

Odwołujący przedstawił w odwołaniu trzy zarzuty: 1) naruszenie zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców – stanowiące naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp; 2) zaniechanie odrzucenia oferty uznanej za najkorzystniejszą, złożonej przez wykonawcę: P.U. S.O.S. B. B. J. z siedzibą w (...) z uwagi na fakt, że zawiera rażąco niską cenę oraz jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji – naruszenie art. art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 ustawy Pzp; 3) wadliwy wybór oferty najkorzystniejszej – naruszenie art. 91 ust. 1 w związku z art. 90 ust. 1-4 ustawy Pzp.

Żądał m.in. w pkt 2 żądań przedstawionych na str. 2 odwołania – nakazania odrzucenia oferty wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 ustawy Pzp.

W uzasadnieniu odwołania dodatkowo wskazał art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, jako podstawy odrzucenia oferty wykonawcy, nie przedstawiając uzasadnienia tych stwierdzeń, poza przywołaniem orzecznictwa. Wskazał też art. 90 ust. 3 ustawy Pzp jako podstawę odrzucenia oferty – zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a dokonana ocena wyjaśnień potwierdza rażąco niską cenę.

W końcowej części uzasadnienia doprecyzował czyn nieuczciwej konkurencji wskazując art. 15 ust. 1 pkt 1 uznk wraz z komentarzem bez wykazania okoliczności faktycznych związanych ze złożeniem przez wykonawcę oferty, które uzasadniałyby spełnienie przesłanek odpowiadających wskazanym przepisom prawnym.

Na rozprawie uściślił zarzut podany w pkt 3 zarzutów odwołania odstępując od ust. 1, ust. 1a i ust. 4 art. 90 ustawy, tj. wyboru najkorzystniejszej oferty na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ w związku z wezwaniem wykonawcy do złożenia wyjaśnień, odstąpił także od wskazania ust. 4 tego artykułu, gdyż nie ma on zastosowania w sprawie.

Odwołujący powołał się na przepisy prawne przedstawione w odwołaniu w celu podważenia czynności zamawiającego i zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy, pomijając obowiązek przedstawienia dowodów dla stwierdzenia faktów, z których wywodzi skutki prawne.

Zgodnie z art. 190 ust. 1 Pzp postępowanie odwoławcze jest postępowaniem kontradyktoryjnym, polegającym na rozstrzygnięciu sporu pomiędzy odwołującym a zamawiającym, z ewentualnym udziałem uczestników postępowania (przystępujących po stronie odwołującego lub zamawiającego).

Przepis ten stanowi, że strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swoich twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy.

Z przepisu art. 190 ust. 1a pkt 1 i 2 Pzp wynika, że w postępowaniu odwoławczym ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy, który złożył ofertę lub na zamawiającym, jeżeli wykonawca nie jest uczestnikiem postępowania odwoławczego.

Ustalony w ten sposób ciężar dowodu nie zwalnia odwołującego, który podnosi okoliczności rażąco niskiej ceny od obowiązku wykazania i udowodnienia okoliczności, które czyni podstawą zarzutu rażąco niskiej ceny zgodnie z art. 190 ust. 1 ustawy, zwłaszcza w sytuacji gdy zamawiający nie miał wątpliwości co do realności ceny oferty (wyrok z dnia 13 kwietnia 2016 r. sygn. akt KIO 447/16). Przepis art. 190 ust. 1a Pzp nie może być rozumiany w ten sposób, że odwołujący może poprzestać na samych twierdzeniach i przerzucić na uczestnika postępowania (zamawiającego) ciężar dowodowy (wyrok z dnia 29 lutego 2016 r. sygn. akt KIO 198/16), podobnie w wyrokach: z dnia 15 kwietnia 2016 r. sygn. akt 474/16, z dnia 18 lipca 2016 r. sygn. akt KIO 1170/16, KIO 1172/16, KIO 1173/16.

