Sygn. akt: KIO 1818/19

WYROK

z dnia 07 października 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Aneta Mlącka
Przewodniczący

Członkowie:

Protokolant:
Jolanta Markowska
Małgorzata Matecka
Klaudia Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawach w dniu 30 września oraz 03 października 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 16 września 2019r. przez Wykonawcę Zakłady Usługowe Zachód Sp. z o.o. (ul. Robocza 40, 61-517 Poznań) w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Przewozy Regionalne Sp. z o.o. (ul. Kolejowa 1, 01-217 Warszawa)

przy udziale Wykonawcy AC Serwis Sp. z o. o. (ul. Staffa 64, 60-194 Poznań) zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża Wykonawcę Zakłady Usługowe Zachód Sp. z o.o. (ul. Robocza 40, 61-517 Poznań) i

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego Zakłady Usługowe Zachód Sp. z o.o. (ul. Robocza 40, 61-517 Poznań) tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Odwołującego - Wykonawcy Zakłady Usługowe Zachód Sp. z o.o. (ul. Robocza 40, 61-517 Poznań) na rzecz Zamawiającego Przewozy Regionalne Sp. z o.o. (ul. Kolejowa 1, 01-217 Warszawa) kwotę 3600 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 2018 r. poz. 1986 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący: .....

Członkowie: .....

Sygn. akt: KIO 1818/19

UZASADNIENIE

Zamawiający Przewozy Regionalne sp. z o.o. prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Utrzymanie w czystości pojazdów kolejowych”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 12 czerwca 2019 roku w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem nr 2019/S 111-273771.

Odwołujący Zakłady Usługowe Zachód Sp. z o.o. wniósł odwołanie, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt. 3 PZP, tj. zaniechanie odrzucenia oferty AC Serwis Sp. z o.o. mimo, że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 15 ust. 1 pkt. 1 Ustawy z dnia 16.04.1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji , tj. sprzedaż usług poniżej kosztów ich świadczenia w celu eliminacji innych przedsiębiorców; art. 89 ust. 1 pkt. 4 PZP, tj. zaniechanie odrzucenia oferty AC Serwis Sp. z o.o. mimo, iż zawiera ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia; art. 90 ust. 3 PZP, tj. zaniechanie odrzucenia oferty AC Serwis Sp. z o.o. mimo, iż wykonawca ten nie wykazał w swoich wyjaśnieniach, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz nie przedstawił żadnych dowodów na potwierdzenie swoich twierdzeń; art. 24 ust. 1 pkt. 16 PZP, tj. zaniechanie wykluczenia AC Serwis Sp. z o.o. mimo, iż w wykonawca ten wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, tj. na podstawie odpowiedzi na pytanie nr 4 w części III sekcji C Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia (dalej JEDZ); art. 24 ust. 1 pkt. 20 PZP, tj. zaniechanie wykluczenia AC Serwis Sp. z o.o. mimo, iż Zamawiający dysponował dowodami, że wykonawca ten zawarł porozumienie z innymi wykonawcami mające na celu zakłócenie konkurencji między wykonawcami w postępowaniu o udzielenie zamówienia; art. 24 ust. 1 pkt. 17 PZP, tj. zaniechanie wykluczenia AC Serwis Sp. z o.o. mimo, iż ten udzielając odpowiedzi na pytanie nr 4 w części III sekcji C JEDZ przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia; art. 24 ust. 1 pkt. 12 PZP, tj. zaniechanie wykluczenia AC Serwis Sp. z o.o. mimo, iż ten nie wykazał braku podstaw wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 20 PZP; art. 24 ust. 1 pkt. 16 PZP, tj. zaniechanie wykluczenia AC Serwis Sp. z o.o. mimo, iż ten udzielając odpowiedzi na pytanie nr 8 w części III sekcji C JEDZ wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że będzie w stanie niezwłocznie przedstawić dokumenty potwierdzające wymagane przez Zamawiającego, tym samym potwierdzając spełnianie warunków udziału w postępowaniu; art. 24 ust. 1 pkt. 12 PZP, tj. zaniechanie wykluczenia AC Serwis Sp. z o.o. mimo, iż ten nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu przez przedstawienie wymaganej usługi oraz dowodu, że została ona wykonana należycie; art. 26 ust. 3 PZP, tj. dopuszczenie do przedstawienia przez AC Serwis Sp. z o.o. nowego wykazu usług, a także dopuszczenie dowodów mających potwierdzać należyte wykonanie wykazywanej usługi mimo, że takimi dowodami nie są, a także dopuszczenie innego dowodu potwierdzającego należyte wykonanie wykazywanej usługi mimo, że dowód ten został przedstawiony po wyznaczonym przez Zamawiającego terminie, a także że dowód ten nie został podpisany kwalifikowanym Sp. o.o. art. 26 ust. 3 PZP, tj. dopuszczenie do dwukrotnego skorzystania z wezwania kierowanego do AC Serwis Sp. z o.o. mimo, iż już po pierwszym wezwaniu wykonawca ten nie potwierdził spełniania warunków udziału w postępowaniu; art. 10a ust. 1 PZP, tj. dopuszczenie komunikacji między Zamawiającym i AC Serwis Sp. z o.o. poza obowiązującą w postępowaniu komunikacją elektroniczną w postaci platformy OpenNexus; art. 7 ust. 1 i ust. 3 PZP, tj. dokonanie wyboru oferty AC Serwis Sp. z o.o. niezgodnie z przepisami PZP oraz z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców; art. 8 ust. 1 PZP, tj. naruszenie zasady jawności postępowania przez zakrycie części treści dowodu AC Serwis Sp. z o.o. należyte wykonanie wykazywanej usługi mimo, iż jest to dokument o istnym znaczeniu dla oceny spełniania przez tego wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, a jednocześnie nie zostały przedstawione przez Zamawiającego, żadne okoliczności wskazujące na podstawy do zamazania części danych na tym dowodzie; art. 46 ust. 1 PZP, tj. niezwrócenie Odwołującemu wadium mimo dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty AC Serwis Sp. z o.o., wykluczenia z postępowania AC Serwis Sp. z o.o. i/lub odrzucenie jego oferty, powtórzenia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty spośród ofert niepod legających odrzuceniu, udostępnienia dowodu potwierdzającego należyte wykonanie usługi na rzecz Przewozów Regionalnych Sp. z o.o. wystawionego z datą 05.09.2019r. z pełną jego treścią obejmującą także części uprzednio zakryte, niezwłoczne zwrócenie wadium wpłacone przez Odwołującego.

W zakresie zarzutu dotyczącego ceny zawartej w ofercie Wykonawcy AC Serwis sp. z o.o. Odwołujący wskazał, że cena stanowi 37% ceny oferty Odwołującego i 74% kwoty przeznaczonej na realizację zamówienia przez Zamawiającego. Do czynników wpływających na cenę należy obok kosztów robocizny, koszt zapewnienia środków higieniczno-sanitarnych w pojazdach, koszty mediów, których zapewnienie leży wyłącznie w gestii wykonawcy, wywozu śmieci oraz usuwania nieczystości płynnych z pomieszczeń wc.

Dla ustalenia liczby niezbędnych pracowników konieczne jest uwzględnienie wymogu zorganizowania usługi w taki sposób, ażeby możliwe było jej świadczenie w ciągu całej doby przez wszystkie dni tygodnia, o czym taktuje §2 ust. 3 załącznika nr 6 do SIWZ - wzór umowy.

Wobec wymogu Zamawiającego wskazanego w §4 ust. 7 SIWZ dotyczącego zatrudnienia osób wykonujących usługę wyłącznie na podstawie umowy o pracę wiążą się z tym dodatkowe koszty pracownicze w postaci zastępstwa na czas urlopów, dodatków do pracy w godzinach nocnych i dni świąteczne, a także ewentualnych kosztów prowadzenia Pracowniczych Programów Kapitałowych.

Odwołujący wskazał także na koszt polisy OC wymaganej zapisem §9 załącznika nr 6 do SIWZ - wzór umowy. Składka zapewniająca ochronę OC o sumie ubezpieczenia 8 mln zł może sięgać nawet 60 tys. zł rocznie.

Zdaniem Odwołującego, powyższe koszty muszą być uwzględnione w cenie oferty jak również te, których nie dało się przewidzieć w momencie zawierania umowy, np. skokowy wzrost płacy minimalnej. AC Serwis Sp. z o.o. w swoich wyjaśnieniach dotyczących ceny opiera wycenę kosztów pracowniczych wg płacy minimalnej w 2020r. w wysokości 2450 zł brutto, podczas gdy stosowe rozporządzenie usankcjonowało płacę minimalną w wysokości 2600 zł brutto.

Dalej Odwołujący wskazał, że „udzielone przez AC Serwis Sp. z o.o. wyjaśnienia co do podstawy kalkulacji oferty (odpowiedź na wezwanie Zamawiającego z dnia 18.07.2019r.) pokazują, że nie jest możliwe w ramach tej oferty zapewnienie wykonania usługi przez całą dobę i wszystkie dni tygodnia. Wskazanie tylko dwóch osób do wykonywania pracy w punkcie czyszczeń Zbąszynek na 1/2 etatu całkowicie uniemożliwia prawidłowe wykonanie usługi jeżeli harmonogram będzie nakazywał jej wykonanie w zbiegu kilku wagonów jednocześnie. Takie ograniczone zatrudnienie pozwoli co najwyżej na świadczenie usługi przez 4 godziny dziennie nie wspominając już o możliwym pojawieniu się taboru do sprzątania w weekendy".

Odwołujący podniósł, że konstrukcja umowy z Zamawiającym daje mu prawo do zatrzymania środków higieniczno-sanitarnych nawet w przypadku skreślenia danego wagonu, czyli uznania, że został nienależycie posprzątany i odmowę zapłaty (§6 ust 15 załącznika nr 6 do SIWZ - wzór umowy). Nie mniejsze znaczenie mają także znaczne kary umowne przewidziane na okoliczność różnych uchybień - nawet do 700% wartości zlecanych usług. Tego typu klauzule umowne dla działającego roztropnie przedsiębiorcy muszą mieć znaczenie w kształtowaniu ceny oferty.

Zdaniem Odwołującego, bagatelizowanie wykazywanych powyżej czynników cenotwórczych wskazywać może jedynie na świadome oferowanie usługi poniżej kosztów jej świadczenia lub też z góry przyjęcie, że wbrew oczekiwaniom Zamawiającego, przedmiot zamówienia nie będzie wykonywany zgodnie z jego opisem. Odwołujący podkreślił, że rozliczenie następuje wg zamówienia na sprzątanie konkretnego wagonu i wypełnionego następnie protokołu zdawczo-odbiorczego potwierdzającego prawidłowe wykonanie wszystkich czynności. Nie występuje ryczałtowe rozliczenie miesięczne. Tym samym to cena jednostkowa ma kluczowe znaczenie w ocenie możliwości wykonania całej umowy. Realność tej ceny wg Odwołującego należy odnieść do wymogów prawidłowego i zgodnego z oczekiwaniami Zamawiającego wykonania usługi na danym wagonie, zwłaszcza w tych jednostkach, które dominują w formularzu cenowym, a zatem mają decydujące znaczenie dla ustalenia ceny za całą ofertę.

Zamawiający wezwał Wykonawcę AC Serwis Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień w sprawie rażąco niskiej ceny wskazując jednocześnie na konieczność wyjaśnienia co spowodowało możliwość jej obniżenia, ale również w jakim stopniu dzięki wskazanym czynnikom cena została obniżona. Zdaniem Odwołującego, odpowiedź pozostała bardzo ogólnikowa i nie przedstawiała żadnych nadzwyczajnych okoliczności, jakie uzasadniałyby tak daleko idące obniżenie ceny. Wyjaśnienia AC Serwis Sp. z o.o. wprost dowodzą niemożliwości świadczenia usługi zgodnej z przedmiotem zamówienia, tj. zapewnienia świadczenia usługi przez całą dobę we wszystkie dni tygodnia przy jedynie wykazanej liczbie 26 osób zatrudnionych na 1/2 etatu. Po przeanalizowaniu ilości przewidywanego do sprzątania taboru w poszczególnych punktach czyszczeń, jak również mając na względzie wymogi wykonania

usługi na każdym wagonie w czasie nie dłuższym niż podany w załączniku nr 3 do umowy, Odwołujący stwierdził, że jest rzeczą niemożliwą wykonanie usługi w oparciu o wskazane przez AC Serwis Sp. z o.o. zasoby ludzkie.

Odwołujący podkreślił także specyfikę usługi, która wymaga ciągłej gotowości do jej świadczenia zgodnie z harmonogramem przedkładanym jedynie na 3 dni przed terminem wykonania, a także brak uwzględnienia dodatkowych kosztów jak dodatek za pracę nocną oraz w dni świąteczne, kosztów zastępstwa na czas urlopów, oraz czy pracownicy będą objęci Pracowniczymi Programami Kapitałowymi. Odwołujący wskazał, że wyjaśnienia kosztów pracowniczych bazują na nieaktualnej płacy minimalnej w roku 2020. W wyjaśnieniach tych brak dokładnych wyliczeń jaki jest koszt zapewnienia wyposażenia wc w wagonach w środki higieniczno-sanitarne, jaki jest choćby szacowany koszt zapewnienia mediów w poszczególnych punktach czyszczeń oraz koszt zagospodarowania śmieci i nieczystości płynnych, a których uwzględnienie w cenie oczekuje Zamawiający. Nie zostały wskazane praktycznie żadne dowody na odparcie hipotezy rażąco niskiej ceny, całość wyjaśnień opiera się wyłącznie oświadczeniu własnym AC Serwis Sp. z o.o. że jest podmiotem doświadczonym na rynku i wie jak sprzątać wagony.

Zamawiający zwrócił się do Wykonawcy AC Serwis o wyjaśnienie rażąco niskiej ceny. Zdaniem Odwołującego, Wykonawca AC Serwis na zadane pytanie, dlaczego pracownicy mają być zatrudnieni na 1/2 etatu Wykonawca praktycznie nie odpowiedział. Stwierdził, że zatrudnienie na 1/2 etatu pracowników ma być atutem jego oferty, ponieważ pozwala na dostosowanie niezbędnej ilości pracowników do wykonania usługi sprzątania taboru zgodnie z harmonogramem czyszczeń, co w ocenie Odwołującego jest dość dziwnym tłumaczeniem. W odpowiedzi na pytanie Zamawiającego czy i jak Wykonawca AC Serwis zagwarantował sobie ceny środków czystości i najmu, w zasadzie nie udzielił odpowiedzi, jednocześnie wskazując, że szacuje koszty najmu w oparciu o posiadane dane na zupełnie innych lokalizacjach niż przedmiot zamówienia, nie podając również żadnych konkretów czy dowodów na to, że podjął realne starania do zapewnienia sobie w przyszłości infrastruktury do wykonania przedmiotu zamówienia. W podsumowaniu Odwołujący stwierdził, że Wykonawca AC Serwis Sp. z o.o. nie wskazał na żadne czynniki, które uzasadniałyby na tak znaczące obniżenie ceny. Uznał wyjaśnienia Wykonawcy AC Serwis za ogólne i dość niejasne, co można by uznać za kalkę do wyjaśnień każdego innego wykonawcy w każdym innym dowolnym postępowaniu.

Wykonawca AC Serwis Sp. z o.o. w formularzu JEDZ w części III sekcja C w odpowiedzi na pytanie nr 4 „Czy wykonawca zawarł z innymi wykonawcami porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji?" odpowiedział NIE.

Odwołujący wskazał, że Wykonawca AC Serwis Sp. z o.o. zawarł z innymi przedsiębiorcami porozumienie, którego wynikiem było uzyskanie przez niego referencji za usługi, których faktycznie nie świadczył. Według Odwołującego, Wykonawca AC Serwis Sp. z o.o. wprowadził Zamawiającego w błąd, poprzez wskazanie odpowiedzi na przytoczone powyżej pytanie. Zdaniem Odwołującego, Zamawiający dysponując dowodami na istnienie zakazanego porozumienia między AS Serwis Sp. z o.o. a innymi przedsiębiorcami winien wykluczyć go z postępowania. Odwołujący podkreślił, że zgodnie z wytycznymi Urzędu Zamówień Publicznych, zakazane jest porozumienie zawierane zarówno w tym, jak i w każdym innym postępowaniu w okresie ostatnich 3 lat. W opinii Odwołującego pojęcie porozumienia zakłócającego konkurencję należy rozumieć zgodnie z przepisami ustawy z dnia 16.02.2007r. o ochronie konkurencji i konsumentów. W art. 4 pkt. 5 tej ustawy zdefiniowano porozumienie między innymi, jako uzgodnienie dokonane w jakiejkolwiek formie przez dwóch lub więcej przedsiębiorców lub ich związki. Jednocześnie art. 6 ust. 1 tejże ustawy definiuje czym są zakazane porozumienia. Za zakazane porozumienie można uznać takie, którego celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym. Posługiwanie się przez AC Serwis Sp. z o.o. referencjami, które są nieprawdziwe narusza uczciwą konkurencję względem przedsiębiorców, którzy swoje doświadczenie muszą wypracowywać latami.

Zamawiający wezwał Wykonawcę AC Serwis Sp. z o.o. do ustosunkowania się do stawianych zarzutów, tak w drodze bezpośredniego spotkania, jak i dalej pisemnie. Odwołujący podkreślił, że stanowisko Wykonawcy AC Serwis Sp. z o.o. sprowadziło się tylko do zanegowania przedstawionym faktom i odmową dalszych wyjaśnień, które mogłyby naruszać prawo do obrony na wypadek wszczęcia postępowania antymonopolowego przez Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów.

W opinii Odwołującego brak próby dowodzenia błędności zarzutów w kwestii istnienia w przeszłości zakazanego porozumienia, mającego na celu zakłócenie konkurencji, jest przyznaniem się do prawdziwości tych zarzutów, co tym samym zobowiązuje Zamawiającego do wykluczenia AC Serwis Sp. z o.o. z postępowania.

Wykonawca AC Serwis Sp. z o.o. w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 1 PZP przedstawił wykaz usług wraz z referencją mające potwierdzać spełnianie warunków udziału w postępowaniu określonych w §6 ust. 2 SIWZ. Zamawiający uznał, że przedstawiona usługa wraz z referencją nie potwierdza spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego doświadczenia przez AC Serwis Sp. z o.o. Wykazywana usługa obejmowała zarówno sprzątanie wewnętrzne, jak i zewnętrzne, co nie odpowiadało definicji doświadczenia, jakim należało się legitymować. W konsekwencji Zamawiający w trybie art. 26 ust. 3 PZP zażądał wyjaśnień co do wykazanej usługi. Udzielone przez Wykonawcę AC Serwis Sp. z o.o. wyjaśnienia potwierdziły, że przedłożona usługa nie spełnia wymagania określonego w §6 ust. 2 SIWZ, zaś dołączona referencja nie potwierdza należytego wykonania tej usługi w części zrealizowanej.

Zdaniem Odwołującego, ponieważ Wykonawca AC Serwis Sp. z o.o. nie wykazał się spełnieniem warunków udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia, powinien zostać wykluczony z postępowania. Odwołujący wskazał także, że Wykonawca AC Serwis Sp. z o.o. wprowadził Zamawiającego w błąd udzielając pozytywnej odpowiedzi na pytanie nr 8 części III sekcja C JEDZ, tj. „Czy wykonawca może potwierdzić, że jest w stanie niezwłocznie przedstawić dokumenty potwierdzające wymagane przez instytucje zamawiającą lub podmiot zamawiający, podczas gdy takiej dokumentacji nie był w stanie przedłożyć.

Zamawiający w trybie art. 26 ust. 3 PZP wezwał AC Serwis Sp. z o.o. do uzupełnienia wykazu usług wraz z dowodami określającymi czy zostały wykonane należycie. Odwołujący uznał za niedopuszczalne ponowne skorzystanie z art. 26 ust. 3 PZP i umożliwienie sporządzenia przez AC Serwis Sp. z o.o. nowego wykazu usług. (W trakcie posiedzenia z udziałem stron, Odwołujący wycofał ten zarzut.)

Niezależnie od powyższego Odwołujący stwierdził, że na drugie wezwanie Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 PZP Wykonawca AC Serwis Sp. z o.o. skutecznie nie odpowiedział. Wykonawca AC Serwis Sp. z o.o. przedstawił nowy wykaz usług dołączając wyciągi bankowe jako potwierdzenie prawidłowej realizacji usługi. Zdaniem Odwołującego, nie można ich uznać w kategorii dowodów na potwierdzenie należytego wykonania usługi.

Definicja dowodu należytego wykonania usługi jest przedstawiona w §2 ust. 4 pkt. 2 Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26.07.2016r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielnie zamówienia. Z przepisu wynika, że takimi dowodami są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego usługi były wykonywane, a z których będzie możliwe wywiedzenie faktu należytego świadczenia usługi. Dlatego w ocenie Odwołującego, Zamawiający winien uznać, że AC Serwis Sp. z o.o. nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu i powinien zostać z niego wykluczony.

Odwołujący zwrócił także uwagę, że w załącznikach do protokołu postępowania pojawił się list referencyjny adresowany do Zamawiającego z jego Oddziału w Poznaniu, w którym potwierdza się należyte wykonanie usługi przez AC Serwis Sp. z o.o. wykazane w odpowiedzi na drugie wezwanie w trybie art. 26 ust. 3. Referencja ta jest datowana na 05.09.2019r., a zatem nie mogła zostać złożona w terminie wyznaczonym w wezwaniu Zamawiającego, tj. do 04.09.2019r. do godz. 10:00. Referencja nie została złożona przez AC Serwis sp. z o.o., ponieważ nie figuruje na niej żaden podpis przedstawiciela tego wykonawcy. Na takim dokumencie powinien być podpis elektroniczny przedstawiciela AC Serwis Sp. z o.o. na dowód, że to on go przedkłada i potwierdza jego treść za zgodność z oryginałem zgodnie z wymaganiami Rozporządzenia Ministra Przedsiębiorczości i Technologii z dnia 16.10.2018r. zmieniającego rozporządzenie w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia. W ocenie Odwołującego mogła zaistnieć sytuacja, że to Zamawiający sam sobie potwierdzał wykaz usług, co nie znajduje oparcia w żadnych przepisach PZP.

W §8 SIWZ Zamawiający określił formę komunikacji z wykonawcami, tj. poprzez platformę OpenNexus. Odwołujący zwrócił uwagę, że jeżeli w toku postępowania pojawił się jakikolwiek dokument złożony poza tym sposobem komunikacji narusza to postanowienia SIWZ, jak i 10a ust. 1 PZP, nakazujący prowadzenie komunikacji przy użyciu środków komunikacji elektronicznej. Zdaniem Odwołującego, pojawienie się załącznika do protokołu postępowania w postaci referencji z dnia 05.09.2019r. adresowanej do Zamawiającego przez jego Oddział w Poznaniu każe wątpić czy ten dokument został prawidłowo zakwalifikowany, jako część załączników do protokołu.

Dokonywane przez Zamawiającego czynności prowadzące ostatecznie do wyboru oferty AC

Serwis Sp. z o.o. nastąpiły w ocenie Odwołującego z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Zdaniem Odwołującego, Zamawiający dopuszczając zbyt lakoniczne wyjaśnienia ceny oferty AC Serwis Sp. z o.o., umożliwiając wielokrotne uzupełnienie dokumentów tego wykonawcy potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, dopuszczając dokumenty, które w żaden sposób nie potwierdzają spełniania warunków udziału w postępowaniu, bądź zostały złożone po terminie, jak również dopuszczenie do przedłożenia dowodu należytego wykonania usługi w bardzo niejasnych okolicznościach jego wystawienia potwierdza, że wybór AC Serwis Sp. o.o. odbył się niezgodnie z przepisami PZP. Warunki udziału w postępowaniu określone przez Zamawiającego w SIWZ powinny być jednakowe dla wszystkich wykonawców, w tym w zakresie sposobu przedstawiania swoich dokumentów. Zdaniem Odwołującego, referencja z dnia 05.09.2019r. adresowana do Zamawiającego przez jego Oddział w Poznaniu została wystawiona i wprowadzona do postępowania poza wszelkimi przepisami PZP przez samego Zamawiającego.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający utajnił część treści referencji wystawionej przez Oddział Zamawiającego w Poznaniu, potwierdzającej należyte wykonanie usługi przez AC Serwis Sp. z o.o. W ocenie Odwołującego, stanowi to nieuprawnione zatajenie ważnej w postępowaniu informacji. Ustalenie osoby podpisującej się pod referencją pozwala stwierdzić czy takie oświadczenie zostało wystawione przez osobę należycie umocowaną. Nie można się tutaj zasłaniać przepisami Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady UE 2016/679 powszechnie znanej jako RODO. Zgodnie z motywem 14 RODO rozporządzenie to nie dotyczy przetwarzania danych osobowych dotyczące osób prawnych, w tym oczywiście osób fizycznych, które taką osobę prawną reprezentują.

Odwołujący wskazał, że art. 46 ust. 1 PZP jednoznacznie nakazuje Zamawiającemu zwrot wadium wszystkim wykonawcom niezwłocznie po wyborze oferty najkorzystniejszej z wyjątkiem wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza. Wybór nastąpił w dniu 06.09.2019r. Oferta Odwołującego nie została wybrana zatem brak jest podstaw do dalszego przetrzymywania wadium.

Odwołujący w trakcie posiedzenia z udziałem stron oświadczył, że cofa powyższy zarzut.

Do niniejszego postępowania zgłosił przystąpienie po stronie Zamawiającego Wykonawca AC Serwis sp. z o.o.

Izba ustaliła i zważyła co następuje:

Zarzut dotyczący naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 20 ustawy Prawo zamówień publicznych nie zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z powyższym artykułem, z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który z innymi wykonawcami zawarł porozumienie mające na celu zakłócenie

konkurencji między wykonawcami w postępowaniu o udzielenie zamówienia, co zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą stosownych środków dowodowych. Przedmiotowa podstawa wykluczenia musi być interpretowana ściśle i jej zastosowanie winno być oparte o obiektywnie stwierdzone przez Zamawiającego okoliczności, potwierdzone stosownymi dowodami.

W niniejszym postępowaniu Odwołujący zwrócił się do Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, wskazując okoliczności, które w ocenie Odwołującego świadczą o zawartym niedozwolonym porozumieniu Przystępującego z innymi podmiotami.

Należy wskazać, że Zamawiający nie posiada uprawnień Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów. Nie jest instytucją właściwą do zbadania i dokonania jednoznacznej oceny wiarygodności dokumentów przekazanych w innym postępowaniu przez Odwołującego do UOKiK. Samo zawiadomienie organu, jakim jest UOKIK, nie stanowi dowodu na istnienie niedozwolonego porozumienia. Zamawiający w ocenie Izby nie może rozstrzygać na podstawie jedynie podejrzeń i wątpliwości innego podmiotu na niekorzyść wykonawców. Zamawiający powinien posiadać jednoznaczny dowód, konkretne ustalenia dokonane chociażby na podstawie potwierdzonych okoliczności, czy wynikających choćby z dowodów

pośrednich, że ma do czynienia z zakłóceniem uczciwej konkurencji. Taka okoliczność nie wystąpiła w niniejszym postępowaniu.

Należy wskazać, że w niniejszym postępowaniu złożone zostały dwie oferty (w tym oferta Odwołującego). Już z tej okoliczności wynika, że brak jest niedozwolonego porozumienia wykonawców w tym postępowaniu. Ponadto Zamawiający zwrócił się do Przystępującego o złożenie wyjaśnienia w związku z przedstawionym przez Odwołującego pismem skierowanym do UOKiK. Przystępujący zaprzeczył zarzutom.

W konsekwencji powyższego należy uznać, że Zamawiający nie dysponował dowodem na istnienie niedozwolonego porozumienia, tak w odniesieniu do niniejszego postępowania, jak i w zakresie innych postępowań.

Skoro zatem Zamawiający nie dysponował dowodem na istnienie niedozwolonego porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji między wykonawcami w postępowaniu o udzielenie zamówienia, to nie można mówić o spełnieniu przesłanki z art. 24 ust. 1 pkt 20 ustawy Prawo zamówień publicznych. Tym samym nie zachodziła podstawa do wykluczenia Przystępującego z postępowania na podstawie tego artykułu.

W związku z powyższym, nie można także uznać, że Zamawiający naruszył art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący nie sprecyzował w treści odwołania, co dokładnie miało wprowadzić Zamawiającego w błąd, jak również nie wykazał spełnienia poszczególnych przesłanek wykluczenia wykonawcy, wskazanych w powyższych przepisach. Przystępujący wypełnił formularz w oparciu o przekonanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Nie można tym samym uznać, aby wprowadził Zamawiającego w błąd udzielając informacji, że nie podlega wykluczeniu z postępowania w zakresie wypełnienia dokumentu JEDZ (część III sekcja C pyt. Nr 4).

Zamawiający pismem z 30 sierpnia 2019 r. wezwał Przystępującego do uzupełnienia wykazu usług. W odpowiedzi Przystępujący uzupełnił wykaz wykonanych usług. Przystępujący we wskazanym wykazie przedstawił zamówienie wykonywane na rzecz Zamawiającego, tj. zamówienie realizowane na podstawie umowy CRU-K/C/96/2018 z dnia 15 czerwca 2018 roku.

W treści udzielonej odpowiedzi Przystępujący zwrócił uwagę, że Zamawiający posiada informację o realizowanej usłudze, jak również dokumenty w tym zakresie, zatem w związku z treścią art. 26 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych, Wykonawca nie musi przedstawiać dowodów na należyte wykonanie usług. Ponadto Przystępujący złożył skany dokumentów finansowych.

Zgodnie z art. 26 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych, Wykonawca nie jest zobowiązany do złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 1 i 3, jeżeli zamawiający posiada oświadczenia lub dokumenty dotyczące tego wykonawcy lub może je uzyskać za pomocą bezpłatnych i ogólnodostępnych baz danych. Należy wskazać, że Zamawiający posiadał wiedzę na temat należytego wykonania zamówienia. Pozyskanie dokumentów potwierdzających powyższy fakt wymagało jedynie sprawdzenia w ramach struktury wewnętrznej Zamawiającego i pozyskania ich za pomocą własnej bazy danych, co wyczerpuje przesłankę powyższego artykułu. Izba miała na uwadze okoliczność, że Przystępujący jeszcze przed upływem terminu na złożenie wyjaśnień, zwrócił w piśmie (udzielonej odpowiedzi) uwagę Zamawiającego na fakt, że Zamawiający posiada już informacje i dokumenty dotyczące realizowanej przez niego na rzecz Zamawiającego umowy. Tym samym bez znaczenia pozostaje fakt, że poświadczenie prawidłowej realizacji usługi zawiera datę o jeden dzień późniejszą niż termin wyznaczony na złożenie przez Przystępującego wyjaśnień.

Tym samym zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 26 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych należy uznać za bezzasadny.

Bezzasadny jest także zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 10a ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Pismo pochodzące z oddziału Zamawiającego nie jest pismem przekazanym przez wykonawcę. Sama natura art. 26 st. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych odnosi się do sytuacji, w której zamawiający posiada wiedzę lub samodzielnie (z baz danych) może pozyskać dokumenty dotyczące należytego wykonania zamówienia. Nie jest zatem konieczne kierowanie korespondencji przez wykonawcę do zamawiającego przy użyciu komunikacji elektronicznej.

Zamawiający nie naruszył także art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający wezwał Przystępującego do złożenia wykazu usług w trybie powyższego artykułu. Przystępujący taki wykaz złożył wraz ze skanem dokumentów finansowych mających potwierdzać prawidłową realizację usługi, a nadto wskazał, że Zamawiający posiada informację o realizowanej usłudze, jak również dokumenty w tym zakresie. Prawdą jest, że dokument pochodzący z oddziału Zamawiającego wystawiony został z datą o jeden dzień późniejszą niż data, na którą Zamawiający wyznaczył czas do uzupełnienia dokumentów. Istotna w tej sytuacji jest jednak okoliczność, że Przystępujący przed upływem wyznaczonego terminu poinformował Zamawiającego o okoliczności, że Zamawiający posiada dokumenty i wiedzę w zakresie prawidłowej realizacji usługi przez Przystępującego. Tym samym fakt, że instytucja wewnętrzna Zamawiającego wystawiła dokument w dniu 05 września br. pozostaje bez znaczenia dla oceny spełnienia warunków udziału w postepowaniu przez Przystępującego.

W kontekście powyższego, za bezzasadny należy uznać zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Prawo zamówień publicznych, z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu lub nie wykazał braku podstaw wykluczenia. W niniejszym postępowaniu nie zachodziła podstawa wykluczenia Przystępującego na podstawie tego artykułu. Przystępujący potwierdził bowiem spełnienie warunku udziału w postępowaniu poprzez wykazanie realizacji umowy na rzecz Zamawiającego w Oddziale Wielkopolskim.

Zarzut zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego z uwagi na rażąco niską cenę należy uznać za bezzasadny.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera ona rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Cena rażąco niska to taka, co do której oczywiste jest, że wykonawca nie będzie w stanie zrealizować za nią zamówienia. Na takie rozumienie pojęcia rażąco niska cena wskazuje określenie „rażąca". Wykonawca, który poddaje w wątpliwość określoną cenę zamówienia, jest zobowiązany wykazać w sposób niebudzący żadnych wątpliwości, że jest ona nierealna. Temu obowiązkowi, w ocenie Izby, nie podołał Odwołujący. W pierwszej kolejności należy zauważyć, że w treści odwołania Odwołujący wskazał, że cena zaoferowana przez Przystępującego stanowi 74% kwoty przeznaczonej na realizację zamówienia przez Zamawiającego. Już ten sam fakt pokazuje, że nie jest tak, że cena ta w sposób rażący odbiega od sposobu kalkulacji Zamawiającego. Zamawiający wyjaśnił, że powodem wezwania Przystępującego do złożenia wyjaśnień była różnica ceny wybranego Wykonawcy (Przystępującego), przekraczająca o ponad 30% średnią cen ofert złożonych w postępowaniu. W postępowaniu zostały złożone dwie oferty. Sam fakt, że występuje duża różnica cenowa między tymi ofertami, nie może przesądzać o uznaniu ceny zawartej w ofercie Przystępującego za rażąco niską. Wskazówkę zakresie ceny mogłoby dawać więcej ofert złożonych w postepowaniu, co jednak w niniejszej sprawie nie wystąpiło.

Odwołujący na potwierdzenie zarzutu przedstawił jako dowód „wzorcowy schemat kalkulacji", który miał na celu udzielenie odpowiedzi na pytanie, jaka powinna być wysokość minimalnych cen jednostkowych dla poszczególnych rodzajów usług świadczonych na poszczególnym rodzaju taboru, ażeby cena ta odpowiadała tylko podstawowym kosztom wykonania danej usługi. Ponadto Odwołujący przedstawił wykaz z norm ISSA, który stanowi opracowanie określające czas dla realizacji poszczególnych czynności porządkowych.

Jednakże Odwołujący przyjął nieprawidłowe dane do swojej kalkulacji. W szczególności Odwołujący wskazał, że „Na przykładzie punktu Rzepin widać, że sprzątanie tam zaczyna się już od godz. 7:30 i nieprzerwanie trwa do 4:00 dnia następnego. W punkcie Zielona Góra sprzątanie taboru zaczyna się od 6:30 i trwa do 22:00. W Zbąszynku sprzątanie zaczyna się od 11:20 i kończy o 21:00. W Żaganiu pierwsze sprzątanie zaczyna się od 7:40 i kończy o 5:00 dnia następnego." Tymczasem, jak wskazał Zamawiający, „W puncie Rzepin czyszczenia rozpoczynają się od godz. 7.30 i trwają do 13.20. Czas wydłużony do godziny 14.55 dotyczy tylko sytuacji, w której zlecone będzie mycie pudła z zewnątrz (PUC 3), a jest to usługa zlecana nie częściej niż raz na dwa tygodnie. Ze względu na trudną sytuację taborową usługę PUC 3 zlecamy często tylko jeden raz w miesiącu dla każdej jednostki Ezt. Następująca potem usługa PUC7n jest zlecana także tylko jeden raz w tygodniu. Tym samym od godziny 13.20 do godziny 15.15 jest przerwa w czyszczeniach. Dopiero od godz. 15.15 rozpoczynają się czyszczenia następujące po sobie do godz. 4.00.

W punkcie Zbąszynek czyszczenie nie trwa, jak wykazuje Odwołujący, od godz. 11.20 do godz. 21.00, ponieważ czyszczone są tylko 4 pociągi w dobie w dni robocze, natomiast w soboty i dni świąteczne tylko 3 pociągi. O godz. 11.20 jest jedno czyszczenie trwające zaledwie 30 minut. Kolejne czyszczenia są dopiero o godz. 16.10 przez 30 minut, o godz.

17.30 przez 30 minut i o godz. 20.30 przez 30 minut. Reasumując - wszystkie czyszczenia w punkcie Zbąszynek trwają łącznie tylko 2 godziny w dobie.

W punkcie Żagań czyszczenie taboru zaczyna się o godz. 7.40 i kończy już o 9.00. Z powodu trudności technicznych nie ma w chwili obecnej możliwości mycia pudeł z zewnątrz, czyli wykonywania usługi PUC 3. Następne czyszczenie ma miejsce po ponad 10 godzinach przerwy, tj. o godz. 19.30 i trwa zaledwie 45 minut. Oba czyszczenia są wykonywane tylko w dni robocze - bez sobót, niedziel i świąt. Czyszczenia trzech pojazdów o większym zakresie rozpoczynają się dopiero o godz. 22.30 i trwają do godz. 5.00.

W punkcie Zielona Góra czyszczenie rozpoczyna się o godz. 6.30 i trwa do godz. 22.00, z godzinną przerwą miedzy 20.30 a 21.30, czyli ostatnimi pociągami."

Zamawiający wyjaśnił także, że ustalając poszczególne czasy pracy, wziął pod uwagę nie normy, a własne doświadczenie. Z doświadczenia Zamawiającego wynika chociażby okoliczność, że czas potrzebny na sprzątanie kabiny maszynisty wynosi ok. 10 min., a nie tak jak przewidział Odwołujący - 20 minut Sprzątanie obejmuje bowiem czynność zamiecenia i wymiany woreczków.

Już z powyższego wynika, że dane, jakie przyjął Odwołujący są nieprawidłowe, sprzątanie będzie realizowane w czasie znacznie krótszym, a co za tym idzie, kalkulacja Odwołującego jest nierzetelna. Zatem nie może ona stanowić podstawy dla jednoznacznego stwierdzenia, że cena zaoferowana przez Przystępującego jest rażąco niska. Ponadto tabor Zamawiającego jest inny niż przedstawia to Odwołujący. Jak wyjaśnił Zamawiający, pojazdy na terenie oddziału Lubuskiego nie różnią się pomiędzy sobą co do ilości członów. Oznacza to, że przyjęte przez Odwołującego założenia nie są prawidłowe, a co za tym idzie kalkulacja nie może stanowić potwierdzenia tezy, że cena zaoferowana przez Przystępującego jest rażąco niska.

Należy mieć także na uwadze, że jak przyznał w trakcie rozprawy Odwołujący, jest to symulacja, w której niektóre z cen wpisanych przez Odwołującego są wyższe niż ceny przedstawione w ofercie Odwołującego. Należy zatem uznać, że sam Odwołujący przyznaje, że można określone elementy wykonać po niższych cenach, niż przyjął sam Odwołujący w swojej ofercie. W konsekwencji należy uznać że kalkulacja Odwołującego nie może stanowić dowodu na okoliczność, że za cenę zaoferowaną przez Przystępującego nie jest możliwe zrealizowanie zamówienia.

Należy także zauważyć, że Przystępujący przewidział w kalkulacji zysk w wysokości 34%. Zdaniem Odwołującego, jest to nieprawidłowe działanie, z uwagi na okoliczność, że przeciętnie wykonawcy w kalkulacjach przyjmują 10% zysku. W pierwszej kolejności należy wskazać, że samo przyjęcie wysokości zysku zależy od wykonawcy i uwzględnienie wysokiej wartości w tym zakresie (ponad 1/3 wartości zamówienia) wręcz przeczy tezie Odwołującego o rażąco niskiej cenie oferty Przystępującego. Co więcej, Odwołujący wskazał, że Przystępujący nie uwzględnił w kalkulacji oferty wzrostu wysokości minimalnego wynagrodzenia począwszy od 2020 roku. Jak trafnie zauważył Przystępujący wysokość płacy minimalnej znana była na chwilę wniesienia odwołania, nie była natomiast znana w chwili składania ofert. Tym samym trudno uznać, aby możliwe było dokonanie kalkulacji z pełnym uwzględnieniem jej wysokości. Niemniej jednak Przystępujący przyznał, że jego cena zabezpiecza i tę sytuację.

Ponadto właśnie założenie wysokiego zysku przy kalkulacji oferty, uwzględniającego także

ewentualne nieprzewidziane wydatki spowodowane szczególnymi sytuacjami, stanowi - wbrew twierdzeniu Odwołującego - o prawidłowości kalkulacji Przystępującego, a co za tym idzie, o bezzasadności tezy Odwołującego, że cena zaoferowana przez Przystępującego nie pokryje wszystkich wydatków i jest rażąco niska.

Dodatkowo Izba miała na uwadze okoliczność, że Przystępujący realizuje na rzecz Zamawiającego dwie umowy (jedna na terenie miasta Poznań, druga na terenie Wielkopolski). Umowy, czemu nie zaprzeczył Odwołujący, realizowane są prawidłowo. Ceny wskazane w tych umowach są analogiczne do zaoferowanych w niniejszym postępowaniu. Powyższa okoliczność nie była kwestionowana przez Odwołującego. Przystępujący załączył zestawienie cen jednostkowych na potwierdzenie powyższego. W ocenie Izby fakt ten wskazuje, że Przystępujący nie zaoferował cen, które w sposób znaczący odbiegają od rynkowych, ale takie, w ramach których jest możliwe zrealizowanie zamówienia.

Odwołujący postawił także zarzut naruszenia art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego mimo, iż wykonawca ten nie wykazał w swoich wyjaśnieniach, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku

do przedmiotu zamówienia oraz nie przedstawił żadnych dowodów na potwierdzenie swoich twierdzeń.

W ocenie Izby zarzut ten jest bezzasadny.

Wykonawca na wezwanie Zamawiającego wyjaśnił strukturę istotnych kosztów, wskazał podstawy ich wyliczenia, a także zysk, jaki zamierza osiągnąć. Dodatkowo Zamawiający, w ramach procedury wyjaśnień rażąco niskiej ceny, skierował do Przystępującego wezwanie, które zawierało trzy konkretne pytania. Przystępujący udzielił odpowiedzi stosownie do brzmienia zadanych pytań.

Pierwsze z pytań brzmiało: „dlaczego osoby pracują tylko na pół etatu, w tym, że jest to wystarczające do wykonania zamówienia, a także dlaczego do wykonania zamówienia nie jest potrzebny nikt poza pracownikami fizycznymi". Odwołujący udzielił odpowiedzi, zgodnie

z którą: „Zatrudnienie pracowników w wymiarze % etatu ułatwi dostosowanie niezbędnej ilości pracowników do wykonania usługi sprzątania taboru zgodnie z harmonogramem czyszczeń, w zależności od zapotrzebowania Zamawiającego na dany rodzaj czyszczenia, czy też ilości składów do sprzątania w danym przedziale czasowym. (...)" W kontekście odpowiedzi na to pytanie należy zauważyć, że (jak wskazano powyżej), Zamawiający przewidywał znacznie krótszy czas realizacji sprzątania pojazdów w poszczególnych punktach, w przeciwieństwie do czasu przyjętego przez Odwołującego. Zamawiający przyjął przerwy przy czynnościach sprzątania, a nadto wskazał (również w trakcie rozprawy), że np. „lokomotywy sprzątane są 1 raz w tygodniu, w Zbąszynku czas pracy w ciągu doby to 2h, zaś w niedziele i święta 1,5 h." W trakcie rozprawy Odwołujący przyznał, że nawet jeśli

Zamawiający przewidział przerwy przy czynnościach sprzątania, to jednak pracownicy za czas przerwy otrzymują wynagrodzenie. Z powyższej wypowiedzi Odwołującego wynika zatem dodatkowy wniosek, zgodnie z którym przyjęte przez Odwołującego założenie zatrudnienia personelu w wymiarze czasu pracy wynoszącym pół etatu nie jest nieprawidłowe, wpisuje się w sposób realizacji zamówienia i pozytywnie wpływa na sprawność jego realizacji. Tym samym odpowiedź udzielona przez Przystępującego na wezwanie Zamawiającego wskazywała, że założenia Przystępującego przyjęte w kalkulacji nie są nieprawidłowe.

Przystępujący w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego odniósł się także do zadanego pytania dotyczącego zagwarantowania środków czystości i higienicznych, wskazując, że „założył możliwość wzrostu ceny w/w na przestrzeni 17 miesięcy dlatego też, do kalkulacji na rok 2019 dołożył 1000 zł do każdego miesiąca tj. w roku 2019 kwota 4000 +1000 zł przez

okres od 01.08 - 31.12.2019 r. zyskując 5000 zł na ewentualne podwyżki, natomiast na rok 2020 kwotę 5000 zł. Oznacza to, że w kalkulacji przyjął zabezpieczenie kosztów

środków higienicznych. W kontekście powyższego nie można postawić zarzutu, aby Przystępujący nie odniósł się do zadanych pytań. Odwołujący nie wykazał także, aby założenia Przystępującego, na które Przystępujący wskazał w treści odpowiedzi na zadane pytania, były nieprawidłowe, czy też pozwalały na jednoznaczne stwierdzenie, że cena przyjęta przez Przystępującego jest rażąco niska. Z tych względów powyższy zarzut należało uznać za bezzasadny.

W konsekwencji, za bezzasadny należało uznać zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego mimo, iż złożenie przez Wykonawcę oferty stanowi czyn nieuczciwej

konkurencji w rozumieniu art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu

nieuczciwej konkurencji, tj. sprzedaż usług poniżej kosztów ich świadczenia w celu eliminacji innych przedsiębiorców.

Brak uznania ceny za rażąco niską oznacza w konsekwencji, że złożenie oferty nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji, a tym samym Zamawiający nie naruszył w postępowaniu art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Na przesłankę odrzucenia oferty stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji składają się:

1) utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku,

2) w szczególności przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu,

3) w celu eliminacji innych przedsiębiorców.

Odwołujący nie wykazał spełnienia powyższych przesłanek. Nie wykazał, aby Przystępujący utrudniał innym przedsiębiorcom dostęp do rynku. Odwołujący nie wykazał także, aby

Przystępujący oferował sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu.

Zamawiający wskazał, że dokonał porównania i analizy cen jednostkowych analogicznych usług. Wskazał, że ceny jednostkowe zaoferowane przez Odwołującego istotnie przekraczały średnią - często ponad dwa razy, a istnieją także przypadki, że ponad trzy razy. Z powyższego wynika, że nie można wysnuć jednoznacznego wniosku, że ceny zaoferowane przez Przystępującego są zaniżone, a Przystępujący oferuje sprzedaż usług poniżej kosztów ich świadczenia. Nie jest bowiem wykluczone, że to ceny proponowane przez Odwołującego są wyższe od oferowanych na rynku.

W niniejszym postępowaniu nie wykazano także chęci eliminacji innych przedmiotów, w tym Odwołującego, z rynku. Przystępujący złożył ofertę z ceną znacznie niższą niż cena Odwołującego, co stanowi normalny przejaw konkurencji rynkowej przedsiębiorców.

W zakresie powyższych zarzutów należało uznać, że Zamawiający dokonał wyboru Wykonawcy zgodnie z przepisami ustawy.

Izba uznała za zasadny zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 8 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. naruszenie zasady jawności przez zakrycie części treści dowodu Przystępującego na należyte wykonanie wykazywanej usługi mimo, iż jest to dokument o istotnym znaczeniu dla oceny spełniania przez tego Wykonawcę warunku udziału w postępowaniu, a jednocześnie nie zostały przedstawione przez Zamawiającego żadne okoliczności wskazujące na podstawy do zamazania części danych w tym dowodzie.

Izba ustaliła, że Zamawiający udostępnił do wglądu Odwołującemu dokument w postaci potwierdzenia przez dyrektora Oddziału Wielkopolskiego z siedzibą w Poznaniu spółki Przewozy Regionalne sp. z o.o., że umowa nr CRU-K/C/96/2018 zawarta w dniu 15.06.2018 r. w Warszawie z Przystępującym jest w trakcie realizacji i jest realizowana należycie, zgodnie z postanowieniami umowy.

Jednocześnie Zamawiający dokonał utajnienia części informacji zawartych w tym dokumencie. Dokument został przedstawiony Odwołującemu w sposób, który nie pozwolił zidentyfikować osoby, która podpisała dokument, jak również informacji, kto wygenerował dokument (kto sprawę prowadzi).

W ocenie Izby nie zachodziły żadne przesłanki, które pozwalały dokonać utajnienia dokumentu. Zamawiający nie wyjaśnił także, na jakiej podstawie dokonał utajnienia wymienionych informacji. W treści odpowiedzi na odwołanie wskazał, że „chroniąc dane osobowe anonimizuje je, co wymaga wydrukowania dokumentów, zakrycia danych i zeskanowania całości. Taki skan przesyłany jest na wniosek o udostępnienie protokołu postępowania wraz z załącznikami. Odwołujący nie zgłaszał żadnych wątpliwości w tej sprawie. Wystarczyłoby, żeby zażądał wglądu do oryginalnej dokumentacji elektronicznej, zostałaby mu ona (i nadal może) okazana bez zbędnej zwłoki.(...)".

Należy podkreślić, że Odwołujący nie miał obowiązku kilkakrotnie zwracać się do Zamawiającego o udostępnienie tego samego dokumentu. Udostępnienie w formie pełnej powinno nastąpić od razu, a nawet gdyby Zamawiający chciał zachować najwyższe środki bezpieczeństwa, miał możliwość zwrócić uwagę Odwołującego, w jaki sposób dokument w pełnej treści może zostać udostępniony.

Art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi, że Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości. Aby zapewnić równe traktowanie wykonawców oraz zasadę przejrzystości, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający winien prowadzić w oparciu o przepisy i zasady Prawa zamówień publicznych. Jedną z zasad zapewniających przejrzystość i transparentność postępowania jest zasada wyrażona w art. 8 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Artykuł ten stanowi, że postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne. Oznacza to, że nie jest prawidłowym postępowanie Zamawiającego polegające na bezzasadnym i bezpodstawnym utajnianiu treści dokumentu lub jego części.

Stosownie do art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć

istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. W niniejszym postępowaniu samo odtajnienie części dokumentu, zawierającej podpis czy nazwisko osoby prowadzącej daną sprawę nie wpłynęłoby w sposób istotny na wynik postępowania. Tym samym Izba oddaliła odwołanie i nie nakazała w treści sentencji odtajnienia części utajnionej tego dokumentu.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień 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 (t.j. z dnia 7 maja 2018 r. Dz. U. z 2018 r., poz. 972).

Przewodniczący:

Członkowie: