

WYROK
z dnia 20 stycznia 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Daniel Konicz

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 stycznia 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 stycznia 2020 r. przez Odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – Clar System S.A. z siedzibą w Poznaniu, Clar Serwis sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, Solcom-Bayard sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Mazowiecki Oddział Regionalny Agencji Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa w Warszawie, przy udziale Przystępującego po stronie Zamawiającego – wykonawcy Tettsui Security sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Ostrołęce,

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 90 ust. 1 Pzp i nakazuje Zamawiającemu w części 2 zamówienia:
 - 1.1. Unieważnienie wyboru oferty Przystępującego po stronie Zamawiającego;
 - 1.2. Ponowne badanie i ocenę ofert, w tym wezwanie Przystępującego po stronie Zamawiającego do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny w zakresie kosztów osobowych i rzeczowych realizacji zamówienia w postaci świadczenia usług na powierzchniach biurowych.
2. Oddać odwołanie w pozostałym zakresie.
3. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Odwołującego i Zamawiającego w częściach po 1/2 i:
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000,00 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
 - 3.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę w łącznej wysokości 9.300,00 zł (słownie: dziewięć tysięcy trzysta złotych 00/100) stanowiącą połowę kosztów postępowania odwoławczego w postaci wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika;
 - 3.3. oddać wniosek Przystępującego po stronie Zamawiającego o zasądzenie kosztów wynagrodzenia pełnomocnika i dojazdu na posiedzenie i rozprawę.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r., poz. 1843 j.t.) 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:.....

Uzasadnienie

Mazowiecki Oddział Regionalny Agencji Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa w Warszawie (dalej: „Zamawiający”) prowadzi, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r., poz. 1843 j.t.), zwanej dalej „Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego z podziałem na części na wykonanie usług utrzymania porządku i czystości w lokalach oraz na terenach zewnętrznych Mazowieckiego Oddziału Regionalnego i 37 biur powiatowych ARiMR, zwane dalej „Postępowaniem”.

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 22 października 2019 r., pod nr 2019/S 204-497144.

23 grudnia 2019 r. Zamawiający poinformował wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia o wyborze w części 2 zamówienia, jako najkorzystniejszej, oferty wykonawcy Tettsui Security sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Ostrołęce (dalej: „Wykonawca T”), co zostało zaskarżone odwołaniem wniesionym do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (dalej: „Izba” lub „KIO”) w dniu 2 stycznia 2020 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – Clar System S.A. z siedzibą w Poznaniu, Clar Serwis sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, Solcom-Bayard sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu (dalej: „Odwołujący”).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp przez przeprowadzenie Postępowania w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców i przejrzystości;
2. art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 i art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2019 r., poz. 1010 j.t.), zwanej dalej „Znk”, w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy T, pomimo że złożenie oferty przez tego wykonawcę stanowi czyn nieuczciwej konkurencji;
3. art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy T, pomimo że oferta ta zawiera błąd w obliczeniu ceny lub kosztu polegający na zastosowaniu niewłaściwej preferencyjnej stawki 8% VAT do części usług objętych przedmiotem zamówienia, dla których właściwa jest podstawowa stawka podatku od towarów i usług;

ewentualnie –

- 4.art. 90 ust. 1 Pzp przez jego niezastosowanie i zaniechanie wezwania Wykonawcy T do udzielenia wyjaśnień, w tym do złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, pomimo iż zaszły przesłanki do dokonania tej czynności przez Zamawiającego.

Odwolujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1.unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz czynności badania i oceny ofert;
- 2.dokonania ponownego badania i oceny złożonych w Postępowaniu ofert z uwzględnieniem okoliczności, że w stosunku do Wykonawcy T wystąpiła podstawa do odrzucenia jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 i art. 15 ust. 1 pkt 1 Znk w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp i na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp;

ewentualnie, gdyby Izba nie uznała za zasadne zarzutów Odwołującego określonych w pkt 1-3 powyżej.

- 3.dokonania ponownego badania i oceny złożonych w Postępowaniu ofert z uwzględnieniem okoliczności, że w stosunku do Wykonawcy T Zamawiający winien dokonać wskazanej w odwołaniu, dotąd zaniechanej czynności, tj. przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego, o którym mowa w art. 90 ust. 1 Pzp;

Odwolujący podał, że ma interes w uzyskaniu zamówienia w zakresie części 2 zamówienia, ponieważ jego oferta jest drugą ofertą w rankingu najkorzystniejszych ofert.

Uzasadniając zarzuty odwołania Odwołujący podał, że zgodnie ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ”) zamówienie zostało podzielone na dwie części.

Pierwsze zadanie obejmuje usługę utrzymania porządku i czystości w obiektach Mazowieckiego Oddziału Regionalnego ARiMR zlokalizowanych w Warszawie.

Zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia dotyczącego pierwszego zadania:

- a)łączna powierzchnia w m² powierzchni, gdzie ma być wykonywana usługa wynosi 4.989 m²;
- b)łączna powierzchnia gresu w m² podlegającego usłudze wynosi ok 683 m²;
- c)łączna powierzchnia wykładziny Tarkett lub Gamrat w m² podlegających usłudze wynosi ok. 4.306 m²;
- d)łączna powierzchnia okien (jednostronna) w m² podlegających usłudze wynosi 710 m².

Część druga zamówienia obejmuje natomiast usługę utrzymania porządku i czystości w obiektach 37 Biur Powiatowych Mazowieckiego Oddziału Regionalnego ARiMR w województwie mazowieckim i wokół 9 z tych obiektów.

Zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia dotyczącego drugiego zadania:

- a)łączna powierzchnia biur w m², gdzie ma być wykonywana usługa wynosi 21.215 m²;
- b)łączna powierzchnia gresu w m² podlegającego usłudze wynosi 12.862 m²;
- c)łączna powierzchnia wykładziny Tarkett lub Gamrat w m² podlegających usłudze wynosi 7.278 m²;
- d)łączna powierzchnia okien (jednostronna) w m² podlegających usłudze wynosi 3.356 m².

Z wzoru umowy dla zadania drugiego wynika, że łączna powierzchnia na której w ramach tego zadania wykonawca będzie miał obowiązek wykonywać swoje usługi to:

- a)22.415 m² powierzchni biurowej (wewnętrznej);
- b)11.284 m² powierzchni zewnętrznej.

Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia w zakresie dotyczącym zadania nr 1 został zawarty w Załączniku nr 1 i Załączniku nr 2 do wzoru umowy będącej Załącznikiem nr 5.1 do SIWZ, a dla zadania nr 2 – w Załączniku nr 1 i Załączniku nr 2 do wzoru umowy będącej Załącznikiem nr 5.2 do SIWZ (Rozdział III pkt 7 SIWZ).

Wskazany przez Zamawiającego okres realizacji zamówienia wynosi 24 miesiące, nie dłużej jednak aniżeli do wyczerpania maksymalnej kwoty wynagrodzenia określonej w umowie.

Z Rozdziału XIII pkt 14 pkt 2 SIWZ wynika, że kompletna oferta winna zawierać w szczególności formularz cenowy do zadań (części), na które wykonawca składa ofertę, sporządzony zgodnie z wzorem zawartym w Załączniku nr 1 do SIWZ.

Z przedmiotowego formularza cenowego dotyczącego zadania nr 1 i nr 2 wynika, że:

- a)stawka VAT w zakresie dotyczącym zadania nr 1 (które to zadanie swoim zakresem obejmuje jedynie świadczenie usług na powierzchniach biurowych) to 23%;
- b)stawka VAT w zakresie dotyczącym zadania nr 2, w zakresie dotyczącym świadczenia usług na powierzchniach biurowych (wewnętrznych), wynosi 23%,
a w zakresie dotyczącym świadczenia usług na powierzchniach zewnętrznych wynosi 8%.

W Rozdziale XV SIWZ Zamawiający określił zasady dotyczące opisu sposobu obliczenia ceny ofertowej. Pośród regulacji dotyczących tego zagadnienia zważyć należy, w szczególności, na następujące unormowania:

- a)wykonawca jest zobowiązany skalkulować wszystkie ceny i wartości zawarte w ofercie, w taki sposób, aby obejmowały wszystkie koszty jakie poniesie przy realizacji zamówienia oraz ewentualne ryzyko wynikające z okoliczności, których nie można było przewidzieć w chwili zawierania umowy (pkt 1);
- b)cenę za wykonanie przedmiotu zamówienia należy wyliczyć w formularzu cenowym odpowiednim do zadania, za które Wykonawca składa ofertę. Formularze cenowe do każdego zadania znajdują się w Formularzu ofertowym stanowiącym odpowiednio Załączniki nr 1 do SIWZ (pkt 3);
- c)Cena oferty musi zawierać wszystkie elementy cenotwórcze wynikające z zakresu i sposobu realizacji przedmiotu zamówienia, należy w nią wkalkulować wszystkie czynności opisane w Załączniku nr 2 do wzoru umowy (pkt 6);
- d)Wykonawca uwzględniając wszystkie wymagania, o których mowa w niniejszej SIWZ (wraz z załącznikami) musi w cenie brutto oferty ująć wszystkie koszty niezbędne do prawidłowego i pełnego wykonania przedmiotu

zamówienia (pkt 8).

Jednym z kryteriów oceny ofert (o wadze 60%) jest – zgodnie z rozdziałem XVI pkt 1 SIWZ – cena.

Z kolei we wzorze umowy, która zostanie zawarta z wykonawcą, którego oferta zostanie uznana za najkorzystniejszą Zamawiający wskazał m.in. co następuje:

a) § 6 ust. 1-3:

1. Strony uzgadniają, że wynagrodzenie za wykonanie usługi obejmującej czynności określone w Załączniku nr 2 do umowy w przeliczeniu na 1 m² powierzchni wynosi miesięcznie, zgodnie z ofertą Wykonawcy:

a) za powierzchnie biurowe zł (słownie:) netto plus należny podatek od towarów i usług (VAT);

b) za powierzchnie zewnętrzne zł (słownie:) netto plus należny podatek od towarów i usług (VAT);

2. Strony uzgadniają, że wynagrodzenie miesięczne za wykonanie usługi zostanie obliczone poprzez pomnożenie stawek za 1 m², o których mowa w ust. 1 niniejszego paragrafu przez liczbę metrów kwadratowych powierzchni biurowych i zewnętrznych, które podlegały w danym miesiącu usługom sprzątanym a następnie zsumowaniu ich wartości. W przypadku świadczenia usługi w niepełny miesiąc wartość ta będzie wyliczona proporcjonalnie do liczby dni, w których usługa była świadczona.

3. Łączne wynagrodzenie za wykonanie usługi, w całym okresie trwania umowy wyniesie maksymalnie zł (słownie:) brutto, w tym VAT.

b) § 1 ust. 5-6:

5. W przypadku zmiany lokalizacji któregoś z Biur Powiatowych w okresie realizacji umowy Zamawiający zastrzega sobie prawo zmniejszenia powierzchni podlegających usługom, bądź jej zwiększenia, jak również do częściowego przekazywania powierzchni, która ma być objęta usługą.

6. W przypadku zmniejszenia powierzchni, o czym jest mowa w ust. 5 niniejszego paragrafu, Wykonawcy nie przysługuje z tego tytułu żadne roszczenie odszkodowawcze.

W odpowiedzi z dnia 13.11.2019 r. na pytanie nr 4 do SIWZ jednego z wykonawców o treści: „Proszę o podanie ilości powierzchni podlegających zmniejszeniu – par. 1 ust. 5 Umowy” Zamawiający wskazał, że: „[...] na dzień upublicznienia ogłoszenia o zamówieniu nie posiada wiedzy i nie jest w stanie przewidzieć wszystkich okoliczności, które mogą mieć wpływ lub mogą spowodować zmniejszenie powierzchni podlegających usługom. Dlatego też w par. 1 ust. 5 Umowy Zamawiający zastrzega sobie prawo do zmniejszenia powierzchni podlegających usługom w trakcie obowiązywania umowy”.

Wykonawca T w złożonej ofercie zaoferował wykonanie usług objętych:

a) zadaniem nr 1 – za kwotę netto 4,55 zł za 1 m²;

b) zadaniem nr 2 – za kwotę netto 2,20 zł za 1 m² dla powierzchni biurowych oraz za kwotę netto 5,40 zł za 1 m² w odniesieniu do powierzchni zewnętrznych.

Dla porównania Odwołujący, będący wykonawcą aktualnie wykonującym na rzecz Zamawiającego usługi stanowiące przedmiot zamówienia, zaoferował wykonanie usług objętych:

a) zadaniem nr 1 – za kwotę netto 4,84 zł za 1 m² dla powierzchni biurowych;

b) zadaniem nr 2 – za kwotę netto 4,10 zł za 1 m² dla powierzchni biurowych i 1,60 zł za 1 m² dla powierzchni zewnętrznych.

Z powyższego wynika, że – po pierwsze – wysokość kosztów i wynagrodzenia za świadczenie 1 m² usługi na powierzchniach biurowych (wewnętrznych) w ramach zadania nr 2 określona w ofercie Wykonawcy T wynosi kwotę netto 2,20 zł, podczas gdy koszty i wynagrodzenie za analogiczne rodzajowo, ale o znacznie mniejszym zakresie usług w ramach zadania nr 1 wykonawca ten określił na poziomie 4,55 zł netto.

Po drugie – wysokość kosztów i wynagrodzenia za 1 m² usługi na powierzchniach biurowych (wewnętrznych) w ramach zadania nr 1 określona w ofercie Odwołującego jest podobna (zbliżona) do kwoty zaoferowanej w tym zakresie przez Wykonawcę T.

Po trzecie – wysokość kosztów i wynagrodzenia za świadczenie 1 m² usługi na powierzchniach biurowych (wewnętrznych) w ramach zadania nr 2 określona w ofercie Wykonawcy T wynosi kwotę netto 2,20 zł, podczas gdy wysokość kosztów i wynagrodzenia za świadczenie 1 m² usługi na powierzchniach zewnętrznych w ramach zadania nr 2, a więc za wykonywanie prostych czynności psychofizycznych nie wymagających istotnego zaopatrzenia w środki czystości, narzędzia, materiały itp., określona w ofercie Wykonawcy T wynosi kwotę aż 5,40 zł netto.

Po czwarte – wysokość kosztów i wynagrodzenia za 1 m² usługi na powierzchniach zewnętrznych w ramach zadania nr 2 określona w ofercie Odwołującego nie tyle nie jest podobna do kwoty zaoferowanej w tym zakresie przez Wykonawcę T, ale znacząco się od tej kwoty różni.

Po piąte – wysokość kosztów i wynagrodzenia za 1 m² usługi na powierzchniach biurowych (wewnętrznych) w ramach zadania nr 2 określona w ofercie Odwołującego nie tyle nie jest podobna do kwoty zaoferowanej w tym zakresie przez Wykonawcę T, ale znacząco się od tej kwoty różni.

Powyższe uprawnia zatem do wniosku, że oferta Wykonawcy T w zakresie dotyczącym zadania nr 2 nie została skalkulowana zgodnie z wytycznymi określonymi w SIWZ oraz nie odpowiada realiom rynkowym. Stanowi ona przejaw niedozwolonej inżynierii cenowej polegającej na przerzucaniu kosztów świadczenia usług porządkowych w zakresie dotyczącym powierzchni biurowych (wewnętrznych) do kosztów świadczenia usług porządkowych zewnętrznych li tylko z tego powodu, że dla usług porządkowych zewnętrznych właściwa jest niższa stawka VAT. Stosując ten mechanizm Wykonawca T dążył jedynie do uzyskania wyższej oceny punktowej w ramach kryterium oceny ofert cena.

Odwolujący stwierdził, że na Zamawiającym ciąży ustawowy obowiązek badania każdej oferty pod kątem zaistnienia wszystkich przesłanek odrzucenia. Uwadze Zamawiającego uszło jednak to, że naruszenie prawa konkurencji w zamówieniach publicznych rozpatrywać należy także przez analizę zachowania wykonawców (w tym również wobec zamawiającego). Przerzucanie kosztów w ten sposób, że kształtowana jest z jednej strony cena nierynkowo wysoka, zaś z drugiej cena nierynkowo niska czy wręcz symboliczna ma na celu nie zaoferowanie jak najkorzystniejszych warunków zamawiającemu, nie konkurowanie ceną, czy jakością, lecz jedynie wykorzystanie bilansu kryteriów oceny ofert ze szkodą dla zamawiającego i pozostałych wykonawców.

Mając na uwadze powyższe przypomnieć należy, że zgodnie z przepisem art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Z przepisu art. 3 ust. 1 Znk wynika natomiast, że czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Z kolei w przepisie art. 15 ust. 1 pkt 1 Znk prawodawca wskazał, 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 odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców.

Zdaniem Odwołującego, wyżej opisane postępowanie Wykonawcy T jest sprzeczne z dobrymi obyczajami kupieckimi (odwołującymi się do rzetelnych zasad postępowania i dobrych obyczajów w obrocie gospodarczym) i stanowi przejaw manipulowania cenami przez tego wykonawcę polegającego na celowym przyjmowaniu rażącej dysproporcji, w stosunku do faktycznych kosztów świadczonych usług poszczególnego rodzaju. Prowadzenie przez tego wykonawcę inżynierii cenowej ma na celu jedynie zdobycie przewagi punktowej i prowadzi w konsekwencji do wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej, która jest jednocześnie ofertą niekorzystną dla samego Zamawiającego. Takie działanie zagraża również interesom innych wykonawców, a przede wszystkim Odwołującego, który prawidłowo skalkulował ceny za poszczególne usługi – zgodnie z oczekiwaniami Zamawiającego i warunkami rynkowymi i przepisami prawa (w tym prawa podatkowego). Takie działanie Wykonawcy T utrudniłoby jego konkurentowi dostęp do rynku, mimo zaoferowania przez tego konkurenta wykonania usługi zgodnie z wymogami SIWZ i przepisami.

W ocenie Odwołującego powyżej opisane zachowania Wykonawcy T wyczerpują znamiona czynu nieuczciwej konkurencji i rodzą konieczność odrzucenia jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w związku z art. 3 ust. 1 Znk. Co więcej, zachowania tego wykonawcy wyczerpują również znamiona czynu nieuczciwej konkurencji z art. 15 ust. 1 pkt 1 Znk.

Zdaniem Odwołującego, z uwagi na zastosowanie błędnej stawki VAT oferta Wykonawcy T podlega odrzuceniu również na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp.

Z daleko posuniętej ostrożności procesowej, w przypadku gdyby Izba nie uznała za uzasadnione zarzutów sformułowanych przez Odwołującego w pkt 1-3 *petitum* odwołania, Odwołujący wskazał, co następuje.

W okolicznościach sprawy Zamawiający powinien był skorzystać z uprawnienia zastrzeżonego na jej rzecz w przepisie art. 90 ust. 1 Pzp i wezwać Wykonawcę T do złożenia przedmiotowych wyjaśnień i przedstawienia dowodów. Obiektywnie rzecz oceniając, Zamawiający powinien powziąć wątpliwość, o których mowa w przywołanym przepisie z tego powodu, że – obiektywnie rzecz oceniając – za kwotę 2.20 zł netto za m² nie jest możliwym wykonanie w ramach zadania nr 2 usług w zakresie utrzymania czystości na powierzchniach biurowych zgodnie z zakresem wynikającym z załącznika nr 2 do wzoru umowy. Jak bowiem wynika z art. 90 ust. 1 Pzp, w obecnym stanie prawnym o tym, czy cena lub koszt powinny wydać się zamawiającemu rażąco niskie przesądza nie tylko cena łączna, ale i także jedynie ich istotna część składowa. Przez istotne części składowe należy z kolei rozumieć te elementy wyceny, które kształtują łączną cenę za realizację przedmiotu zamówienia, a jednocześnie w istotny sposób wpływają na jej wysokość. Z dokumentacji Postępowania wynika również, że ceny, które wykonawcy mają podać w formularzach cenowych mają samodzielny i autonomiczny charakter.

Zamawiający powinien był zatem powziąć wątpliwość w zakresie prawidłowości ceny ofertowej Wykonawcy T w tym zakresie, nie tylko zważając na analizę wysokości kosztów i wynagrodzenia za 1 m² usługi na powierzchniach biurowych (wewnętrznych) w ramach zadania nr 2 określoną w ofertach Wykonawcy T i Odwołującego. W tym zakresie istotne jest są również inne okoliczności.

Po pierwsze, w ramach usług sprzątnia powierzchni biurowych wewnętrznych w ramach zadania nr 2 wymagane jest zatrudnienie przez wykonawcę lub podwykonawcę całego personelu na podstawie umowy o pracę. Mając na uwadze treść SIWZ (opis przedmiotu zamówienia) wysokości minimalnych kosztów osobowych w ujęciu miesięcznym odpowiadających jedynie sumie wysokości wynagrodzeń za pracę w roku 2020 wynieść powinna kwotę nie niższą aniżeli 90,394,03 zł brutto, podczas gdy cena ofertowa brutto zaoferowana przez Wykonawcę T w ujęciu miesięcznym za usługę sprzątnia wynosi 60.654,99 zł.

Koszty osobowe stanowiące istotny składnik kosztów świadczenia usług porządkowych nie stanowią jednak wszystkich kosztów świadczenia usługi w tym zakresie. Do dodatkowych kosztów należy m.in. zaliczyć następujące koszty:

- a) profesjonalne maszyny i sprzęt;
- b) mopy i ścierki;
- c) ściereczki;
- d) chemia i dezynfekcja;
- e) artykuły higieniczne i materiały eksploatacyjne.

Po drugie, uwadze nie może ująć okoliczność, że wysokość miesięcznego wynagrodzenia wykonawcy nie ma ryczałtowego charakteru. Z przepisów § 6 wzoru umowy wynika, że kwota jaką, tytułem wynagrodzenia, otrzyma wykonawca uzależniona będzie od zakresu usług wykonanych w danym okresie rozliczeniowym. Co równie ważne, sam zakres usług objętych opisem przedmiotu zamówienia i wzorem umowy nie ma co do zasady, stałej i pewnej wielkości. Zamawiający zastrzegł bowiem na swoją rzecz uprawnienie do zmniejszania zakresu usług objętych podpisaną z wykonawcą umową. Może to w praktyce prowadzić do oczywistego braku możliwości realizacji usługi utrzymania czystości powierzchni biurowych wewnętrznych (tj. usługi dominującej w opisie przedmiotu zamówienia pod względem rodzajowym i ilościowym) wobec np. ograniczenia albo wręcz wyłączenia z zakresu

obowiązków wykonawcy świadczenia usług utrzymania czystości powierzchni zewnętrznych w jednym lub kilku obiektach Zamawiającego.

Do postępowania odwoławczego, po stronie Zamawiającego, przystąpienie zgłosił Wykonawca T, wnosząc o oddalenie odwołania. Izba, wobec spełnienia przez zgłoszone przystąpienie przesłanek z art 185 ust. 2 Pzp, postanowiła o dopuszczeniu Wykonawcy T (dalej również „Przystępujący”) do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

W zgłoszonym przystąpieniu Wykonawca T przedstawił następującą argumentację na odparcie zarzutów odwołania.

Po stronie Zamawiającego nie zaktualizował się obowiązek wezwania do wyjaśnień rażąco niskiej ceny, ponieważ żadna ze złożonych ofert nie zawierała ceny rażąco niskiej w rozumieniu Pzp. Sama różnica w wysokości cen ofert nie świadczy jeszcze o rażąco niskiej cenie którejkolwiek z nich. Art. 90 ust. 1a pkt 1 Pzp precyzyjnie określa poziom cen ofert oraz odniesienia porównawcze ceny oferty, w których zamawiający musi zwrócić się do wykonawcy o wyjaśnienie czy cena zaofferowana w ofercie nie jest rażąco niska. Zgodnie z dyspozycją wskazaną w ww. przepisie nie można uznać ceny zaofferowanej przez Wykonawcę T za rażąco niską ani w stosunku do przedmiotu i wartości zamówienia oszacowanego przez Zamawiającego, ani w stosunku do cen zaofferowanych przez innych wykonawców, ponieważ:

- a) zgodnie z informacją przekazaną w Informacji z Otwarcia Ofert Zamawiający na realizację przedmiotu zamówienia w ramach zadania 2 zamierza przeznaczyć kwotę 4.201.982,40 zł brutto, a Przystępujący złożył ofertę na 3.035.118,67 zł brutto; różnica wynosi więc 27,77%;
- b) średnia arytmetyczna wszystkich złożonych ofert (brutto) wynosi 3.324.116 zł, natomiast wartość oferty brutto Wykonawcy T jest od niej o 288.997,33 zł niższa, co stanowi 8,69%;
- c) cena wskazana w ofercie Przystępującego dla zadania 2 nie odbiega znacząco od cen zaofferowanych przez pozostałych wykonawców; co więcej, cena ta jest jedynie o 17.092,13 zł niższa od ceny zaproponowanej przez Odwołującego.

Za bezzasadny należy uznać również zarzut naruszenia art. 89 ust 1 pkt 6 Pzp, przez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy T z uwagi na nieprawidłowe zastosowanie stawki podatku od towarów i usług (VAT). Nie można zgodzić się z zarzutem Odwołującego, że oferta Przystępującego zawiera błąd w obliczeniu ceny lub kosztu polegający na zastosowaniu niewłaściwej preferencyjnej stawki 8% VAT do części usług objętych przedmiotem zamówienia, dla których – wg. twierdzeń Odwołującego – właściwa jest podstawowa stawka podatku od towarów i usług. Zgodnie z treścią art. 41 ust. 2 ustawy o podatku od towarów i usług dla towarów i usług wymienionych w załączniku nr 3 do ustawy, innych niż klasyfikowane według Polskiej Klasyfikacji Wyrobów i Usług w grupowaniu usługi związane z wyżywieniem (PKWiU 56), stawka podatku wynosi 7%, z zastrzeżeniem art. 114 ust. 1. Stosownie natomiast do przepisu art. 146aa ust. 2 ustawy o podatku od towarów i usług stawka podatku, o której mowa w art. 41 ust. 2, art. 120 ust. 2 i 3 oraz tytule załącznika nr 3 do ustawy, wynosi 8%. Pod pozycją 50 tego załącznika wymieniono usługi zmiatania śmieci i usuwania śniegu (PKWiU 81.29.12.0), zaś pod poz. 52 usługi związane z zagospodarowaniem terenów zieleni (PKWiU 81.30). Tym samym wykonawca zastosował odpowiednie stawki VAT w złożonej przez siebie ofercie. Nie mniej istotne jest także to, że Odwołujący w swojej ofercie zastosował identyczne jak Wykonawca T stawki VAT.

Nie sposób zgodzić się również z zarzutem Odwołującego, że Zamawiający dopuścił się naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 i art. 15 ust. 1 pkt 1 Znk. Zdaniem Odwołującego Przystępujący prowadził „inżynierię cenową” polegającą na przeliczeniu kosztów świadczenia usług porządkowych w zakresie dotyczącym powierzchni biurowych (wewnętrznych) do kosztów świadczenia usług porządkowych zewnętrznych li tylko z tego powodu, że dla usług porządkowych zewnętrznych właściwa jest niższa stawka VAT, co w istocie miało na celu zdobycie przewagi punktowej i doprowadziło do wyboru oferty przystępującego, jako najkorzystniejszej.

Wskazać należy, że zgodnie z art. 3 ust. 1 Znk czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Uszczegółowienie tej zasady zawiera art. 15 ust. 1 Znk, zgodnie z którym czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez: sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców. Tak więc dla wyczerpania dyspozycji tego przepisu niezbędnym jest wykazanie dokonania sprzedaży towarów (usług) poniżej kosztów ich wytworzenia, przez co dochodzi do utrudnienia innym przedsiębiorstwom dostępu do rynku, o ile to utrudnienie ma na celu eliminację innych przedsiębiorców. Nie można utożsamiać normalnej konkurencji rynkowej z nieuczciwą konkurencją. Sam fakt istnienia różnic pomiędzy ceną oferty Odwołującego i ceną oferty wybranego wykonawcy w zakresie świadczenia usług porządkowych dotyczących powierzchni biurowych (wewnętrznych), kosztów świadczenia usług porządkowych (zewnętrznych) nie jest wystarczający do uznania, że złożenie oferty przez przystępującego stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Naturalnym bowiem objawem konkurencji jest składanie przez wykonawców ofert, których ceny i ich składowe różnią się od cen konkurentów nawet w sposób znaczny.

Odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów potwierdzających zaistnienie przesłanek, o których mowa w art. 15 ust. 1 pkt 1 Znk. Jego argumentacja ogranicza się do fragmentarycznego przytoczenia istotnych, w jego ocenie, wymogów dotyczących realizacji zamówienia, niemniej jednak nie wskazał w jaki sposób przekładają się one na koszty realizacji zamówienia, a tym bardziej na ograniczenie konkurencji na rynku. Istotne jest to o tyle, że Odwołujący jest dużą spółką zatrudniającą kilka/kilkanaście tysięcy pracowników, w zasadzie monopolistą w wielu rejonach kraju w zakresie usług sprzątnięcia (*nota bene* świadczącym obecnie usługi także na rzecz Zamawiającego), więc twierdzenia dotyczące zaistnienia nieuczciwej konkurencji w ofercie złożonej przez Przystępującego w zakresie zadania nr 2 są w istocie niczym więcej niż pomówieniami sformułowanymi dla celów utrzymania *status quo*. O jakim ograniczeniu dostępu do rynku jest mowa w sytuacji, w której Odwołujący jest spółką set razy większą niż Przystępujący i zmonopolizował świadczenie usług przez siebie na poszczególnych obszarach kraju.

Nie mniej istotne jest też, że zgodnie z rozdziałem XVI pkt 1 SIWZ kryterium ocen oferty jest cena (60%), przez którą rozumie się cenę brutto całego Zadania nr 2, a nie poszczególne koszty świadczenia usług na powierzchniach biurowych oraz na powierzchniach zewnętrznych. Tym samym, w przedmiotowym zamówieniu, poszczególne elementy formularza cenowego dla Zadania nr 2 nie miały znaczenia w zakresie możliwości uzyskania większej ilości punktów oceny oferty.

Przystępujący oświadczył, że jego oferta została skalkulowana prawidłowo i w sposób zapewniający zysk. Podkreślić należy, że Zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia określił warunki realizacji zamówienia, w szczególności wskazał obowiązek zatrudnienia pracowników serwisu sprzątającego na podstawie umowy o pracę, wymóg aby wśród osób zatrudnionych na podstawie umowy o pracę zatrudniono co najmniej: dla zadania 1 – dwie osoby niepełnosprawne, dla zadania 2 – co najmniej 8 osób niepełnosprawnych. Zamawiający w załączniku numer 2 do wzoru umowy dla zadania 2 przedstawił zestawienie powierzchni wraz z przyjętą liczbą pracowników w biurach Agencji. Z powyższego załącznika wynika, że Zamawiający wymaga od wykonawcy zatrudnienia 37 pracowników do sprzątania biur w wymiarze czasu pracy 23 etaty. Przystępujący wskazał, że w poprzednim okresie świadczył usługę sprzątania w 17 jednostkach terenowych Zamawiającego, w których zatrudniał zgodnie umową pracowników w wymiarze czasu pracy 11,5 etatu, z czego 7 etatów posiadało grupę inwalidzką w stopniu umiarkowanym specjalnym, 2 w stopniu umiarkowanym, a 2,5 etatu w stopniu lekkim. Dla nowych jednostek terenowych Zamawiającego (innych niż ww. 17 jednostek) objętych przedmiotem zamówienia przed złożeniem oferty przez Przystępującego została przeprowadzona wstępna rekrutacja, która potwierdziła możliwość zatrudnienia kolejnych pracowników w łącznym wymiarze czasu pracy 12,5 etatu, z czego 6 posiada grupę inwalidzką w stopniu umiarkowanym specjalnym, 3 w stopniu umiarkowanym, a 3,5 etatu w stopniu lekkim.

Powyższe działanie spowodowało, że Wykonawca T wyliczył cenę na podstawie następujących kosztów:

- koszty pracy – 23 etaty razy 3.149,90 zł (koszty pracy wraz z kosztami pracodawcy) 72.447,70 zł;
- przychody z odpisu na PFRON z tytułu świadczenia usług określonych w zadaniu nr 2:
 - 13 etatów x 1.725,00 zł = 22.425,00 zł,
 - 5 etatów x 1.125,00 zł 5.625,00 zł,
 - 5 etatów x 450,00 zł 2.250,00 zł.Łączny przychód z tytułu odpisu na PEFRON – 30.300,00 zł
- koszty inne liczone w kwotach netto z uwagi na odliczenie podatku VAT:
 - środkami czystości – 4.000,00 zł netto,
- koszty wyposażenia pracowników 200,00 zł netto razy 37 jednostek terenowych/dzielone na 24 miesiące 308,00 zł netto.

Powyższe działanie Wykonawcy T spowodowało, że koszty pracy związane ze sprzątaniem terenów wewnętrznych wynoszą 42.147,70 zł (72.447,70 zł - 30.300,00 zł = 42.147,70 zł). Powiększając tak skalkulowane koszty o koszty środków czystości w wysokości 4.000,00 zł netto oraz koszty wyposażenia pracowników w wysokości 308,00 zł netto miesięcznie otrzymujemy łączną sumę kosztów sprzątania terenów wewnętrznych (po stronie Przystępującego) w wysokości 46.455,70 zł netto.

Przystępujący wskazał, że różnica w cenie dla stawki jednostkowej za metr kwadratowy dla zadania 1 i zadania 2 w zakresie sprzątania powierzchni biur (wewnętrznych) wynika przede wszystkim z faktu, że usługi dla zadania 1 mają być świadczone w Warszawie, zaś dla zadania 2 poza Warszawą. Podczas opisywanej wyżej wstępnej rekrutacji nie udało się Wykonawcy T skompletować dla świadczenia usług dla zadania 1 (w Warszawie) wymaganej kadry na tak korzystnych warunkach cenowych i z orzeczeniami o niepełnosprawności co skutkuje/skutkowałoby brakiem odpisu na PFRON. Ponadto Przystępujący nie posiada biura na terenie Warszawy dla świadczenia usług w ramach zadania 1 znacznie utrudniło rekrutację, nadzór nad realizacją zadania i wpłynęło na wysokość kalkulacji ceny. Należy podkreślić, że w poprzednim okresie Przystępujący świadczył na rzecz Zamawiającego usługę w 17 z 37 jednostek terenowych za cenę 1,22 netto za m² powierzchni biurowych (wewnętrznych) i wykonywał usługę należycie.

Na rozprawie Odwołujący podtrzymał argumentację przedstawioną w odwołaniu. Wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z treści:

- 1.załączników nr 1 i 2 do umowy na zadanie nr 2 – dowody O1;
- 2.zdjęć budynków, w których mieszczą się powiatowe biura Zamawiającego – dowody O2;
- 3.wydruku z publikacji pn.: *Adaptacja do zmian klimatu* ze strony internetowej klimada.mos.gov.pl – dowód O3;
- 4.kalkulacji kosztów osobowych związanych z realizacją zamówienia wyliczonych na podstawie oferty Wykonawcy T – dowód O4.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania podkreślając, że nie miał wątpliwości, biorąc pod uwagę dotychczasową współpracę z Przystępującym, że za podaną cenę jest on w stanie należycie zrealizować przedmiot zamówienia. Zaznaczył, że w poprzednim postępowaniu, w wyniku którego Wykonawca T świadczył dla Zamawiającego usługi w 16 biurach agencji, robił to za cenę 1,22 za m², a zatem aktualnie podniósł tę cenę o prawie 100%.

Dodał, że kalkulując wartość zamówienia brał pod uwagę zarówno ceny rynkowe, jak i okoliczność, że zamówienie będzie realizowane przez okres 2 lat oraz, że zamówienie może uzyskać wykonawca, który do tej pory nie świadczył tych usług dla Zamawiającego. W tym kontekście zwrócił uwagę, że w zakresie sprzątania powierzchni zewnętrznych do obowiązków wykonawcy należeć będzie systematyczne posypywanie ciągów pieszych mieszanką solno-piaskową w okresie zimowym, odśnieżanie ciągów pieszych, chodników i parkingów, które mają znaczne powierzchnie. Zauważył, że Przystępujący do tej pory świadczył tego typu usługi na terenie dwóch biur agencji, podczas gdy Odwołujący na terenie siedmiu. Oznacza to, że chcąc uzyskać zamówienie Przystępujący musiał w cenie zaoferowanej za świadczenie usług na powierzchniach zewnętrznych skalkulować koszt zakupu sprzętu do świadczenia usług w kolejnych siedmiu lokalizacjach, podczas gdy Odwołujący wyłącznie w dwóch. Podał także, że ceny zaoferowane w Postępowaniu były do siebie zbliżone, kolejna była jednie o ok. 17.000 zł wyższa.

Przystępujący podtrzymał dotychczasowe stanowisko i wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z treści:

- 1.wydruków ofert na zakup kosiarki spalinowej i odśnieżarki – dowody P1;
- 2.faktur na zakup środków czystości i zamówienia na sprzęt do sprzątania – dowody P2.

Po przeprowadzeniu rozprawy Izba uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy omówiony w dalszej

części uzasadnienia, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron i Przystępującego zawarte w odwołaniu i zgłoszonym przystąpieniu, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, **ustaliła i zważyła, co następuje.**

Skład orzekający stwierdził, że Odwołujący jest legitymowany, zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 Pzp, do wniesienia odwołania.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z treści SIWZ, oferty Przystępującego, zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty (pismo z 23 grudnia 2019 r.) oraz z treści dokumentów przedstawionych przez Odwołującego i Przystępującego na rozprawie. Na ich podstawie skład orzekający stwierdził, że nie ma potrzeby ponownego przytaczania okoliczności faktycznych istotnych dla rozstrzygnięcia sprawy.

Analizując zebrany w sprawie materiał dowodowy Izba doszła do przekonania, że odwołanie zasługuje na częściowe uwzględnienie, w zakresie wskazanym poniżej.

Nie potwierdził się zarzut naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp z uwagi na zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy T, której złożenie stanowić miało czyny nieuczciwej konkurencji z art. 3 ust. 1 i art. 15 ust. 1 pkt 1 Znk. Zdaniem Odwołującego wspomniane czyny polegać miały na manipulowaniu cenami za świadczenie usług na powierzchniach biurowych i powierzchniach zewnętrznych, polegającym na przerzucaniu kosztów świadczenia usług na powierzchniach biurowych (w odniesieniu do których zastosowanie miała podstawowa stawka VAT) do kosztów świadczenia drugiego typu usług, dla których przewidziano stawkę preferencyjną 8% VAT. Dowodem na tę okoliczność miało być porównanie cen wymienionych usług, zaoferowanych w częściach 1 i 2 zamówienia.

W przekonaniu składu orzekającego Odwołujący tego zarzutu nie udowodnił, do czego – na podstawie przepisu art. 190 ust. 1 Pzp – był zobligowany.

Nie wdając się w analizę przywołanych w odwołaniu przepisów Znk, która w tej sprawie jest – zdaniem Izby – zbędna, podkreślenia wymaga, że punktem wyjścia dla twierdzenia o zastosowaniu przez Wykonawcę T opisanego powyżej mechanizmu, określanego przez Odwołującego mianem „inżynierii cenowej”, powinno być dokonanie przez Odwołującego szczegółowej analizy kalkulacji cenowej oferty Przystępującego. Powinno z niej wynikać jakie koszty i w jakiej wysokości zostały przez Przystępującego przeniesione pomiędzy wyróżnionymi typami usług. *Ad casum* dowód taki nie został składowi orzekającemu przedstawiony, a cała argumentacja Odwołującego i towarzyszący jej wywód prawny sprowadzały się do porównania zaoferowanych przez Przystępującego cen jednostkowych (bowiem tylko takie dane przedstawione zostały dotąd przez Wykonawcę T w toku Postępowania) i cytowania tez z orzecznictwa KIO. Izba nie kwestionuje przy tym możliwości uznania praktyki manipulowania cenami za naruszającą przepisy Znk, tym niemniej stwierdzenie to musi być oparte na zgromadzonym w sprawie materiale dowodowym, nie zaś na spekulacjach strony, która taki zarzut stawia. Przypomnieć należy, że postępowanie odwoławcze ma co do zasady kontrydiktoryjny charakter, wobec czego rolą Izby nie jest poszukiwanie dowodów na uzasadnienie twierdzeń podnoszonych przez jedną ze stron, a jedynie ocena prezentowanego w toku postępowania odwoławczego materiału dowodowego.

W szczególności nie potwierdzały zasadności omawianego zarzutu odwołania zdjęcia biur powiatowych Zamawiającego (dowody O2) i twierdzenia o ocieplającym się klimacie poparte dowodem O3, mające uzasadnić tezę o bagatelnym charakterze usług świadczonych na powierzchniach zewnętrznych. Skład orzekający doszedł do przekonania, że argumentacja Odwołującego w tej części sprowadzała się w istocie do twierdzenia, że koszty świadczenia wspomnianych usług nie mogą być tak wysokie, jak przyjęte w ofercie Przystępującego. Nie sposób jednak nie zauważyć, że Odwołujący nie dysponował jakąkolwiek wiedzą na temat założeń kalkulacyjnych towarzyszących określeniu przez Wykonawcę T stawek za te usługi (przykładowo, kwestia konieczności zakupu specjalistycznych urządzeń niezbędnych do ich świadczenia – zob. dowody P1), wobec czego nie odniósł zaoferowanej przez Przystępującego stawki za usługi na powierzchniach zewnętrznych do opisu wymagań Zamawiającego wynikającego z OPZ (dowody O1). Ograniczenie się w tej mierze do porównania zakresu usług na powierzchniach wewnętrznych i zewnętrznych (w tym do wymaganego personelu i sprzętu) nie uzasadnia jeszcze twierdzenia o dopuszczeniu się przez Wykonawcę T zarzucanych mu czynów nieuczciwej konkurencji.

Dodatkowo, odnosząc się do czynu stypizowanego w art. 15 ust. 1 pkt 1 Znk trzeba mieć na względzie, że na gruncie zamówień publicznych może on znaleźć potwierdzenie zasadniczo w sytuacjach, w których doszło do stwierdzenia zaoferowania przez wykonawcę rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia. Przypadek taki nie zachodzi na gruncie przedmiotowej sprawy, w której Izba uznała za zasadne jedynie wezwanie Przystępującego do złożenia wyjaśnień w tej kwestii, nie przesądzając o charakterze ceny zaoferowanej przez Wykonawcę T, o czym w dalszej części uzasadnienia.

W następstwie oddalenia zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp nie mógł potwierdzić się również zarzut obrazy przepisu art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp, jako że był on oparty na tych samych okolicznościach faktycznych, tj. twierdzeniu o stosowaniu przez Przystępującego „inżynierii cenowej” w Postępowaniu.

W konsekwencji orzeciono, jak w pkt 2 sentencji wyroku.

Za zasadny Izba uznała natomiast zarzut naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 90 ust. 1 Pzp, przez zaniechanie wezwania Wykonawcy T do złożenia wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny w odniesieniu do podanej w ofercie stawki za 1m² usługi świadczonej na powierzchniach biurowych.

Zauważyć należy, że jakkolwiek przywołany przepis adresowany jest do Zamawiającego, a skorzystanie z niego uzależnione jest od wystąpienia po jego stronie wątpliwości, to jednak okoliczności te nie stoją na przeszkodzie stwierdzeniu przez Izbę, że w rozpoznawanej sprawie wystąpiły przesłanki do jego zastosowania.

Przed wszystkim wątpliwości Izby wzbudziły sygnalizowane przez Odwołującego kwestie przewidzenia przez Wykonawcę T odpowiedniej liczby etatów i uwzględnienia w kalkulacji ceny oferty kosztów zastępstw związanych z urlopem lub chorobą pracownika (zob. dowód O4). W tym zakresie argumentacja Przystępującego sprowadzała się wyłącznie do głośnych deklaracji o poprawności kalkulacji ceny oferty i odwoływania się do ujęcia w niej dofinansowania z PFRON z tytułu zatrudniania osób niepełnosprawnych do realizacji zamówienia. Zdaniem Izby w

zaofertowanej cenie Wykonawca T powinien był nie tylko uwzględnić wspomniane powyżej kwestie, ale również przewidzieć koszty zatrudnienia związane z dodatkowymi uprawnieniami pracowniczymi osób niepełnosprawnych (zob. przykładowo przepisy art. 15, 17, 19, czy 20 ustawy z 27 sierpnia 1997 r. o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych, Dz.U. z 2019 r., poz. 1172 j.t. ze zm.).

Nie mogły się ostać argumenty przywołane przez Zamawiającego na odparcie tego zarzutu, ponieważ – w braku żądania jakichkolwiek szczegółowych kalkulacji w Postępowaniu – miały one w istocie charakter spekulacji na temat poprawności skalkulowania ceny oferty uznanej za najkorzystniejszą. Dodatkowo, twierdzenie, jakoby Przystępujący obecnie świadczył na rzecz Zamawiającego tożsame rodzajowo usługi w oparciu o zamówienie udzielone na okres miesiąca nie zostało poparte żadnym dowodem. Niezależnie od powyższego okoliczność ta nie uzasadnia jeszcze przyjęcia, że Wykonawca T będzie w stanie świadczyć przedmiotowe usługi za aktualnie obowiązującą cenę przez okres 24 miesięcy, na który zawarta zostanie umowa. W okresie tym prawdopodobieństwo wystąpienia takich zdarzeń, jak chociażby ograniczenie zakresu świadczonej usługi, do czego Zamawiający jest uprawniony na podstawie § 1 ust. 5 wzoru umowy, bądź wystąpienia ryzyk wynikających z okoliczności, których nie można było przewidzieć w chwili zawierania umowy, a które wykonawca miał skalkulować w cenie oferty (argument z Rozdziału XV ust. 1 *in fine* SIWZ) jest znacznie wyższe niż w okresie jednego miesiąca.

W ocenie Izby wyjaśnienia wymaga również kwestia wysokości nakładów rzeczowych na realizację usług na powierzchniach biurowych zgodnie z wymaganiami Zamawiającego opisanymi w SIWZ (zob. załącznik nr 2 do umowy na zadanie nr 2 stanowiący jeden z dowodów O1). Trzeba mieć bowiem na względzie, że zgodnie z § 1 ust. 4 wzoru umowy wykonawca będzie świadczył usługę przy użyciu własnych środków czystości, narzędzi, urządzeń, a także środków higienicznych wyszczególnionych w załączniku nr 2 do umowy.

W powyższym zakresie Przystępujący wprawdzie przedstawił dowody mające potwierdzać realność przyjętych na etapie kalkulowania ceny oferty założeń (*vide* faktury – dowody P2), niemniej jednak powinny być one przedstawione w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, nie zaś na etapie postępowania odwoławczego.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w pkt 1 sentencji wyroku.

O kosztach postępowania odwoławczego (pkt 3 sentencji wyroku) orzeczono stosownie do jego wyniku, a to na podstawie przepisów art. 192 ust. 9 i 10 Pzp w zw. z § 5 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz.U. z 2018 r., poz. 972 j.t.). Przepisy te wyrażają zasadę odpowiedzialności za wynik postępowania odwoławczego, z której wynika konieczność zbadania przez Izbę stopnia w jakim roszczenia wynikające z odwołania zostały zaspokojone.

W tej sprawie rozpoznaniu podlegały dwa zasadnicze zarzuty: (1) zaniechania odrzucenia oferty Wykonawcy T z uwagi na okoliczność, że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji oraz (2) zaniechania wezwania Przystępującego do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny (zarzut dotyczący błędu w obliczeniu ceny Izba uznała za pochodną pierwszego z ww. zarzutów i ostatecznie nie uwzględniła go przy podziale kosztów). Mając na względzie fakt, że odwołanie zostało uwzględnione tylko w zakresie jednego z dwóch wzmiankowanych zarzutów, Izba uznała za zasadne podzielenie kosztów postępowania Odwoławczego wynoszących łącznie 18.600,00 zł po połowie, zatem zasądzeniu od Zamawiającego na rzecz Odwołującego podlegała kwota 9.300,00 zł (7.500,00 zł – połowa wpisu i 1.800,00 zł – połowa kosztów wynagrodzenia pełnomocnika).

Przewodniczący:.....