Odwołujący przedstawiając zarzut rażąco niskiej ceny oferty wskazał ceny ofert: wybranej i swojej, procentowy wskaźnik wynikający z porównania ceny oferty wykonawcy do średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert w tej części zamówienia oraz stosunek procentowy ceny oferty wykonawcy do kwoty zamierzonej przez zamawiającego do przeznaczenia na sfinansowanie zamówienia podanej bezpośrednio przed otwarciem ofert, zamieścił obszerny wywód na temat przepisów art. 90 ust. 1-3 ustawy, wskazał że wyjaśnienia wykonawcy są pobieżne i nieudowodnione, zarzucił brak w nich informacji o składowych cenach oferty, wartości poszczególnych kosztów składających się na ofertę, pomijając przy tym wyjaśnienia wykonawcy wskazujące elementy adekwatne do opisu zamieszczonego w wezwaniu zamawiającego, zawierające odpowiedzi na ponumerowane pytania zamawiającego przedstawione w drugim wezwaniu, które miało służyć – zgodnie z oświadczeniem zamawiającego – doprecyzowaniu pierwotnych wyjaśnień.

Odwołujący nie załączył do odwołania żadnego dowodu, złożona na rozprawie informacja o wykluczeniu wykonawcy z postępowania w 2015 r. nie stanowi podstawy do oceny sposobu wyliczenia ceny lub kosztu oferty, zatem nie mogła stanowić podstawy uznania zarzutu rażąco niskiej ceny lub kosztu w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Przepisy art. 90 ust. 1 i ust. 1a ustawy Pzp uprawniające i zobowiązujące zamawiającego, w zależności od okoliczności konkretnego przypadku, do zwrócenia się do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu w określonym zakresie, powodują dalsze konsekwencje, mianowicie przepis ust. 2 wskazuje, że obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.

Zatem obowiązkiem wykonawcy wezwanego w trybie art. 90 ust. 1 czy ust. 1a ustawy Pzp, jest złożenie wyjaśnień.

O istocie wyjaśnień wykonawcy nie świadczy ich obszerność lecz przedstawione konkretne okoliczności mające wpływ na sposób kształtowania ceny oferty, i w tym przypadku wykonawca przedstawił okoliczności pozwalające na pozytywną ocenę możliwości wykonania zamówienia zgodnie z oczekiwaniem zamawiającego – kalkulowanie kosztów sprzętania codziennego (5 x w tygodniu), 3 x w tygodniu, 1 x na tydzień, w sposób wskazujący na przyjęcie systemu świadczenia usługi akceptowanego przez zamawiającego i pozwalającego na uzyskanie wydajności założonej przez zamawiającego, na podstawie oceny dotychczasowego świadczenia usługi z uwzględnieniem poziomu rynku; zatrudnienia pracowników na podstawie umowy o pracę z zabezpieczeniem uwzględniającym minimalne wynagrodzenia za pracę oraz wynikającym z przepisów o zabezpieczeniu społecznym – priorytety wymagane przez zamawiającego wykazane na rozprawie.

Za wyrokiem z dnia 25 lutego 2015 r. sygn. akt KIO 178/15, KIO 197/15, KO 198/15 można przyjąć, że wykonawca: *„podał na tyle konkretne informacje, że możliwe jest ich przełożenie na uchwytne i wymierne wartości ekonomiczne, a także możliwa ich weryfikacja oraz ocena wiarygodności.”*

W wyroku z dnia 9 listopada 2012 r. sygn. akt KIO 2338/12 stwierdzono, *„że celem składania wyjaśnień, jest przedstawienie przez wykonawcę konkretnych, obiektywnych, dających się skalkulować czynników, które umożliwiły obniżenie ceny. Zbytecznym jest zatem przywoływanie w nich zwłaszcza orzecznictwa, poglądów doktryny na temat pojęcia „rażąco niska cena”, powoływanie się na własne doświadczenie, czy też ogólne oświadczenie, że zaoferowano całość przedmiotu zamówienia.”*

Odnosnie dowodów, Izba podzieliła stanowisko przedstawione w opinii UZP pt. *„Wybrane aspekty dotyczące badania rażąco niskiej ceny w świetle przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązujących od dnia 19 października 2014 r.”*, zamieszczonej na stronie www.uzp.gov.pl (opinie archiwalne) – *„(...) aktualne pozostaje twierdzenie zawarte w uzasadnieniu uchwały Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 maja 2014 r. (sygn. akt KIO/KU 40/14), wydane na gruncie stanu prawnego sprzed ostatniej nowelizacji ustawy Pzp, zgodnie z którym pojęcie dowodu w rozumieniu art. 90 ust. 3 ustawy Pzp należy rozumieć szeroko; za dowód może być uznane także oświadczenie samego wykonawcy. W tym kontekście*

warto też przytoczyć tezy zawarte w uzasadnieniu wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 lutego 2015 r. (sygn. akt KIO 132/15), w myśl których o tym, czy dany dowód jest możliwy do uzyskania, decyduje charakter okoliczności powoływanych przez wykonawcę. Jeżeli są one obiektywnie możliwe do stwierdzenia w postaci zaświadczeń, informacji wytworzonych przez podmioty niezależne od wykonawcy, to wówczas taki dokument będzie miał walor dowodowy wykraczający poza samą treść wyjaśnień wykonawcy (np. zaświadczenie o zwolnieniu podmiotowym, uzyskanych upustach od dostawców, i inne wpływające na cenę). Jeżeli natomiast okoliczności, jakie przywołuje wykonawca w wyjaśnieniach dotyczą wyłącznie założeń przyjętych do kalkulacji ceny, wówczas trudno jest oczekiwać od wykonawcy, aby posiadał i przedłożył dowody mające inny walor niż oświadczenie własne wykonawcy.”

W wyroku Izby z dnia 23 czerwca 2015 r., sygn. akt KIO 1143/15, w przedmiocie badania ceny oferty Izba wskazała, że „przepis art. 90 ust. 1 Pzp, zarówno w poprzednim stanie prawnym, jak i po zmianie ustawy, nie określał, czy zwrócenie się do wykonawcy ma być wyłącznie jednorazowe, czy też nie. (...) Przedstawione stanowisko znajduje potwierdzenie w nowych dyrektywach z dnia 26 lutego 2014 r.: procedurę weryfikacji rażąco niskich ofert regulują art. 69 dyrektywy 2014/24/UE - ust. 3. ”Instytucja zamawiająca ocenia dostarczone informacje w drodze konsultacji z oferentem. Może ona odrzucić ofertę wyłącznie w przypadku, gdy dostarczone dowody nie uzasadniają w zadowalającym stopniu niskiego poziomu proponowanej ceny lub proponowanych kosztów” i art. 84 dyrektywy 2014/25/UE - ust. 3. ”Podmiot zamawiający ocenia dostarczone informacje, konsultując się z oferentem. Może on odrzucić ofertę wyłącznie w przypadku, gdy przedstawione dowody nie uzasadniają w zadowalającym stopniu niskiego poziomu proponowanej ceny lub proponowanych kosztów, biorąc pod uwagę elementy, o których mowa w ust. 2).” (...) Na podstawie przedstawionych regulacji, Izba podziela stanowisko o możliwości zamawiającego dodatkowego wezwania wykonawcy w celu doprecyzowania lub udzielenia szerszych informacji w zakresie przekazanych przez wykonawcę wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp.”

W wyroku tym KIO uznała, że wynikającą z przepisów dyrektywy 2014/24/UE wskazówką interpretacji ustawy Pzp w zakresie procedury wyjaśnienia rażąco niskiej ceny jest zasada wyczerpującego wyjaśnienia wszelkich ewentualnych wątpliwości zamawiającego. Dopóki zamawiający ma wątpliwości odnośnie elementów ceny wskazujących na rażąco niską cenę, dopóty winien dążyć do ich wyjaśnienia. Dopiero po odniesieniu się przez wykonawcę do wszystkich pytań zamawiającego i braku wyjaśnienia wątpliwości zamawiającego, dopuszczalne jest odrzucenie oferty wykonawcy z powodu zaferowania rażąco niskiej ceny.

Ocena wyjaśnień udzielonych na wezwanie należy do kompetencji zamawiającego, natomiast w postępowaniu odwoławczym ocenie podlegają czynności zamawiającego i zaniechania czynności, do których zamawiający był zobowiązany na podstawie ustawy.

Przepis art. 90 ust. 3 ustawy Pzp zobowiązuje zamawiającego do odrzucenia oferty wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Przywołany w odwołaniu przepis art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp zobowiązuje zamawiającego do odrzucenia oferty, jeżeli oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. W jednym i drugim przypadku odrzucenie oferty następuje wówczas, gdy jej cena lub koszt są rażąco niskie (nieadekwatne, nierealne, za które nie można wykonać zamówienia) w odniesieniu do przedmiotu zamówienia.

Sąd Okręgowy w Lublinie w wyroku z dnia 25 listopada 2016 r. sygn. akt IX Ga 438/16 przedstawiając obszerną analizę niezasadnego odrzucenia oferty na podstawie oceny wyjaśnień wykonawcy, wskazał m.in., że norma art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp skierowana jest do adresata jakim jest zamawiający. Organy kontrolne Sąd, KIO nie mogą zastąpić jego oceny, ewentualnie ją skorygować w oparciu o obiektywne kryteria i wykładnię przepisów prawa.

Odwołujący wywiódł zarzut czynu nieuczciwej konkurencji jako następstwo zarzutu rażąco niskiej ceny oferty, uznając niezasadnie, że zaoferowanie ceny rażąco niskiej jest jednocześnie czynem nieuczciwej konkurencji.

Zarzut zaniechania odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp z powodu czynu nieuczciwej konkurencji, stanowiącego utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odsprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców – dotyczy naruszenia art. 3 ust. 1 i art. 15 ust. 1 pkt 1 uznk.

Zgodnie z art. 3 ust. 1 uznk, czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeśli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Art. 15 ust. 1 pkt 1 uznk zawiera uszczegółowienie zasady wskazanej w art. 3 ust. 1 i stanowi, że 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 odsprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców.

Dla wyczerpania dyspozycji tego przepisu niezbędnym pozostaje wykazanie dokonania sprzedaży towarów (usług) poniżej kosztów ich wytworzenia, przez co dochodzi do utrudnienia innym przedsiębiorstwom dostępu do rynku, a nadto utrudnienie to ma za

swój cel eliminację innych przedsiębiorców. Przesłanki sprzedaży poniżej kosztów własnych sprawcy czynu oraz celu eliminacji innych przedsiębiorców muszą występować kumulatywnie. Dodatkowo warunkiem realizacji przesłanki celu, o której mowa w analizowanym przepisie, jest dysponowanie przez sprawcę potencjałem zdolnym zamiar ten urzeczywistnić. Warunkiem dyktowania innym podmiotom zachowań na rynku jest posiadanie przez przedsiębiorcę pozycji dominującej, która sprawia, że nie spotka się on z istotną konkurencją. Tak też orzekł Sąd Apelacyjny w Warszawie w wyroku z dnia 10 stycznia 2008 r., sygn. akt I ACa 231/07 - (wyrok z dnia 10 maja 2010 r., sygn. akt KIO 704/10).

W wyroku z 10 stycznia 2010 r., sygn. akt Apel.-W-wa 2008/4/32, Sąd Apelacyjny w Warszawie uznał, że sprzedaż poniżej kosztów własnych nie wystarcza do zakwalifikowania jako czynu nieuczciwej konkurencji, gdyż konieczne jest wykazanie, że doszło do niej w celu eliminacji innych przedsiębiorców, a nie w innym celu (np. próby wejścia na rynek).

W orzecznictwie Izby wskazuje się kierunek interpretacyjny przepisu art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w ten sposób, że *„sama czynność złożenia oferty w postępowaniu mająca na celu uzyskanie najwyższej punktacji, a więc wyprzedzenia pozostałych wykonawców celem wyboru oferty, może stanowić czyn nieuczciwej konkurencji, ale nie sposób uznać o zaistnieniu podstaw do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp. Z literalnego brzmienia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp wynika, że sam fakt złożenia oferty w postępowaniu musi stanowić czyn nieuczciwej konkurencji, a zatem odwołujący obowiązany jest udowodnić, że elementy oświadczenia woli wyrażone w treści oferty wypełniają znamiona czynu wskazanego w ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a więc, że działanie wykonawcy jest nakierowane na utrudnianie innym wykonawcom dostępu do rynku, co wyklucza sytuacje, w których nawet ewentualna możliwość przypisania wykonawcy popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji nie nastąpiła w wyniku złożenia oferty, ale jest od tej czynności niezależna.”*

Odwołujący nie przedstawił dowodów potwierdzających zaistnienie przesłanek, o których stanowią przepisy art. 3 ust. 1, art. 15 ust. 1 pkt 1 uznk, także art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Okoliczność, że zaoferowana cena jest niższa od cen konkurencji nie dowodzi, że cena ta jest rażąco niska lub została skalkulowana poniżej kosztów wytworzenia (np. wyrok z dnia 20 marca 2009 r., KIO/UZP 284/09).

Izba podzieliła stanowisko doktryny i orzecznictwa, że *„nie można utożsamiać normalnej konkurencji rynkowej z nieuczciwą konkurencją”*. W okolicznościach sprawy, nie ulega wątpliwości, że zróżnicowane ceny przedstawione w ofertach są przejawem zaostrożonej konkurencji.

Przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy (poprawienie w ofercie innej omyłki polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty).

Oferta, której treść nie odpowiada treści SIWZ, to oferta przedstawiająca przedmiot zamówienia, jego zakres, sposób wykonania, zakres i sposób eksploatacji urządzeń – w sposób niezgodny z opisanym w specyfikacji. W orzecznictwie wskazuje się, że niezgodność oferty z SIWZ w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy polega albo na niezgodności zobowiązania, które w swojej ofercie wyraża wykonawca i przez jej złożenie na siebie przyjmuje, z zakresem zobowiązania, którego przyjęcia oczekuje zamawiający i które opisał w SIWZ; ewentualnie na niezgodnym z SIWZ sposobie wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zakresu owego zobowiązania w ofercie.

Treść oferty wykonawcy nie nosi znamion sprzeczności z treścią SIWZ.

Nie został potwierdzony zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 Pzp przez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. W granicach zarzutów podlegających rozpoznaniu, czynności zamawiającego nie naruszyły zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Reasumując Izba wskazuje, że zasadniczą podstawę oceny zarzutów odwołania zmierzających do odrzucenia oferty wykonawcy z powodu niskiej ceny na podstawie wielu przepisów wskazanych w odwołaniu, stanowiła wykazana przez zamawiającego rzetelna ocena wyjaśnień złożonych przez wykonawcę.

Realizując obowiązek wynikający z art. 190 ust. 1a pkt 2 ustawy Pzp zamawiający przedłożył dowody – na podstawie których wykazał realność ceny oferty wykonawcy, podważył błędne ustalenie wydajności przez odwołującego wynikające z braku informacji o ilości osób planowanych do wykorzystania przy wykonywaniu usługi, a przede wszystkim błędnego założenia częstotliwości sprzątnięcia na podstawie danych zamieszczonych przez zamawiającego w załączniku 1A do SIWZ.

Zamawiający zwrócił uwagę na podniesione w uzasadnieniu odwołania i przypisane temu postępowaniu o udzielenie zamówienia, okoliczności które nie wystąpiły.

Zatem, Izba oddaliła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, uznając że nie nastąpiło po stronie zamawiającego naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp stosownie do jego wyniku, z uwzględnieniem przepisów 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. Nr 41, poz. 238, z późn. zm.). Izba zaliczyła do kosztów postępowania odwoławczego wpis w kwocie 15 000 zł uiszczony przez odwołującego oraz zasądziła na rzecz zamawiającego uzasadnione koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3 600 zł, na podstawie rachunku przedłożonego do akt sprawy.

Przewodniczący: