Sygn. akt: KIO 165/23

WYROK

z dnia 02 lutego 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 31 stycznia 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 stycznia 2023 r. przez wykonawcę: A. K. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą: Firma Usługowa „AGA" A. K., ul. Energetyków 5, 43-170 Łaziska Górne w postępowaniu prowadzonym przez Zakład Ubezpieczeń Społecznych z siedzibą w Warszawie, ul.

Szamocka 3, 5, 01-748 Warszawa, Oddział w Rybniku, ul. Reymonta 2, 44-200 Rybnik

przy udziale wykonawcy Ulisses Sp. z o.o. SKA, Al. Wojska Polskiego 113, 42-200 Częstochowa zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie.

2. kosztami postępowania obciąża A. K. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą: Firma Usługowa „AGA" A. K., ul. Energetyków 5, 43-170

Łaziska Górne i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000,00 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę A.

K. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą: Firma Usługowa „AGA"

A. K., ul. Energetyków 5, 43-170 Łaziska Górne tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 oraz art. 580 ust.1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 165/23

U z a s a d n i e n i e

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Usługa utrzymania czystości w obiektach Oddziału ZUS w Rybniku i Inspektoratach oraz na terenach zewnętrznych, znak postępowania: 340000.271.14.2022-ZAP", zostało wszczęte ogłoszeniem opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 18.10.2022 r. pod nr 2022/S 201-572339 przez Zakład Ubezpieczeń Społecznych z siedzibą w Warszawie, ul. Szamocka 3, 5, 01-748 Warszawa, Oddział w Rybniku, ul. Reymonta 2, 44-200 Rybnik zwany dalej: „Zamawiającym". Do ww. postępowania o udzielenie zamówienia zastosowanie znajdują przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710), zwana dalej: „NPzp" albo „PZP" albo „p.z.p".

W dniu 09.01.2023 r. (na stronie internetowej prowadzonego postępowania:) Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej: Ulisses Sp. z o.o. SKA, Al. Wojska Polskiego 113, 42-200 Częstochowa zwana dalej: „Ulisses Sp. z o.o. SKA" albo „Przystępującym po stronie Zamawiającego". Drugą pozycje: w rankingu zajęła oferta A. K. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą: Firma Usługowa „AGA" A. K., ul. Energetyków 5, 43-170 Łaziska Górne zwana dalej: „Firma Usługowa „AGA" A. K." albo „Odwołującym".

Dnia 19.01.2023 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) odwołanie względem czynności z 09.01.2023 r. złożył Firma Usługowa „AGA" A. K.. Wnosił odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy PZP czynności i zaniechań Zamawiającego podjętych w postępowaniu o udzielenie Zamówienia polegających na:

1) wyborze oferty wykonawcy Ulisses Sp. z o.o. SKA jako najkorzystniejszej - w sposób niezgodny z przepisami ustawy tj.:

a) naruszający zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, wynikające z art. 16 ustawy

PZP,

b) naruszający regułę wynikającą z art. 17 ust. 2 ustawy PZP,

2) zaniechaniu odrzucenia oferty Ulisses Sp. z o.o. SKA, pomimo że złożenie oferty tego wykonawcy stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, polegający na przeniesieniu kosztów wykonania usług na terenach wewnętrznych do kosztów wykonania usług na terenach zewnętrznych w celu sztucznego obniżenia wysokości podatku VAT od ceny ofertowej netto, a w konsekwencji do obniżenia

wysokości ceny ofertowej łącznej (tzw. inżynieria cenowa, czy manipulacja cenowa), co stanowi naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP,

3) poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Ulisses Sp. z o.o. SKA, pomimo że oferta ta zawiera rażąco niską cenę za realizację przedmiotu zamówienia, co stanowi naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP,

4) poprzez zaniechanie wezwania Ulisses Sp. z o.o. SKA do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych, pomimo, iż oferta Ulisses Sp. z o.o. SKA, obejmuje wartość skrajnie niższą niż wszystkich pozostałych wykonawców, co stanowi naruszenie art. 224 ust. 1 ustawy PZP, Podnosząc powyższe zarzuty, wnosił o:

1) unieważnienie czynności wyboru oferty Ulisses Sp. z o.o. SKA,

2) nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty Ulisses Sp. z o.o. SKA, ewentualnie:

3) w przypadku nieuwzględnienia zarzutu zaniechania odrzucenia oferty Ulisses Sp. z o.o., nakazanie Zamawiającemu wezwania Ulisses Sp. z o.o. SKA do udzielenia wyjaśnień, w tym: złożenia dowodów dotyczących wyliczenia ceny za realizację usług z wyszczególnieniem wartości usługi utrzymania czystości wewnątrz budynków oraz na terenach zewnętrznych.

4) nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownej oceny ofert,

5) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa adwokackiego według norm przepisanych.

W toku postępowania złożono siedem ofert. Spośród nich, sześć ofert zawierało się w wartości pomiędzy: 8.275.663,51 zł a 10.661.876,32 zł, przy czym aż cztery spośród tych sześciu ofert obejmowało cenę poniżej 9 milionów złotych. Można więc powiedzieć, iż w toku postępowania złożono 2 oferty na bardzo wysokie ceny (powyżej 10 milionów złotych) oraz 4 oferty o umiarkowanych cenach (pomiędzy 8 a 9 milionów złotych). W toku postępowania złożono też jedną ofertę, której ceny według odwołującego nie da się racjonalnie objaśnić i która już na pierwszy rzut oka, skrajnie odbiega od ofert pozostałych oferentów. Jest to oferta firmy Ulisses Sp. z o.o. SKA, której wartość wynosi niewiele ponad 6,5 miliona złotych (6.562.457,42 zł).

W tak przedstawionym stanie faktycznym, odwołująca zwróciła się do Zamawiającego pismem z dnia 28 grudnia 2022r. W ramach tego pisma, odwołująca podniosła, iż w toku analizy ofert złożonych przez konkurencyjnego Wykonawcę, jedna oferta budzi wątpliwości Odwołującej, co do zaoferowanych w formularzu oferty ceny za realizację przedmiotu zamówienia. Wątpliwość dotyczyła właśnie firmy Ulisses Sp. z o.o. SKA. Odwołująca zwróciła uwagę na poniższe - co wciąż podtrzymuje:

Po szczegółowej analizie złożonych ofert przez wszystkich Wykonawców biorących udział w postępowaniu, jedna z nich wzbudziła uzasadniony niepokój Wykonawcy. Możemy

podejrzewać tak zwaną inżynierię cenową polegającą na przenoszeniu kosztów pomiędzy pozycjami formularza cenowego celem uzyskania jak najniższej wartości brutto oferty.

Zgodnie z założeniami SWZ Zamawiający określił minimalną ilość etatów 42 w okresie letnim i 43 w okresie zimowym jaką ma Wykonawca skierować do realizacji Przedmiotu Umowy. Zakładając że wykonawca skieruje odpowiednio: - dla sprzątania wewnątrz 35 etatów

- dla sprzątania zewnątrz w okresie letnim 6 etatów / 7 etatów zimowym
- koordynator 1 etat

Zakładając wynagrodzenie pracowników na poziomie minimalnej krajowej obowiązującej w 2023r. - 3 490,00 od 01-01-2023 zł brutto oraz 3 600,00 od 01-07-2023,

koszt pracodawcy kształtuje się następująco:

UMOWA O PRACĘ obowiązująca od 01.01.2023 do 30.06.2023	
płaca brutto	3 490,00 zł

koszty uzyskania przychodu				250,00 zł
ulga podatkowa				300,00 zł
skala podatkowa				12%
podstawa opodatkowania do ubez. zdrow.				3 011,50 zł
podstawa opodatkowania				2 761,50 zł
zaliczka podatku				31,00
	wypłat	a netto		2 709,46 zł
		Płaci		
składka ZUS	%	Pracownik	pracodawca	Razem
Wypadkowe	1,67		58,28	58,28
Emerytalne	9,76	340,62	340,62	681,24 zł
Rentowe	8,00	52,35	226,85	279,20 zł
Chorobowe	2,45	85,51		85,51 zł
Fundusz pracy	2,45		85,51	85,51 zł
Zdrowotne	9,00	271,04		271,04 zł
FGŚP	0,10		3,49	3,49 zł

Razem			
PRACOWNIK NETTO ŁĄCZNE KOSZTY WYNAGRODZENIA	2 709,46	4 204,75	

UMOWA O PRACĘ obowiązująca od 01.07.2023 do 31.12.2023				
płaca brutto				3 600,00 zł
koszty uzyskania przychodu				250,00 zł
ulga podatkowa				300,00 zł
skala podatkowa				12%
podstawa opodatkowania do ubez. zdrow.				3 106,44 zł
podstawa opodatkowania				2 856,44 zł
zaliczka podatku				43,00
	wypłat	a netto		2 783,86 zł
		Płaci		
składka ZUS	%	Pracownik	pracodawca	Razem
Wypadkowe	1,67		60,12	60,12
Emerytalne	9,76	351,36	351,36	702,72 zł
Rentowe	8,00	54,00	234,00	288,00 zł
Chorobowe	2,45	88,20		88,20 zł
Fundusz pracy	2,45		88,20	88,20 zł
Zdrowotne	9,00	279,58		279,58 zł
FGŚP	0,10		3,60	3,60 zł
Razem				

PRACOWNIKETTO ŁĄCZNE KOSZTY WYNAGRODZENIA	2 783,86	4 337,28

Z powyższego jasno wynika, iż zatrudnienie osób w wymaganym przez Zamawiającego minimalnym wymiarze czasu pracy, generowałoby koszt w wysokości (35 x 4 202,75 x 4 = 588 385,00 + 35 x 4 337,28 = 910 828,80) /10 msc = 149 921,38 miesięcznie

Oczywiście Wykonawca zapewne w celu obniżenia kosztów personelu może skierować do realizacji zamówienia osoby z orzeczeniem o niepełnosprawności, do których uzyska dofinansowanie z PFRON, z uwzględnienie dofinansowań obowiązujących od 2023 co pozwoli obniżyć koszty odpowiednia o: • 1 350,00 zł w przypadku niepełnosprawności stopnia umiarkowanego, • 2 250,00 zł w przypadku niepełnosprawności stopnia umiarkowanego ze schorzeniem specjalnym.

- 2 400,00 zł w przypadku niepełnosprawności stopnia znacznym

Zakładając, iż Wykonawca „ Ulisses" do realizacji przedmiotu zamówienia zatrudni jedynie osoby o znacznym stopniu niepełnosprawności, pozwoli to na obniżenie kosztów personelu o 84 000,00 zł. Ostatecznie Wykonawca mógłby obniżyć cenę swojej oferty do poziomu 65 921,38 zł.

Podkreślenia wymaga fakt, iż są to wyłącznie koszty personelu przy założeniu zatrudnienia do realizacji zamówienia jedynie osób niepełnosprawnych. Kwota 65 921,38 zł nie zawiera żadnych kosztów środków higieny, sprzętu i wyposażenia osób realizujących przedmiot umowy takiego jak wózki, mopy czy nawet środku chemiczne niezbędne do realizacji przedmiotu postępowania, czy nawet zysku Wykonawcy „ Ulisses" składającego ofertę.

Należy również podkreślić, że Zamawiający podał średnie miesięczne zużycie artykułów sanitarno-higienicznych: - papier toaletowy rolki 1428

- ręczniki papierowy op. 124 opakowanie- 6 szt.
- mydło l. 195
- płyn do mycia naczyń 1.180
- gąbki do zmywania naczyń szt. 130
- odświeżacz do sanitariatów - elektroniczne szt. 44

wkład o poj. 250-270 ml. do zamontowanych elektronicznych odświeżaczy powietrza z programatorem typu SELECT firmy Merida oraz Dabex (liczba cykli ustawiona na 30) -odświeżacz w sprayu o pojemności 300 ml. o zapachu morskim, leśnym, cytrusowym lub kwiatowym do kabin WC szt. 224 - worki o pojemności 240 l rolki 3 - worki o pojemności 120 l rolki 24 - worki o pojemności 60 l rolki 170 - worki o pojemności 35 l rolki 195

- worek do niszczarki EBA 5146C szt. 1

Przyjmując wydatki na powyższe aspekty na poziomie 23 900,00 zł miesięcznie (jest to kwota z uwzględnieniem cen producentów) powyższa kwota nie obejmuje sprzętu i wyposażenia osób, oraz marży, Wykonawca „Ulisses" mógłby zaoferować ofertę w wysokości 89 821,38 zł - co jest kwotą wyższą od oferty złożonej przez „Ulisses". Nadal nie jest to kwota uwzględniająca wszystkie koszty Wykonawcy „Ulisses", gdyż nie zostały uwzględnione w niej takie aspekty jak rezerwa chorobowo- urlopowa czy , koszty usług okresowych, które również są wymagane przez Zamawiającego zgodnie z SWZ.

Jak wskazuje Krajowa Izba Odwoławcza w swoim orzecznictwie (KIO 3113/20) „Taka bowiem inżynieria cenowa, jaką zarzuca Odwołujący, tj. jednoczesne zaniżenie ceny usługi objętej podatkiem od towarów i usług w wysokości 23% i zawyżenie ceny objętej podatkiem od towarów i usług w wysokości 8%, jeśli rzeczywiście zaistniała w ofercie, nie może być akceptowana na gruncie uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami. Daje bowiem takiemu wykonawcy nieuzasadnioną przewagę w postaci 15% ceny oferty (lub jej części). Narusza więc interes innych wykonawców, którzy prawidłowo ujęli podatek od towarów i usług. Zwłaszcza, że w niniejszym postępowaniu - jak wskazał Odwołujący - to właśnie różnica w kwocie podatku od towarów i usług wynikającej z zastosowanej stawki podatku spowodowała, że oferta Przystępującego okazała się korzystniejsza cenowo, a tym samym zajęła pierwsze miejsce w rankingu ofert."

Nie bez znaczenia pozostaje również fakt, iż zarzut rażąco niskiej ceny nie powinien dotyczyć jedynie kwoty oferowanej za realizację całości zamówienia, ale również elementów składowych tejże oferty. W przypadku oferty Wykonawcy „Ulisses" mamy do czynienia z różnicą sięgającą 135% z średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert w zakresie zaoferowanej ceny jednostkowej za sprzątania powierzchni wewnętrznych.

Proszę też o zwrócenie uwagi, że oferta całościowa Wykonawcy „Ulisses" to niewiele ponad 6,5 miliona złotych, podczas gdy wszystkie inne oferty (pozostałych wykonawców) obejmują kwoty powyżej 8,2 miliona złotych. Już więc na pierwszy rzut oka dostrzegalna jest skrajna różnica ofert, która czyni ofertę Wykonawcy „Ulisses" wręcz nierealną do wykonania przy obecnych uwarunkowaniach rynku, jak też przy uwzględnieniu kosztów legalnego zatrudnienia.

Krajowa Izba Odwoławcza, również w kwestii elementów składowych oferty, prezentuje jednolite stanowisko (KIO 1379/17) „zamawiający może wezwać wykonawcę również w każdej innej sytuacji, w której wysokość ceny lub kosztu oferty, a nawet jedynie ich istotne części składowe budzą jego wątpliwości, mimo iż cena całkowita lub koszt nie jest niższa niż szczególny ustawowy limit. W zakresie istotnych części zamówienia ważne jest, aby te części miały znaczenie dla całości wyceny przedmiotu zamówienia (przy

wynagrodzeniu ryczałtowym) albo jeśli są to istotne części zamówienia, które stanowią przedmiot odrębnego wynagrodzenia (np. przy wynagrodzeniu kosztorysowym)"

Reasumując, wobec takiego stanu rzeczy oraz potencjalnego czynu nieuczciwej konkurencji w związku z tzw. inżynierią cenową, wnosimy o wnikliwe zbadanie oferty Wykonawcy „Ulisses" poprzez zastosowanie art. 224 ust. 1 Pzp.

Nadto wnosimy o niezwłoczne przesłanie nam wyjaśnień Wykonawcy „Ulisses" oraz wszelkich innych wyjaśnień do złożonych w toku postępowania ofert, jeśli takie wpłyną do Zamawiającego.

Pomimo tak przedstawionych okoliczności, Zamawiający nie wezwał Ulisses Sp. z o.o. SKA. W trybie art. 224 ustawy PZP do wyjaśnień, w tym do złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części

składowych - zwłaszcza wyliczenia co do usług objętych stawką podatku VAT 8% i 23 %. Postawa Zamawiającego w tym zakresie jest zaskakująca, bowiem różnice cen ofertowych pomiędzy Ulisses Sp. z o.o. SKA, a pozostałymi wykonawcami są tak daleko idące, iż nie sposób nie powziąć wątpliwości co do oferty tej firmy. W myśl art. 224 ust. 5 PZP obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy. Tym samym, gdyby Zamawiający zastosował omawiane przepisy, Ulisses Sp. z o.o. SKA zobowiązana byłaby do sprostania temu ciężarowi dowodowemu, a jednocześnie zarówno Zamawiający jak i pozostali Wykonawcy uzyskaliby wiedzę, czy zaoferowana cena pozostaje realna i jako taka zgodna z przepisami prawa.

Co ciekawe i warte podkreślenia - inny oddział Zamawiającego, w Częstochowie prowadzi równolegle postępowanie dotyczące usług utrzymania czystości wchodzących w zasób tego oddziału, dane jak poniżej:

Zakład Ubezpieczeń Społecznych Oddział ZUS w Częstochowie ul. Dąbrowskiego 43/45, 42-218 Częstochowa Znak sprawy 090000/271/4/2022-ZAP Pod nazwą:

Usługi kompleksowego sprzątania i utrzymania czystości w budynkach biurowych i terenach przyległych do budynków Oddziału ZUS w Częstochowie oraz Inspektoratów ZUS w Kłobucku, Lublińcu, Myszkowie oraz Biura Terenowego ZUS w Koniecpolu

W ramach wskazanego postępowania również konkurują odwołująca i Ulisses Sp. z o.o. SKA. Podobnie jak w postępowaniu, którego odwołanie dotyczy, również i w tym przypadku doszło do skrajnych różnic cenowych pomiędzy ofertą Ulisses Sp. z o.o. SKA, a pozostałych wykonawców. W tym przypadku jednak, pismo odwołującej o możliwości zaistnienia rażąco niskiej ceny oraz czynie nieuczciwej konkurencji, skłoniło Zamawiającego do wezwania Ulisses Sp. z o.o. SKA do złożenia wyjaśnień i kalkulacji. Niezrozumiałym więc pozostaje rozbieżna praktyka Zakładu Ubezpieczeń Społecznych, który w zależności od Oddziału podejmuje decyzje skrajnie różne, w niemal identycznych stanach faktycznych.

Warto również nadmienić, iż odwołująca zwróciła się do Zamawiającego o podanie przewidzianej przez Zamawiającego ilości etatów dedykowanych na teren wewnętrzny i ilości etatów dedykowanych do usług na zewnątrz (tereny zewnętrzne) Pomimo złożonego wniosku, Zamawiający nie udzielił odwołującej wnioskowanych informacji, poprzestając na ogólnych stwierdzeniach wynikających z SWZ.

Odnosząc się do poszczególnych wartości wynikających ze złożonych ofert, należy dostrzec, że oferta Ullises Sp. z o.o. SKA, zakładała wykonanie przedmiotu zamówienia: - w kwocie brutto 6.562.457,42 (z podatkiem VAT) * zł (słownie: sześć milionów pięćset sześćdziesiąt dwa tysiące czterysta pięćdziesiąt siedem złotych czterdzieści dwa grosze*), - w kwocie netto 5.775.257,03 * zł (słownie: pięć milionów siedemset siedemdziesiąt pięć tysięcy dwieście pięćdziesiąt siedem złotych trzy grosze.*),

- wartość podatku VAT 787.200,39 zł (słownie: siedemset osiemdziesiąt siedem tysięcy dwieście złotych trzydzieści dziewięć groszy*) według stawki 23% i 8%, zgodnie z Formularzem cenowym.

W tym miejscu wskazać należy, że Zamawiający przewidział (oszacował) koszt całościowy wykonania usługi na wartość 9.209.588,70 zł brutto (informacja dostępna poprzez platformę zakupową Zamawiającego.

Porównując tą wartość z kwotą oferty brutto Ulisses Sp. z o.o. SKA tj. 6.562.457,42 zł - różnica pomiędzy rzeczonymi kwotami sięga aż 29,75 %. Porównanie z kolei średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert (średnia ta wynosi 8 857 583,05 zł) względem oferty brutto Ulisses Sp. z o.o. SKA, wykaże różnicę na poziomie 26%.

Co również konieczne do wskazania, w kontekście art. 224 ust. 1 zdanie pierwsze, jeszcze dalej idące różnice dostrzegalne są przy porównaniu istotnych części składowych oferty, chociażby przy porównaniu tej części usług która objęta jest stawką VAT 8% i stawką VAT 23%.

O ile oferta brutto Ulisses Sp. z o.o. SKA okaże się w takim zestawieniu (w porównaniu ofert złożonych) zdecydowania najniższa w pozycjach objętych VAT 23% (tereny wewnętrzne), o tyle okaże się najdroższa w pozycjach objętych VAT 8% (tereny zewnętrzne). Powyższe w ocenie odwołującej dobitnie świadczy o tzw. inżynierii cenowej (manipulacji cenowej) stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji, gdy do wyboru oferty dochodzi kosztem fiskusa (przerzucenie wynagrodzenia do pozycji z VAT 8% wywołuje różnicę w opodatkowaniu sięgającą 15%). W ocenie odwołującej takie działanie powoduje uszczuplenie należności publicznoprawnych względem sytuacji, gdyby oferta była podzielona kosztowo w sposób naturalny (rzeczywisty) w zakresie usług, bez względu na VAT, a wysokość takiego uszczuplenia sięga około pół miliona złotych (co poniżej zostanie wyliczone). Powyższe w ocenie odwołującej, wypacza zasady równego dostępu do rynku i zasady związane z uczciwą konkurencyjnością.

Potwierdzając powyższe, przytoczyć należy przykłady w oparciu o formularze cenowe.

Przykład I - sprzątanie wewnętrzne, oddział w Rybniku, ul. Reymonta 2

- w nawiasach, na końcu każdego punktu ponumerowane oferty od najtańszej do najdroższej 1) Oferta DGP Clean Partner Sp. z o. o. i konsorcjanci - 2.663.486, 72 zł (5) 2) Oferta EZT i konsorcjanci - 1.802.597,34 zł (2)

3) Oferta Praxima Krakpol Sp. z o.o. (lider konsorcjum) - 2.972.704,56 zł (6)

4) Oferta AGRO SERVICE P. K. - 2.396.435,37 zł (4)

5) Oferta konsorcjum ERA Sp. z o.o. i Novia Sp. z o.o. - 3.257.324,92 zł (7)

6) Oferta FU AGA A. K. - 1.950.178,41 zł (3)

7) Oferta Ulisses Sp. z o.o. SKA - 1.047.122.81 zł (1)

Porównując ofertę Ulisses względem drugiej najtańszej w tym zestawieniu (tj. EZT, która doskonale zna specyfikę zamówienia bowiem jest obecnym wykonawcą), różnica sięga 42 %. Gdyby z kolei ustalić średnią arytmetyczna złożonych ofert w ww. zadaniu, wyniesie ona 2.298.550,02 zł. Porównując tą średnią względem oferty Ulisses Sp. z o.o. SKA - różnica sięga 54,45 %. Innymi słowy, żadna z ofert poza Ulisses Sp. z o.o. SKA nie zbliżyła się nawet do wartości zaoferowanej przez tą firmę, bowiem wartość taka jest nierzeczywista przy uwzględnieniu faktycznych, realnych kosztów wykonania usługi we wskazanym zakresie.

Oferta Ulisses Sp. z o.o. SKA odbiega tak skrajnie od pozostałych, iż nie sposób, aby nie powziąć wątpliwości co do jej rzetelności.

Przykład II - tereny zewnętrzne w okresie letnim, oddział w Rybniku, ul. Reymonta 2 - w nawiasach, na końcu każdego punktu ponumerowane oferty od najtańszej do najdroższej 1) Oferta DGP Clean Partner Sp. z o. o. i konsorcjanci - 517.138,02 zł (6) 2) Oferta EZT i konsorcjanci - 395.323,29 zł (5)

3) Oferta Praxima Krakpol Sp. z o.o. (lider konsorcjum) - 149.395,43 zł (1)

4) Oferta AGRO SERVICE P. K. - 287.298,90 zł (3)

5) Oferta konsorcjum ERA Sp. z o.o. i Novia Sp. z o.o. - 156.290,60 zł (2)

6) Oferta FU AGA A. K. - 330.334,20 zł (4)

7) Oferta Ulisses Sp. z o.o. SKA - 540.121.93 zł (7)

Średnia arytmetyczna wszystkich złożonych ofert wynosi 339.414,62 zł. Porównując tą wartość do kwoty oferty Ulisses Sp. z o.o. SKA - różnica procentowa wynosi 37,16%. Analizując składniki ofert dotyczące terenu zewnętrznego, trudno odnaleźć oferty do więcej niż jednego obiektu, w którym inny oferent niż Ulisses Sp. z o.o. SKA, byłby droższy.

Sytuację przeciwną zaobserwować można z kolei w części dotyczącej sprzątania wewnątrz, gdzie wykonawca Ulisses Sp. z o.o. SKA zawsze jest najtańszy w zakresie złożonej oferty.

Dalej analizując sumy ofert w kontekście podatku VAT, należy zauważyć, iż średnia arytmetyczna podatku VAT wszystkich ofert wynosi wedle wyliczeń odwołującej: a) 23% - 1.170.059,03 zł, b) 8% - 197.880,44 zł

Co daje sumę VAT w podanych stawkach łącznie - 1.367.939,47 zł.

Tymczasem oferta Ulisses Sp. z o.o. SKA składa się z łącznej kwoty VAT -787.200,39 zł, przy czym VAT w stawce 8% z tej kwoty wynosi wedle wyliczeń odwołującej -ponad 288.000,00 zł tj. blisko 90.000,00 zł więcej niż w przypadku średniej arytmetycznej wszystkich ofert dla podatku 8%.

W podsumowaniu powyższego rozliczenia, należy zauważyć, że w przypadku wyboru oferty Ulisses Sp. z o.o. SKA, wykonawca ten zapłaci o 580.739,08 zł podatku VAT mniej niż zapłaciłby wykonawca o ofercie stanowiącej średnią arytmetyczną (1.367.939,47 zł -787.200,39 zł).

Zakładając zróżnicowanie wartości złożonych ofert netto, łączna kwota VAT oferty Ulisses Sp. z o.o. SKA jest niższa od tej jaką zapłaciłby jakikolwiek innych wykonawca, a różnica ta sięgać musi w opisywanych okolicznościach wartości pomiędzy 400 a 600 tysięcy złotych. Szczegóły obliczeniowe zawarto w pliku przygotowanym przez odwołującą, plik w formacie excel.

II. Kwestie prawne, stanowisko odwołującego

W ocenie odwołującej, Zamawiający naruszył przepisy wskazane w petitum. W szczególności Zamawiający, pomimo przesłanek dla uznania, iż wykonawca Ulisses Sp. z o.o. SKA, zastosował rażąco niską ceny, nie wezwał tego wykonawcy do złożenia wyjaśnień i dowodów. Nawet sygnał od odwołującej w postaci pisma zawierającego wyliczenia i podstawy prawne, nie skłoniły Zamawiającego do wyjaśnienia zaistniałej sytuacji, co służyłoby rzetelności i przejrzystości postępowania, oraz co pomogłoby wyeliminować z postępowania ofertę zbudowaną na zasadzie tzw. inżynierii czy manipulacji cenowej, stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji.

Problem tzw. przenoszenia kosztów realizacji usługi z terenów wewnętrznych, na tereny zewnętrzne, co do których usługi są niżej opodatkowane w zakresie VAT, stanowi zagadnienie będące już wielokrotnie przedmiotem analizy i orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej. W tym miejscu przywołał wyrok KIO z dnia 17.12.2020 r., sygn. akt: KIO 3110/20. W uzasadnieniu tego wyroku, Krajowa Izba Odwoławcza przedstawiła zagadnienia dotyczące usług sprzątania, powiązane właśnie z tzw. manipulacją cenową:

I - ze stanowiska odwołującego:

Czyn nieuczciwej konkurencji został zdefiniowany w art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes

innego przedsiębiorcy lub klienta. Czynem nieuczciwej konkurencji jest również naruszanie interesów innych wykonawców biorących udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego poprzez zaniżanie ceny ofertowej w wyniku zaniżenia wysokości podatku od towarów i usług. Manipulacja cenowa jest szczególnym rodzajem czynu nieuczciwej konkurencji, sprowadzającym się do przerzucania kosztów między poszczególnymi elementami cenotwórczymi. Celem takiej „optymalizacji" jest uzyskanie przewagi nad innymi wykonawcami wedle przyjętych przez zamawiającego kryteriów oceny ofert. Jest to działanie, które prowadzi do wynaturzeń pozbawiających system zamówień publicznych jego ekonomicznego sensu, jak również narusza to interes innych przedsiębiorców. Okolicznością przesądzającą o naganności postępowania wykonawcy w stopniu uzasadniającym zastosowanie przepisu art. 15 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji jest manipulowanie ceną w celu uzyskania zamówienia. Ponieważ taka czynność zagraża interesom innych wykonawców, którzy prawidłowo skalkulowali ceny za poszczególne usługi, a więc zgodnie z oczekiwaniami zamawiającego i znaleźli się w gorszej sytuacji podczas dokonywania oceny ich ofert, niewątpliwym jest, że działanie wykonawcy utrudniło im dostęp do rynku, mimo zaoferowania wykonania usługi zgodnie z wymogami specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Konsorcjum E. dokonało sztucznego zaniżenia wartości prac polegających na utrzymaniu czystości terenów wewnętrznych opodatkowanych stawką VAT 23%, zawyżając jednocześnie wartość prac wykonywanych na zewnątrz (opodatkowanych stawką 8%). Tym samym wykonawca poprzez zaniżenie wartości części zamówienia opodatkowanej wyższą stawką VAT zaniżył rzeczywistą wysokość podatku, który zobowiązany byłby zapłacić, przez co sztucznie obniżył wysokość ceny ofertowej. Jednocześnie Konsorcjum E. przerzuciło koszty usługi sprzątania powierzchni wewnątrz na usługi utrzymania powierzchni zewnętrznej, które objęte są stawką podatku VAT w wysokości 8% i w konsekwencji uzyskało niższą cenę brutto za wykonanie całego przedmiotu zamówienia. Takie działanie niewątpliwie jest rażąco sprzeczne z prawem (przepisami prawa podatkowego), narusza interes Odwołującego i utrudnia Odwołującemu dostęp do rynku.

Rażące zaniżenie kosztu usługi utrzymania czystości powierzchni wewnętrznych i przerzucenie go na koszt usług utrzymania terenów zewnętrznych było świadomym i celowym zabiegiem Konsorcjum E. w celu uzyskania przewagi konkurencyjnej w kryterium cenowym, ponieważ usługi utrzymania powierzchni zewnętrznych korzystają z opodatkowania niższą stawką VAT, w przeciwieństwie do usług utrzymania czystości powierzchni wewnętrznych, które opodatkowane są podstawową stawką VAT. Praktykę taką należy uznać za niedopuszczalną i szczególnie naganną, a przede wszystkim naruszającą przepisy Prawa zamówień publicznych, ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz przepisów prawa podatkowego, ponieważ została zastosowana wyłącznie w zamiarze

nieuczciwego obniżenia całkowitej ceny brutto oferty, a także w celu uzyskania wyższej punktacji. Przerzucanie kosztów pomiędzy odrębnie ocenianymi stawkami w formularzu cenowym w ten sposób, że kształtowana jest z jednej strony cena nierynkowa i absurdalnie wysoka, zaś z drugiej cena nierynkowa, rażąco 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. W ten sposób działanie Konsorcjum E. polegające na świadomym wykorzystaniu przyjętych przez Zamawiającego zasad przyznawania punktów doprowadziło do sytuacji, w której oferta Konsorcjum E. uzyskuje największą liczbę punktów. Wykorzystanie przez Konsorcjum E. ustalonych kryteriów oceny ofert i sztuczne zaniżenie realnych kosztów utrzymania powierzchni wewnętrznych w obiektach objętych zamówieniem spowodowało, iż jego oferta została uznana przez Zamawiającego za najkorzystniejszą. Konsorcjum E., manipulując wartościami usług opodatkowanych według różnych stawek VAT doprowadziło do sztucznego zaniżenia wysokości podatku od towarów i usług, a co za tym idzie, do obniżenia ceny ofertowej. Działania Konsorcjum E. stanowią niewątpliwie czyn nieuczciwej konkurencji, w związku z czym oferta tego wykonawcy powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych.

II - Ustalenia Izby

Izba uznała natomiast, że okolicznościom tym należy się przyjrzeć w ramach wyjaśnień co do sposobu konstrukcji ceny i kształtowania cen jednostkowych sprzątania poszczególnych budynków oraz terenów zewnętrznych. W szczególności ze względu na to, że Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia określił sposób budowania ceny - w odniesieniu do każdego budynku osobno oraz z podziałem na tereny wewnętrzne i zewnętrzne, a do poszczególnych rodzajów powierzchni przepisy wymagają zastosowania innej stawki podatku od towarów i usług, co w konsekwencji ma wpływ na wybór oferty najkorzystniejszej.

W ocenie Izby istotne dla realizacji zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest zbadanie przez Zamawiającego, czy w ofercie nie wystąpił czyn nieuczciwej konkurencji. Taka bowiem inżynieria cenowa, jaką zarzuca Odwołujący, tj. jednoczesne zaniżenie ceny usługi objętej podatkiem od towarów i usług w wysokości 23% i zawyżenie ceny objętej podatkiem od towarów i usług w wysokości 8%, jeśli rzeczywiście zaistniała w ofercie, nie może być akceptowana na gruncie uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami. Daje bowiem takiemu wykonawcy nieuzasadnioną przewagę w postaci 15% ceny oferty (lub jej części). Narusza więc interes innych wykonawców, którzy prawidłowo ujęli podatek od towarów i usług. Zwłaszcza, że w niniejszym postępowaniu - jak wskazał Odwołujący - to właśnie różnica w kwocie podatku od towarów i usług wynikającej z zastosowanej stawki podatku spowodowała, że oferta Przystępującego okazała się

korzystniejsza cenowo, a tym samym zajęła pierwsze miejsce w rankingu ofert. Z drugiej strony narusza także interes zamawiającego - i to nie tylko przez nieprawidłową identyfikację oferty najkorzystniejszej - ale także jako podmiotu

ponoszącego realny koszt podatku i/lub rozliczającego podatek od towarów i usług na podstawie otrzymywanych od wykonawców faktur.

Na uwagę zasługuje również teza wyroku KIO z 20.05.2019 r. w sprawie KIO 766/19, w myśl której: Za niedopuszczalne, należy uznać działanie odwołującego, uniemożliwiające zamawiającemu dokonanie oceny oferty odwołującego w każdej z pozycji wymaganej treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Takie działanie ma bowiem wpływ na zachwianie zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Jak zatem zamawiający miałby porównać oferty, w szczególności dokonać oceny ofert w ramach kryteriów oceny ofert, w sytuacji, gdy jeden z wykonawców „ukrywa" koszty w innych pozycjach, nie dając szansy zamawiającemu na rzetelne ocenienie jego oferty w kontekście innych ofert złożonych w danym postępowaniu. Takie zachowanie wykonawcy (odwołującego) narusza zasadę przejrzystości postępowania, uniemożliwiając innym uczestnikom oraz zamawiającemu prawidłową i rzetelną ocenę oferty.

W konsekwencji przywołanego orzeczenia Izba stwierdziła, iż:

odwołujący dokonując manipulacji cenowej, mogącej być uznawaną za tzw. „inżynierię cenową" czy „kreatywną politykę cenową", dopuścił się naruszenia ww. przepisów ZamPublU oraz ZNKU.

Na kanwie walki z tym zjawiskiem ukształtowała się obszerna i jednolita linia orzecznicza Krajowej Izby Odwoławczej, w ramach której Izba wskazuje, że działanie wykonawców w postaci manipulowania cenami jednostkowymi (przerzucanie kosztów) jest: a) sprzeczne z dobrymi obyczajami rozumianymi jako normy moralne i obyczajowe w stosunkach gospodarczych, a więc pozaprawnymi normami postępowania, którymi powinni kierować się przedsiębiorcy (tzw. uczciwość kupiecka). Istotne znaczenie mają tu oceny zorientowane na zapewnienie niezakłóconego funkcjonowania konkurencji poprzez rzetelne i niezafałszowane współzawodnictwo (tak: wyrok SA w Katowicach z 28.06.2007 r. V AC 71/07);

> b) co najmniej zagraża interesom innych przedsiębiorców (wykonawców), którzy kalkulując cenę uczciwie nie mogą w ten sposób realnie konkurować z podmiotem, który dopuszcza się manipulowania ceną, a w konsekwencji ich dostęp do rynku jest ograniczany przez podmiot popełniający delikt uczciwej konkurencji. Działanie takie może również zagrażać interesom samego zamawiającego, który w następstwie tego typu manipulacji cenowej byłby zmuszony niejednokrotnie dokonać wyboru oferty sumarycznie droższej (zawierającej wyższą cenę całkowitą).

Tytułem przykładu należy odesłać w tym zakresie do tez KIO, zawartych chociażby w następujących orzeczeniach: wyrok z 05.04.2011 r., KIO 640/11; wyrok KIO z 26.09.2012 r., KIO 1934/12; wyrok KIO z 18.01.2013 r., KIO 7/13; wyrok z 19.02.2014 r., KIO 216/14; wyrok KIO z 17.09.2015 r., KIO 1945/15; wyrok z 14.11.2016 r., KIO 2038/16; wyrok KIO z 10.08.2017 r. KIO 1476/17; wyrok z 28.03.2017 r., KIO 473/17; wyrok z 04.07.2018 r. KIO 1186/18; wyrok z dnia 16.08.2018 r. KIO 1578/18.

Podobne stanowisko, Izba wyraziła też w wyroku z 24 sierpnia 2018r., w sprawie KIO 1578/18. W myśl powołanego wyroku:

> 1. Manipulowaniu ceną polega na określaniu cen jednostkowych w taki sposób, że część cen określana jest na poziomie rażąco niskim, w oderwaniu od rzeczywistych kosztów i nakładów związanych z realizacją zamówienia, a część jest bez uzasadnienia zawyżona, by rekompensować zaniżenie innych cen, przy czym celem dokonywania takiej operacji jest zamierzona optymalizacja dokonanych wycen. Manipulacja cenowa sprowadza się zatem do przerzucania kosztów pomiędzy poszczególnymi elementami cenotwórczymi. Celem takiej „optymalizacji" jest nic innego jak uzyskanie przewagi nad innymi wykonawcami wedle przyjętych przez zamawiającego kryteriów oceny ofert. Wskazać należy, że jest to działanie, które prowadzi do wynaturzeń pozbawiających system zamówień publicznych jego ekonomicznego sensu, jak również narusza to interes innych przedsiębiorców (ibidem).
>
> 2. Działanie wykonawców w postaci manipulowania cenami jednostkowymi (przerzucanie kosztów) jest sprzeczne z dobrymi obyczajami rozumianymi jako normy moralne i obyczajowe w stosunkach gospodarczych, a więc pozaprawnymi normami postępowania, którymi powinni kierować się przedsiębiorcy (tzw. uczciwość kupiecka). Istotne znaczenie mają tu oceny zorientowane na zapewnienie niezakłóconego funkcjonowania konkurencji poprzez rzetelne i niezafałszowane współzawodnictwo.
>
> 3. Działanie wykonawców w postaci manipulowania cenami jednostkowymi zagraża interesom innych przedsiębiorców (wykonawców), którzy kalkulując cenę uczciwie nie mogą w ten sposób realnie konkurować z podmiotem, który dopuszcza się manipulowania ceną, a w konsekwencji ich dostęp do rynku jest ograniczany przez podmiot popełniający delikt uczciwej konkurencji. Działanie takie może również zagrażać interesom samego zamawiającego, który w następstwie tego typu manipulacji cenowej byłby zmuszony niejednokrotnie dokonać wyboru oferty sumarycznie droższej (zawierającej wyższą cenę całkowitą). Zwrócił także uwagę na treść wyroku Izby w sprawie KIO 2046/14:

Izba uznała za zasadny zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 3 ZamPublU, polegający zaniechaniu odrzucenia oferty przystępujących w sytuacji, gdy dokonali oni manipulacji stawkami kosztorysu (zawyżając jedne z nich a zaniżając inne), dzięki czemu stworzyli sytuację, która mogłaby im umożliwić skredytowanie przez zamawiającego robót wykonywanych na późniejszych etapach realizacji zamówienia.

Przystępujący ani w złożonych wyjaśnieniach, do których został wezwany przez zamawiającego, ani w postępowaniu odwoławczym, nie wykazali prawidłowości i rzetelności kalkulacji wyceny zakwestionowanych w odwołaniu pozycji

kosztorysu. W ocenie Izby jest to działanie sprzeczne z dobrymi obyczajami, podjęte w celu polepszenia swojej sytuacji przy realizacji zamówienia. W konsekwencji prowadzi to do naruszenia interesu przedsiębiorców, którzy złożyli oferty w niniejszym postępowaniu, jak i tych potencjalnych wykonawców, którzy mogliby złożyć swoje oferty w tym postępowaniu. Takie działanie jest objęte dyspozycją normy prawnej zawartej w art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 ze zm. - dalej ZNKU) i jako takie stanowi samoistną podstawę stwierdzenia, że w danym przypadku mamy do czynienia z nieuczciwymi praktykami (tak w orzeczeniu Sądu Najwyższego z 22.10.2002 r., sygn. akt III CKN 271/01). Dobre obyczaje, na które się wskazuje w cytowanym przepisie, wskazują na działanie, które może prowadzić do zniekształcenia określonych interesów i zachowań gospodarczych w przeciętnych warunkach praktyki rynkowej, które jednocześnie prowadzi do pogorszenia sytuacji innego przedsiębiorcy na tym konkurencyjnym rynku, poprzez naruszenie w tym zakresie jego interesu.

W zakresie subsumcji czynu, którego dopuścili się przystępujący do zastanych norm prawnych ZNKU, wskazać należy, iż katalog deliktów opisanych w rozdziale II tej ustawy ma charakter otwarty, co wynika z art. 3 ust. 2 ustawy. Zatem w razie stwierdzenia, że nie zaistniał żaden z deliktów nazwanych, należy ocenić, czy w sprawie nie ziściły się przesłanki i klauzuli generalnej zawartej w art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Ziszczenie przesłanek zawartych w przywołanym przepisie jest wystarczającym uzasadnieniem do odrzucenia oferty, gdyż przepis ten może być samodzielną podstawą do określenia czynu nieuczciwej konkurencji (vide: wyrok Sądu Najwyższego z 22 października 2007 r. III CKN 271/01, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 20 stycznia 2012 r. sygn. akt KIO 2819/11 i wyrok z dnia 26 czerwca 2012, sygn. akt KIO 1225/12, KIO 1229/12).

Zamawiający w dniu 20.01.2023 r. (na stronie internetowej prowadzonego postępowania:) wezwał wraz kopią odwołania, w trybie art. 524 NPzp, uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 23.01.2023 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) Ulisses Sp. z o.o. SKA zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

Wskazał, że na podstawie wszczętego postępowania, którego przedmiotem jest utrzymanie czystości w obiektach Oddziału ZUS w Rybniku i Inspektoratach oraz na terenach zewnętrznych Zamawiający tj. ZUS Oddział w Rybniku dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty złożonej przez Przystępującego tj. Ulisses Sp. z o.o. SKA. Oferta złożona przez Wykonawcę oferuje cenę brutto za wykonanie niniejszego zamówienia w wysokości 6 562 457,42 zł. Na cenę brutto składają się następujące składniki: 1. netto - 5 775 257,03 zł;

3. VAT 23% i 8% - 787 200,39 zł.

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu nieprawidłowości wynikające z zaniechania odrzucenia w/w oferty oraz zaniechanie zwrócenia się do Wykonawcy o udzielenie wyjaśnień w związku z przypuszczeniem wystąpienia rażąco niskiej ceny. Odwołujący ocenił zasadność i wiarygodność oferty jak stwierdził „na pierwszy rzut oka" Analizując prawidłowo złożone oferty należy bezwzględnie podkreślić że w niniejszym postępowaniu rażąco niska cena nie występuje. Na potwierdzenie tego faktu przystępujący załącza poniżej zestawienie ofert.

Ulisses	6 562 457,42
AGA	8 275 663,51
EZT	8 312 050,96
Praxima	8 941 084,81
Agro - Serwice	8 994 959,11
ERA	10 254 989,25
DGP Clean	10 661 876,32
62 003 081,38	
suma	8 857 583,05
30%	2 657 274,92
rażąco niska cena	6 200 308,14
kwota przeznaczona przez Zamawiającego	9 209 588,70
30%	2 762 876,61
rażąco niska cena	6 446 712,09

Jak wynika z powyższego zestawienia cena zaoferowana przez Przystępującego nie spełnia warunków wynikających z art. 226 ustawy PZP.

Kalkulacja kosztów przedstawiona przez Odwołującego jest niezgodna ze stanem faktycznym i uwzględnia błędne założenia co Przystępujący wykazuje w poniższym zestawieniu:

Odwołujący przyjął do kalkulacji kosztów 35 etatów (str. 5 odwołania) Zamawiający żądał zatrudnienia 42 etatów lato i 43 etaty zima w tym 1 etat koordynatora. Ponadto posłużył się kwotami dofinansowań do wynagrodzeń osób

niepełnosprawnych nie występującymi w aktualnym obrocie prawnym. W tym przypadku do kalkulacji kosztów również przyjął 35 etatów. Już na tym etapie badania zasadności odwołania należy przyjąć, że oferta firmy AGA została skalkulowana nierzetelnie i nie zawiera wszystkich wymagań Zamawiającego dotyczących wymaganego zatrudnienia. Przystępujący do odwołania w załączeniu przedstawia szczegółowe koszty związane z wykonaniem zamówienia. Ponadto podkreśla, że bardzo dobrze zna obiekty zamawiającego ponieważ świadczył usługi w tych obiektach w latach 2019 - 2021.

I. Wyjaśnienia do kalkulacji kosztów dla sprzątania budynków.

Kalkulacja i oszacowanie kosztów zostały oparte na wieloletnim doświadczeniu firmy z uwzględnieniem cen dostawców, posiadanych rabatów i upustów. Koszt wszystkich materiałów niezbędnych do realizacji usługi został oszacowany z uwzględnieniem wzrostu cen w ciągu realizacji usługi na podstawie waloryzacji umowy. Wzięto pod uwagę aktualne na dzień składania oferty dofinansowania do wynagrodzeń osób niepełnosprawnych. Wykonawca posiada doświadczenie w wykonywaniu niniejszej usługi co pozwoliło na rzetelne skalkulowanie wszystkich kosztów.

Do przedmiotowej kalkulacji zastosowano uśrednioną stawkę wynagrodzenia brutto obowiązującą w 2023r. (tj. 01.01. - 30.06.2023 - 3490,00 zł brutto oraz 01.07. - 31.12.2023 -3600,00 zł brutto w pełnym wymiarze czasu pracy) która wynosi 3545,00 zł. brutto. Skierowani do świadczenia usługi pracownicy legitymują się orzeczeniami o stopniu niepełnosprawności. Do wszystkich wynagrodzeń pracowników zatrudnionych do sprzątania wewnątrz budynków wykonawca otrzyma dofinansowanie z PFRON w wysokości 3150,00 zł lub 2100,00 zł. Z uwagi na obowiązujące przepisy ustawy o ochronie danych osobowych pracodawca nie może ujawnić stopnia niepełnosprawności i rodzaju schorzeń pracowników.

Ponadto Wykonawca w celu poprawienia efektywności czasu pracy oraz oszczędności środków chemicznych ma zamiar wprowadzić od 2023r. na stałe technologie sprzątania parą. W tym celu zostały zakupione parownice, których koszt został ujęty w kosztach z tytułu wyposażenia pracowników. Technologia sprzątania parą charakteryzuje się wysoką skutecznością w usuwaniu zabrudzeń bez użycia chemii i ze znacznym ograniczeniem użycia wody oraz oszczędnością czasu pracy i energii. Wykonawca do bieżącej usługi stosuje wysoko skoncentrowaną chemię, która charakteryzuje się bardzo dużą wydajnością. Posiadamy profesjonalny sprzęt do wykonywana prac okresowych i codziennych:

- Wysokiej jakości drobny sprzęt do sprzątania firmy Ecolab charakteryzujący się skutecznością przy wykonywaniu prac porządkowych i odpornością na uszkodzenia.
- odkurzacze dwufunkcyjne - na kurz i wodę,
- wózki dwusystemowe do sprzątania,
- szorowarki jednotarczowe do gruntownego doczyszczania posadzek i schodów - do prac okresowych - HAKO.
- polerki j ednotarczowe - HAKO.
- Rusztowanie 16 mb.
- Wielofunkcyjne urządzenia parowe - KARCHER.
- Wielofunkcyjne urządzenie do prania tapicerki, czyszczenia rolet, ram okiennych itp. -KARCHER.
- Miniładowarki AVANT do świadczenia usług na zewnątrz
- Ciagnik Kubota do świadczenia usług na zewnątrz
- Kosy spalinowe, podkaszarki
- Wielofunkcyjne miniciągniki KUBOTA

Wyżej wymieniony sprzęt jest w posiadaniu Wykonawcy i jest własnością Wykonawcy. Poza miniładowarką i ciągnikami jest przeznaczone na stałe na wyposażeniu obiektów Zamawiającego Sprzęt jest w pełni sprawny i przystosowany do wykonywania bieżącej usługi. W związku z tym wykonawca w kalkulacji kosztów usługi wewnątrz budynku ujął tylko kwotę wynikającą z bieżącej eksploatacji. Wykonawca posiada status zakładu pracy chronionej i w związku z tym koszt zakupu sprzętu na wyposażenie stanowisk pracy osób niepełnosprawnych pokrywa z funduszu ZFRON tworzonego na podstawie odrębnych przepisów (Rozporządzenie Ministra Pracy i Polityki Społecznej z 19.12.2007 r. w sprawie zakładowego funduszu rehabilitacji osób niepełnosprawnych). Szczegółowy katalog kosztów pokrywanych z ZFRON wynika z § 2 niniejszego rozporządzenia:

§ 2. 1. Środki funduszu rehabilitacji przeznacza się na następujące rodzaje wydatków:

1) wyposażenie stanowiska pracy oraz przystosowanie jego otoczenia do potrzeb osób niepełnosprawnych, w szczególności na:

a) zakup, modernizację, remont maszyn i urządzeń,

b) finansowanie robót budowlanych w rozumieniu przepisów Prawa budowlanego, dotyczących obiektów budowlanych ujętych w ewidencji bilansowej zakładu pracy chronionej, zwanego dalej "zakładem", proporcjonalnie do przewidywanej liczby stanowisk pracy osób niepełnosprawnych w tym obiekcie, pod warunkiem utrzymania w nim przewidywanego poziomu zatrudnienia osób niepełnosprawnych przez okres co najmniej trzech lat od dnia odbioru obiektu budowlanego,

c) wyposażenie i dostosowanie pomieszczeń zakładu;

2) finansowanie części kosztów wprowadzania nowoczesnych technologii i prototypowych wzorów oraz programów organizacyjnych proporcjonalnie do liczby zatrudnionych osób niepełnosprawnych w przeliczeniu na pełny wymiar czasu pracy;

3) tworzenie, modernizację, remont, rozbudowę i utrzymanie bazy:

a) rehabilitacyjnej, w szczególności przychodni, gabinetów fizjoterapii,

b) socjalnej, w szczególności internatów, hoteli, stołówek,

c) wypoczynkowej;

4) podstawową i specjalistyczną opiekę medyczną, poradnictwo i usługi rehabilitacyjne;

5) dodatkowe wynagrodzenie pracowników za znajomość i posługiwanie się językiem migowym oraz wynagrodzenie lektorów dla pracowników niewidomych;

6) szkolenia i przekwalifikowanie w celu nabycia lub podnoszenia kwalifikacji zawodowych;

7) dowożenie do pracy i z pracy osób niepełnosprawnych;

8) zakup samochodów wyłącznie do przewozu osób niepełnosprawnych, w szczególności mających trudności w korzystaniu z publicznych środków transportu;

9) organizację turnusów rehabilitacyjnych i usprawniających;

10) działalność sportową, rekreacyjną i turystyczną;

Z tego funduszu pokrywane są również naprawy i zakup elementów dodatkowego wyposażenia oraz ewentualnych szkoleń pracowników. W związku z tym zakup sprzętu i wyposażenia nie stanowi kosztu ze środków obrotowych Wykonawcy tym samym pozwala na uzasadnione obniżenie kosztów usługi wykonywanej wewnątrz budynków.

Dowodem na potwierdzenie powyższych informacji jest załączony do niniejszego pisma aktualny status ZPCHR, przykładowa faktura zakupu sprzętu potwierdzona zaświadczeniem z Urzędu Skarbowego o otrzymanej pomocy de minimis oraz wyciąg z potwierdzający wykaz wydatków z ZFRON zrealizowanych przez Spółkę.

Z uwagi na fakt, że sprzęt przeznaczony na tereny zewnętrzne jest obsługiwany przez pracowników nie posiadających orzeczeń o stopniu niepełnosprawności koszt amortyzacji i eksploatacji tych urządzeń wykonawca ujął w kwocie przeznaczonej na obsługę terenów zewnętrznych.

W załączonej tabeli wykonawca przyjął następujące zasady wyliczeń poszczególnych pozycji kosztowych:

1. Prace na terenach zewnętrznych będą wykonywane w godz. 06.00 do 22.00 i adekwatnie do potrzeb wynikających z warunków atmosferycznych ,ale poza godzinami nocnymi, natomiast godziny pracy w dni świąteczne (jeśli wystąpią to tylko w okresie zimowym) zostaną rozliczone zgodnie z obowiązującym w naszej Spółce Regulaminem - tj. trzymiesięcznym okresem rozliczeniowym z uwzględnieniem przepisów wynikających z art. 1513 KP. W związku z powyższym koszty wynagrodzenia z tyt. zatrudniania w godzinach nocnych i nadliczbowych nie będą występować.

2. Wykonawca dla pracowników zatrudnionych przy sprzątaniu budynku zastosował stawki ZUS z podziałem na wiek 55 lat kobiety i 60 lat mężczyźni. Na podstawie posiadanych danych średnia wartość ZUS wynosi 19,19%.

3. Wykonawca szacuje otrzymać dofinansowanie do wynagrodzeń pracowników niepełnosprawnych w wysokości:

- 3150,00 zł - znaczny st. niepełnosprawności

- 2100,00 zł - umiarkowany st. niepełnosprawności

Orzeczenia o stopniu niepełnosprawności są wydane na stałe lub na okres 3 i 5 lat.

4. Do kalkulacji przyjęto 43 etaty. 0,5 etatu poza okresem zimowym jest dodatkowym etatem na uzupełnienie wynikające z urlopów lub absencji chorobowej.

Wykonawca posiada status Zakładu Pracy Chronionej - od 2000 roku, wykazuje ponad 80% wskaźnik zatrudnienia osób niepełnosprawnych, ma doświadczenie w organizowaniu pracy dla osób niepełnosprawnych. Wykonawca jest zgłoszony do PFRON pod numerem 24Q8128A4 i uzyskuje comiesięczne dofinansowanie do wynagrodzeń na podstawie składanych wniosków Wn-d zgodnie z obowiązującymi przepisami. Zamawiający posiada wiedzę na temat wysokości wskaźnika zatrudnienia osób niepełnosprawnych ponieważ uzyskuje miesięczne informacje INF-U zgodnie z art. 22 ustawy o zatrudnianiu i rehabilitacji osób niepełnosprawnych.

5. W kalkulacji zostały ujęte koszty wynikające z tytułu zakupu artykułów niezbędnych do realizacji niniejszego zamówienia, w ujęciu miesięcznym (np. papier toaletowy, mydło w płynie, ręczniki papierowe, chemia itp) Miesięczny koszt zakupu wymienionych materiałów został oszacowany na kwotę 18.000,00 zł netto. W tym 17.000,00 na materiały bieżące i 1.000,00 (12.000,00 rocznie) zł na materiały do tz. prac okresowych. Zużycie materiałów higienicznych i chemii zostało oszacowane na podstawie danych zawartych w SWZ oraz doświadczeniu z lat świadczenia usługi w obiektach Zamawiającego. Zgodnie z zasadami współpracy z naszymi dostawcami a w szczególności dostawcy materiałów higienicznych i chemii sami dostarczają bezpośrednio dostawy na obiekty co pozwala zaoszczędzić na kosztach transportu, magazynowania i obsługi dostaw przez naszych pracowników. W związku z powyższym wykonawca nie ponosi tych kosztów.

Koszty które poniesie Wykonawca na wykonanie usługi sprzątania w budynkach zostały wyliczone w oparciu o dane za rok 2023 z uwagi na zapisy waloryzacyjne w umowie dotyczące zarówno waloryzacji wynikającej ze wzrostu minimalnego wynagrodzenia a także cen materiałów niezbędnych do realizacji kontraktu. Wykazywanie wzrostu kosztów pracy w poszczególnych latach byłoby nieuzasadnionym zawyżeniem wartości kontraktu, ponieważ na dzień składania oferty ani Wykonawca ani Zamawiający nie posiadają wiedzy o wysokości minimalnego wynagrodzenia w latach od 2024r. i powyżej. Dlatego Wykonawca

mając na uwadze waloryzacje umowy w tym zakresie przyjął wartości znane na dzień składania oferty.

Przewidywalność wykonywanej usługi pozwala na oparcie kalkulacji na stałych kosztach. Koszty wynikające z zatrudnienia pracowników i zużycia materiałów są waloryzowane więc nie będą stanowiły w przyszłości dodatkowego obciążenia finansowego. Wykonawca założył minimalny zysk na poziomie 3073,11 zł ponieważ obiekt Zamawiającego jest dla wykonawcy priorytetowy i taka wysokość zysku jest dla wykonawcy satysfakcjonująca.

Ponadto zgodnie z aktualnie prowadzonymi końcowymi pracami legislacyjnymi dotyczącymi zmiany stawy o rehabilitacji i zatrudnianiu osób niepełnosprawnych Wykonawca zakłada zwiększenie zysku wynikające ze wzrostu dofinansowań do osób niepełnosprawnych o ok. 10.000,00 zł. Jest to dodatkowa kwota mogąca zwiększyć zysk lub stanowić pokrycie na ewentualne nieokreślone koszty.

<u>Wyjaśnienia do kalkulacji kosztów dla sprzątania terenów zewnętrznych</u>.

Koszty wynikające z realizacji usługi terenów zewnętrznych zostały szczegółowo przedstawione w tabeli załączonej do niniejszego pisma.

1. W kalkulacji kosztów wykonawca przewidział zatrudnienie na poziomie 10 etatów. Zamawiający nie określił wymaganej liczby etatów z podziałem na sprzątanie wewnątrz i na zewnątrz obiektów. W związku z tym opierając się danych wynikających z metrażu terenów zewnętrznych wykonawca oszacował zatrudnienie na poziomie: Rybnik Reymonta - 2 etaty, Rybnik Jankowicka - 2,5 etatu, Pszczyna - 1 etat, Racibórz - 1 etatu, Tychy - 1 etat, Wodzisław - 2,5 etatu

W sytuacjach bardzo intensywnych opadów śniegu wykonawca wspomaga się zatrudnianiem firm zewnętrznych. Faktury za usługi wykonywane na obiektach o mniejszym metrażu w załączeniu w załączeniu do niniejszego pisma. (ZUS w Bielsku Białej, ul. Krasińskiego i Traugutta 2298,22 m2; ZUS w Zabrzu ul. Szczęść Boże 3856,54 m2)

2. Wykonawca z uwagi na posiadane doświadczenie założył koszty ryczałtowe wynikające z warunków atmosferycznych. Z ostrożności przewidział wykonanie usług wywozu śniegu, usuwania sopli, odśnieżania dachów 1 raz w miesiącu zimowym. W kalkulacji przyjął szacunkowe ryczałty rozłożone w czasie 12 miesięcy. W kosztach zimowych wykonawca przewidział koszt jaki ponosi na wynajem pomieszczeń w których przechowuje sprzęt do wykonywania usług na terenach zewnętrznych. Pomimo to, że odśnieżanie dachu jest wyodrębnione w arkuszu cenowym i dodatkowo płatne takie rozwiązanie nie jest satysfakcjonujące dla Wykonawcy, ponieważ zatrudnia własnych pracowników na stałe na podstawie umowy o pracę, ponosi stałe comiesięczne koszty wypłaty wynagrodzeń, wynajmu pomieszczeń garażowych itp. W kalkulacji wykazano kwotę średniomiesięczną lato + zima / 2. Zabezpiecza tym samym rzetelność, terminowość i jakość wykonywanej usługi.

3. Ze względu na zapisy waloryzacyjne wynagrodzenia pracowników zatrudnianych na stałe na potrzeby kontraktu są wykazane w wysokości na rok 2023r. Pozostałe koszty z uwagi na brak możliwości ich waloryzacji zostały przyjęte w szacunkowej wysokości na podstawie średnich cen usług, które Wykonawca poniósł na podobnych obiektach w ostatnim okresie czasu. W załączeniu kopie faktur.

4. Zakładając ok 20% wzrost cen usług dodatkowych na przestrzeni 3 lat jednocześnie będzie malał przewidywany zysk na terenach zewnętrznych.

Wykonawca szacując koszty wykonania usługi na terenach zewnętrznych musiał założyć dane szacunkowe w przeciwieństwie do sprzątania budynku, gdzie przewidywalność kosztów nie wynika z np. warunków atmosferycznych. Wykonawca ma świadomość, że koszty usługi na terenach zewnętrznych podlegają waloryzacji tylko w zakresie

wynagrodzenia pracownika i materiałów do realizacji usługi. Na potwierdzenie wiarygodności znajomości obiektów i rzetelności oszacowania kosztów załączył otrzymane referencje.

II. Wyjaśnienia dotyczące braku okoliczności występujących w art.16 ustawy PZP.

Przystępujący przeanalizował poszczególne wartości wpływające na cenę końcową odwołującego i przystępującego. Odwołujący zarzuca wykonawcy Ulisses naruszenia z art. 16 ustawy PZP i manipulację cenową tym samym podział procentowy ceny odwołującego różni się marginalnie (wahania do 2%) od oferty Ulisses. Procentowy udział w cenie został zaznaczony na czerwono.

"AGA"

	wewnątrz	zima	lato			
Reymonta	44041,97	20391,00	19761,30	0,39	0,24	0,23
Jankowicka	21449,53	25651,50	24665,55	0,19	0,30	0,29
Pszczyna	11626,14	4140,50	2969,85	0,10	0,05	0,04
Racibórz	6771,00	8976,24	11645,40	0,06	0,11	0,14
Tychy	12984,50	8778,00	7932,60	0,12	0,10	0,09
Wodzisław Śl	. 15132,08	16422,00	17391,66	0,14	0,19	0,21
suma	112005,22	84359,24	84366,36	1,00	1,00	1,00
cena netto		196364,46	196371,58			
		Ulisses				
	wewnątrz	zima	lato			
Reymonta	23647,76	23740,95	23814,90	0,39	0,24	0,24
Jankowicka	11517,04	29755,74	29725,15	0,19	0,30	0,30
Pszczyna	6223,16	3750,11	3754,20	0,10	0,04	0,04
Racibórz	3623,4	12707,79	12720,36	0,06	0,13	0,13
Tychy	6948,46	9793,74	9783,54	0,12	0,10	0,10
Wodzisław Śl	. 8097,71	20269,44	20245,68	0,13	0,20	0,20

suma 60057,53 100017,77 100043,83 1,00 1,00 1,00

cena netto 160075,30 160075,30

Tym samym zauważył, że Odwołujący zarzucając przystępującemu jakakolwiek manipulację cenową zupełnie nieuzasadnioną jak wykazał przystępujący jednocześnie sam podważa wiarygodność swojej oferty. Mając dodatkowo na uwadze, że posługuje się nieaktualnymi na dzień składania oferty wartościami wynikającym z dofinansowań do wynagrodzeń niepełnosprawnych pracowników i zaniża wysokość etatów należy uznać że jego oferta zawiera rażące błędy tym samym budzi wątpliwość realizacja kontraktu w perspektywie 36 miesięcy.

Analizując powyższe wyjaśnienia jednoznacznie należy zauważyć, że oferta wybrana przez Zamawiającego zawiera wszystkie koszty realizacji usługi, które zostały oszacowanie rzetelnie zgodnie z posiadaną wiedzą, doświadczeniem na wszystkich obiektach, posiadanym specjalistycznym sprzętem. Planowany zysk z realizacji tego kontraktu również Spółkę satysfakcjonuje. Na poparcie wyżej wymienionych argumentów załączam stosowne dowody wynikające z niniejszego pisma. Mając na uwadze wszystkie wyżej przytoczone argumenty należy uznać, że wniesione przez Odwołującego odwołanie jest niezasadne i powinno być oddalone w całości jako bezprzedmiotowe.

W dniu 30.01.2023 r. (e-mailem) Zamawiający wobec wniesienia odwołań do Prezesa KIO wniósł na piśmie, w trybie art. art. 521 NPzp, odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o oddalenie odwołania w całości. Kopia została przekazana Odwołującemu oraz Przystępującemu. W trakcie przeprowadzenia procedury przez Zamawiającego nie naruszono żadnych przepisów, w tym w szczególności nie dokonano naruszenia, które miało lub mogło mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. W treści odwołania nie wykazano by w istocie doszło do naruszenia wskazanych norm prawnych. Nie przedstawiono żadnych dowodów na naruszenie zasad uczciwej konkurencji, wobec czego twierdzenia w tym zakresie uznać należy za gołosłowne, wobec czego nie zachodziły przesłanki do odrzucenia kwestionowanej przez odwołującego oferty. Również zarzuty dotyczące rażąco niskiej ceny nie znajdują oparcia w faktach. Przedstawione na tę okoliczność wyliczenia są oparte na nieprawdziwych i nieprawidłowych założeniach i zawieraj ą błędy matematyczne. Nie wykazano również aby faktycznie w niniejszej sprawie zachodziła konieczność wzywania Przystępującego do złożenia wyjaśnień, ani tym bardziej do odrzucenia jego oferty z powodu rażąco niskiej ceny.

Zarzuty Odwołującego oscylują wokół zagadnienia rażąco niskiej ceny, wskazać w tym miejscu należy, iż w świetle ugruntowanego orzecznictwa i dorobku doktryny ceną

rażąco niską jest cena nierealistyczna, za którą nie jest możliwe wykonanie zamówienia w należyty sposób i która wskazuje na zamiar realizacji zamówienia poniżej kosztów własnych wykonawcy, niepozwalająca na wygenerowanie

przez niego zysku. W orzecznictwie wskazywano, iż o cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. Zamawiający przystępując do oceny złożonych ofert ocenił również rażąco niski „charakter" złożonych ofert. Przepisy ustawy nie określają żadnych przesłanek uzasadniających konieczność wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w powyższym zakresie. Zamawiający kierując się doświadczeniem nabytym przy udzielaniu tego rodzaju zamówień, znajomością cen obowiązujących na rynku, ceną innych ofert złożonych w postępowaniach w innych oddziałach ZUS - a więc kierując się wytycznymi wypracowanymi w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej (wyr. KIO z 29.6.2022 r., KIO 1543/22, Legalis), doszedł do przekonania, iż cena oferowana przez Ulisses sp. z o.o. SKA nie budzi jego wątpliwości, gdyż współpracował już z tym podmiotem, i obecnie podmiot ten świadczy tożsame usługi na rzecz innych Oddziałów ZUS, prawidłowo wywiązując się z przyjętych na siebie obowiązków. Zamawiający ma wiedzę, że firma korzysta z dofinansowania z PFRON-u, posiada własny park maszynowy i zajmuje się sprzedażą profesjonalnych środków czystości co pozwala firmie świadczyć usługę za wskazaną cenę.

Jednocześnie konieczność wezwania do złożenia wyjaśnień w oparciu o ust. 1 komentowanego przepisu nie można rozumieć w ten sposób, że przepis ten powinien być stosowany każdorazowo wobec najkorzystniejszej cenowo (lub kosztowo) oferty przed dokonaniem jej wyboru.

Obowiązek wezwania do złożenia wyjaśnień, zgodnie z intencją ustawodawcy powstaje jedynie w sytuacji gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od:

1) wartości zamówienia powiększonej o należny VAT, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 36 ust. 1 i 2 PZP;

2) średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10 PZP.

Tymczasem żadna z powyższych okoliczności nie miała miejsca w niniejszej sprawie. Analizując zestawienie prawidłowo złożonych ofert stwierdzić należy iż oferowana przez Ulisses sp. z o.o.. SKA cena (6562457,41 zł) jest wyższa zarówno od kwoty stanowiącej 30% wartości zamówienia powiększonej o należny VAT, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 36 ust. 1 i 2 PZP (9209588,72x 30% = 2762876,61 zł; 9209588,72-2762876,61=6446712,09) jak i od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10 PZP. (6562457,41 + 8276363,46 + 8312051,02 + 8949189,87 + 8994959,11 + 10254989,25 +

10661876,32 = 62011886,44; 62011886,44: 7 = 8858840,92; 8858840,92 x 30% =

2657652,28; 8858840,92 - 2657652,28 = 6201188,64)

Brak więc było podstaw do wzywania o wyjaśnienia ceny Ulisses sp. z o.o. SKA mimo sugestii Odwołującego w tym zakresie, szczególnie, iż sugestie dotyczące „inżynierii cenowej" oparte są o oczywiście błędne założenia i wadliwe obliczenia matematyczne. Odnosząc się do przedstawionych w odwołaniu zarzutów i kalkulacji wskazać należy, iż : Po pierwsze Odwołujący przedstawił kalkulację kosztów wynagrodzenia dla 35 pracowników oraz 10 miesięcy świadczenia usługi. Odwołujący założył, że do realizacji przedmiotu zamówienia skieruje odpowiednio: - dla sprzątania wewnątrz - 35 etatów, - dla sprzątania zewnątrz w okresie letnim 6 etatów/ 7 etatów w okresie zimowym - koordynator - 1 etat

Tymczasem Zamawiający w Opisie Przedmiotu Zamówienia nie określił ile osób/etatów wymaga do realizacji poszczególnych czynności tj. sprzątania wewnętrznego i zewnętrznego. Określił natomiast wymagania co do zatrudnienia pracowników zgodnie z Opisem Przedmiotu Zamówienia stanowiącym Załącznik nr 1 do Projektowanych Postanowień Umowy Cz. I Informacje dotyczące wszystkich jednostek ust. 5. Wymagania ogólne dotyczące sposobu realizacji usługi sprzątania pkt 24: „Wykonawca skieruje do realizacji Przedmiotu Umowy minimum 42 pracowników w sezonie letnim i 43 pracowników w sezonie zimowym (w przeliczeniu na pełny etat) zatrudnionych na umowę pracę. W podanej ilości pracowników wliczona jest osoba koordynatora."

Wykonawca może skierować tych samych pracowników zarówno do sprzątania wewnętrznego jak i do sprzątania zewnętrznego.

Po wtóre przedstawione przez Odwołującego wyliczenia miesięcznych kosztów zatrudnienia pracowników w wysokości 149921,38 zł są matematycznie błędne- przyjęte składowe nie dają założonego przez Odwołującego wyniku.

Także wskazana przez Odwołującego kwota obniżenia kosztów personelu w wysokości 84 000,00zł miesięcznie nie jest kwotą prawidłową, gdyż odnosi się wyłącznie do 35 etatów. W rzeczywistości dofinansowanie może być udzielone dla 42/43 etatów, co znacznie zwiększy kwotę obniżenia kosztów. Zamawiający dokonał własnej analizy kosztów zatrudnienia pracowników.

Przy dofinansowaniu z PFRON w wysokości 2400,00zł dla 42 etatów w sezonie letnim i 43 etatów w sezonie zimowym przy założeniu minimalnej płacy w wysokości 3 490,00 zł od marca do czerwca 2023r. i 3600,00zł od lipca 2023 r. do końca umowy łączne koszty zatrudnienia wynoszą 2 910 080,03 zł co w przeliczeniu na miesiąc daje 80 835,56 zł (2 910 080,03 zł : 36 m-cy).

Firma Ulisses Sp. z o.o. SKA złożyła w postępowaniu ofertę na łączną kwotę 6.562.457,41 zł brutto, z czego sprzątanie wewnętrzne i zewnętrzne w okresie letnim i zimowym dają łączną kwotę 6.548.629,36 zł brutto (5 763 258,06 zł netto).

Po przeliczeniu na miesiąc firma będzie świadczyć te usługi za kwotę 160 090,50 zł (5 763 258,06 zł : 36 miesięcy).

Po odjęciu kosztów zatrudnienia firmie pozostaje na realizację, w tym materiały, zysk, koszty administracyjne itd. kwota 79 254,94 zł.

Nawet gdyby dofinansowanie z PFRON na etat wynosiło jedynie 1350,00zł na etat miesięcznie, koszty zatrudnienia wynosiłyby 125 373,06 zł miesięcznie. Po odjęciu kosztów zatrudnienia firmie pozostaje na realizację, w tym materiały, zysk, koszty administracyjne itd. kwota 34 717,44 zł.

Kwota ta nie budzi wątpliwości w ocenie Zamawiającego i znacznie przewyższa kwotę wskazaną przez Odwołującego.

Dalej wskazał iż podana przez Odwołującego, w treści odwołania, cena oferty FU AGA A. K. w przykładzie II - tereny zewnętrzne w okresie letnim, Oddział w Rybniku, ul. Reymonta 2 w wysokości 330.334,20 zł jest nieprawidłowa. Prawidłowa kwota zgodnie ze złożoną ofertą w Formularzu Cenowym wynosi 448.186,28 zł. W związku z tym wskazana przez Odwołującego średnia arytmetyczna również jest nieprawidłowa i powinna wynosić 356.250,64 zł.

Nieprawdziwe jest również stwierdzenie, jakoby firma Ulisses Sp. z o.o. SKA oferowała najdroższe ceny na świadczenie usług wykonania sprzątania terenów zewnętrznych na poszczególnych obiektach, kiedy inny Wykonawca DGP CLEAN PARTNER Sp. z o.o. oferuj ą wyższe ceny na dwóch obiektach w sprzątaniu zewnętrznym w okresie zimowym i jednym obiekcie w okresie letnim, wyższą cenę oferuje również Zakład Usługowy EZT S.A. w jednym obiekcie.

Nadmienił dodatkowo, iż Odwołujący, również wykazał w Formularzu Cenowym przy sprzątaniu wewnętrznym cenę niższą niż sprzątanie zewnętrzne w okresie zimowym. Odwołujący w treści odwołania skupia się wyłącznie na analizie jednej pozycji Formularza cenowego, tymczasem świadczenie usługi w poszczególnych budynkach nie stanowi osobnego zadania w postępowaniu, zamówienie nie było podzielone na części, zatem porównywanie jedynie jednej pozycji z Formularza Cenowego, a nie całej oferty jest niezasadne, gdyż pracownicy Wykonawcy mogą świadczyć usługę na różnych obiektach np. w sytuacji zastępstw chorobowych lub czynności okresowych, a poza tym pracownicy wykonujący sprzątanie wewnętrzne mogą być skierowani do prac na zewnątrz i na odwrót

Ponadto Zamawiający zwraca uwagę, że przywołany w odwołaniu wyrok KIO o sygn. akt KIO 3110/20 nie dotyczy zagadnienia dotyczącego usług sprzątania, powiązanego z tzw. manipulacją cenową. Wyrok o ww. sygnaturze dotyczy zamówienia na „kompleksową usługę

żywienia pacjentów Szpitala Wojewódzkiego im. dr. Ludwika Rydygiera w Suwałkach wraz z dzierżawą kuchni i prowadzeniem bufetu".

Dalej wskazał, iż zarzut, iż Zamawiający nie udzielił odwołującej informacji o podanie przewidzianej przez Zamawiającego ilości etatów dedykowanych na teren wewnętrzny i ilości etatów dedykowanych do usług zewnątrz jest bezpodstawny. Zamawiający wyjaśnia, że Wykonawca przesłał pytanie e-mailem na adres: dnia 20.12.2022r. tj. po otwarciu ofert, które odbyło się w dniu 23.11.2022r. Zamawiający przesłał dnia 21.12.2022r. Odwołującej informację, że zgodnie z zapisem pkt 1.5.5 SWZ, komunikacja między Zamawiającym a Wykonawcami, w tym wszelkie oświadczenia, wnioski, zawiadomienia oraz informacje, przekazywane są elektronicznie za pośrednictwem Platformy zakupowej, w zakładce „Korespondencja". Jednocześnie informując, że pytania do treści SWZ Wykonawca mógł przesłać do Zamawiającego przed upływem terminu składania ofert, zgodnie z zapisem pkt 1.5.21 SWZ. Na końcu wskazać należy iż uwaga Odwołującego co do rozbieżności w podejmowaniu różnych decyzji Oddziałów ZUS Rybnik a Oddziału ZUS Częstochowa jest bezzasadna. Oddział ZUS w Częstochowie nie jest tym samym Zamawiającym co Oddział ZUS w Rybniku zatem postawiony przez Odwołującego zarzut, że Oddział ZUS w Rybniku postąpił inaczej niż prowadzący tożsame postępowanie Oddział ZUS w Częstochowie jest bezpodstawny. Każdy Oddział jest samodzielnym Zamawiającym, posiada własną Komisję Przetargową, która podejmuje własne decyzje zgodnie z przepisami wewnętrznymi.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej po zapoznaniu się z przedstawionymi poniżej dowodami, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron oraz Przystępującego złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 NPzp, a Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes w rozumieniu art. 505 ust. 1 NPzp, uprawniający do jego złożenia.

Skład orzekający Izby, działając zgodnie z art. 542 ust. 1 NPzp, dopuścił w niniejszej sprawie dowody z: dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego w formie elektronicznej, w tym w szczególności postanowień Specyfikacji Warunków Zamówienia zwanej dalej: „SWZ" (pozostałe elementy zaliczone przy odwołaniu) oraz wyboru oferty najkorzystniejszej z 09.01.2023 r.

Dodatkowo, Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego załączone przez Odwołującego do odwołania na okoliczności wskazane w odwołaniu:

1) zestawienie złożonych ofert (Informacja_z_otwarcia_ofert);

2) pismo Wykonawcy z dnia 28 grudnia 2022r.;

3) dokumentacja postępowania, w tym SWZ oraz złożone oferty (SWZ - Usługi utrzymania czystości; Zał. nr 1 do

Umowy - Opis przedmiotu zamówienia; espd-request; Projektowane postanowienia umowy załącznik nr 3 do SWZ.; Zal_Nr_1__-_Formularz_ofertowy ULISSES; Zal_Nr_2_-_Formularz_cenowy DGP; Zal_Nr_2_-_Formularz_cenowy EZT; Zal_Nr_2_-_Formularz_cenowy_Praxima Impel; Zal_Nr_2_-_Formularz_cenowy-AGRO; Zal_Nr_2_-_Formularz_cenowyULISSES; Zal_Nr_10_- oświadczenia-wykonawcy ULISSES;

Formularz_cenowy-zal.2- ERA Novia; Formularz-cenowy-AGA);

4) korespondencja pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcą w sprawie udzielenia informacji (odpowiedź zamawiającego z 17.01.23 r.; wiadomość e-mail do Zamawiającego);

5) informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty;

6) wyliczenia do odwołania - plik w formacie excel.

Nadto, Izba zaliczyła również załączone przez Przystępującego do przystąpienia na okoliczności wskazane w przystąpieniu:

1) Zestawienie szacowanych kosztów realizacji usługi;

2) Wykaz pomocy de minimis oraz dofinansowań do wynagrodzeń os. niepełnosprawnych za ostatnie 3 lata;

3) Faktury zakupu 3 szt. (poglądowe) + zaświadczenie o pomocy de minimis Urząd Skarbowy;

4) Faktury za usługi i materiały na terenach zewnętrznych (poglądowe);

5) Wyciąg z SWZ – ZUS w Bielsku Białej i Zabrzu;

6) Rachunek najmu pomieszczenia garażowego;

7) Decyzja o nadaniu statusu ZPChr;

8) Referencje 3 szt.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę także stanowisko wynikające ze złożonych pism, tj. odwołania, przystąpienia oraz odpowiedzi na odwołanie Zamawiającego, stanowiska i oświadczenia stron oraz Przystępującego złożone ustnie do protokołu.

Odnosząc się generalnie do podniesionych w treści odwołania zarzutów, stwierdzić należy, że odwołanie zasługuje na oddalenie.

Odwołujący sformułował w odwołaniu zarzuty naruszenia przez Zamawiającego:

1) wyborze oferty wykonawcy Ulisses Sp. z o.o. SKA jako najkorzystniejszej - w sposób niezgodny z przepisami ustawy tj.:

a) naruszający zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, wynikające z art. 16 ustawy PZP,

b) naruszający regułę wynikającą z art. 17 ust. 2 ustawy PZP,

2) zaniechaniu odrzucenia oferty Ulisses Sp. z o.o. SKA, pomimo że złożenie oferty tego wykonawcy stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, polegający na przeniesieniu kosztów wykonania usług na terenach wewnętrznych do kosztów wykonania usług na terenach zewnętrznych w celu sztucznego obniżenia wysokości podatku VAT od ceny ofertowej netto, a w konsekwencji do obniżenia wysokości ceny ofertowej łącznej (tzw. inżynieria cenowa, czy manipulacja cenowa), co stanowi naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP,

3) poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Ulisses Sp. z o.o. SKA, pomimo że oferta ta zawiera rażąco niską cenę za realizację przedmiotu zamówienia, co stanowi naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP,

4) poprzez zaniechanie wezwania Ulisses Sp. z o.o. SKA do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych, pomimo, iż oferta Ulisses Sp. z o.o. SKA, obejmuje wartość skrajnie niższą niż wszystkich pozostałych wykonawców, co stanowi naruszenie art. 224 ust. 1 ustawy PZP,

Izba dokonała następujących ustaleń odnośnie do przedmiotowego odwołania:

Izba przywołuje stan faktyczny wynikający z treści odwołania, przystąpienia oraz odpowiedzi na odwołanie. Spór nie dotyczył stanu faktycznego, ale oceny czynności, tj. wyboru jako najkorzystniejszej oferty Przystępującego, jak i zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego jako stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji, tudzież nieodrzucenia oferty Przystępującego wobec zaoferowania ceny rażąco niskiej, ewentualnie zaniechania wezwania do wyjaśnień Przystępującego w wobec zaistnienia w ocenie Odwołującego podejrzenia wystąpienia domniemania ceny rażąco niskiej

w ofercie Przystępującego.

Do pozostałych kwestii Izba odniesie się w ramach poszczególnych zarzutów.

Biorąc pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 552 ust.1 NPzp), oceniając wiarygodność i moc dowodową, po wszechstronnym rozważeniu zebranego materiału (art. 542 ust. 1 NPzp), Izba stwierdziła co następuje.

Odnośnie zarzutu drugiego, Izba uznała w/w zarzut za podlegający oddaleniu.

W ocenie Izby brak jest podstaw do uznania, że mamy do czynienia w okolicznościach niniejszej sprawy z inżynieria cenową tylko i wyłącznie na podstawie tego, że koszt wykonania usług na terenach wewnętrznych jest niższy niż na terenach zewnętrznych. Teza, że koszty zostały celowo i bez żadnej przyczyny przeniesione, czy też są wyższe, tj. koszty wykonania usług na terenach zewnętrznych, gdyż pochodzą z kosztów

wykonania usług na terenach wewnętrznych nie została potwierdzona. Odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów, iż mamy do czynienia z czynem nieuczciwej konkurencji. Niewątpliwe bowiem we wszystkich ofertach złożonych w postępowaniu mamy do czynienia z tendencją tego rodzaju, co Izba przyjmuje za stanowiskiem Zamawiającego (za wyrokiem SO w Warszawie z 25.08.2015 r., sygn. akt: XXIII Ga 1072/15: „Izba ma prawo podzielić zarzuty i wartościową argumentację jednego z uczestników, zgodnie z zasadą swobodnej oceny dowodów, co słusznie zauważył uczestnik w odpowiedzi na skargę."), że koszty wykonania usług na terenach wewnętrznych są niższe niż koszty wykonania usług na terenach zewnętrznych. W ocenie Izby, związane jest to chociażby z tym, iż 3 – letni koszty wykonania usług zewnętrznych, zwłaszcza odśnieżania generują zdecydowanie wyższe koszty i wymagają skalkulowania konieczności ich wykonywania przez okres 3 letnie, czyli ryzyko z tym związane, jak i uwzględnienia, że waloryzacja przewidziana przez Zamawiającego w § 16 projektowanych postanowień umowy nie może przekroczyć 10 % wartości brutto umowy (§ 16 ust. 12 pkt 7).

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Odnośnie zarzutu trzeciego i czwartego, Izba uznała w/w zarzuty za podlegające oddaleniu.

Względem zarzutu zaniechania wezwania do wyjaśnienie na podstawie art. 224 ust. 1 Pzp należy wskazać, że po pierwsze nie zaistniały podstawy do obligatoryjnego wezwania, zaś konieczność wezwania w zakresie ceny rażąco niskiej do wyjaśnień z przesłanki fakultatywnej ma charakter oceny. Odwołujący skupił się w odwołaniu na wykazywaniu przekroczenia przesłanki 30 % względem istotnej części składowej oddzielnie w zakresie kosztów wykonywania usług na terenach wewnętrznych, oddzielnie w zakresie kosztów wykonywania usług na terenach zewnętrznych, a nawet średniej arytmetycznie podatku VAT abstrahując od okoliczności takich, jak fakt, że Zamawiający nie określił ilości etatów wymaganych do realizacji poszczególnych czynności, a jedynie podał minimalną liczbę pracowników których skierują w sezonie letnim i zimowym.

W konsekwencji przedstawione w odwołaniu wyliczenia były niemiarodajne, i jak wskazał Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, czemu nie zaprzeczył na rozprawie Odwołujący w kilku wypadkach błędne.

Jednocześnie, Odwołujący w żaden sposób nie uwzględnił okoliczności, że Przystępujący jest zakładem pracy chronionej (od wielu lat) i uzyskuje z tego tytułu dodatkowo dofinansowanie, co stanowi dość istotną okoliczność różnicującą względem oferty Odwołującego. Jest to bowiem czynnik obniżający koszty o charakterze obiektywnym i nie jest wspólny z Odwołującym. Nadto, ta okoliczność była znana Zamawiającemu.

Jednocześnie na rozprawie Przystępujący podtrzymał swoje stanowisko, tak jak w przystąpieniu, że w zakresie wykonywania usług na terenach wewnętrznych prace będą realizowały osoby niepełnosprawne, w tym w stopniu znacznym, dodając że – wyłącznie. W przystąpieniu wskazywał na dofinansowanie na zakup sprzętu. Na rozprawie wskazywał na dodatkowe dofinansowanie kosztów administracyjnych i transportowych dowozu pracowników. Na wątpliwości Odwołującego czy realizacja takich usług na terenach wewnętrznych wyłącznie przez osoby niepełnosprawne, w tym w stopniu znacznym jest zasadna stwierdził, że chodzi o obiekty administracyjne Zamawiającego, a nie obiekty w zakładzie produkcyjnym (obiekty produkcyjne). Izba wzięła także pod uwagę, w tym zakresie, wzrost dofinansowanie do wynagrodzenia pracowników niepełnosprawnych (w przypadku osób niepełnosprawnych zaliczonych do znacznego stopnia niepełnosprawności - w sumie kwota dofinansowania wynosi 3600 zł; w przypadku osób niepełnosprawnych zaliczonych do umiarkowanego stopnia niepełnosprawności -w sumie kwota dofinansowania wynosi 2250 zł; w przypadku osób niepełnosprawnych zaliczonych do lekkiego stopnia niepełnosprawności - w sumie kwota dofinansowania wynosi 1100 zł).

W zakresie wykonywania usług na terenach zewnętrznych, Przystępujący wskazywał na konieczność wywozu śniegu z terenu Zamawiającego, tak aby nie zalegał na parkingu, czyli brak miejsca do jego składowania na terenie Zamawiającego. Podkreślał także konieczność uwzględnienia korzystania z ewentualnego wsparcia firm zewnętrznych z racji 8 godzinnego dnia pracy, zwłaszcza zimą. Należy także ponownie wskazać, że koszt wykonywania usług na terenach zewnętrznych jest zdecydowanie bardziej kosztotwórczy, a Przystępujący musiał wziąć pod uwagę okres 3 letni realizacji zamówienia i ryzyko z tym związane i maksymalną możliwość waloryzacji do 10 %.

Izba kierował się także ekonomiką procesową i po zapoznaniu się z wyczerpującymi wyjaśnieniami przedstawionymi w przystąpieniu i załączonymi dowodami, dodatkowo pogłębionymi na rozprawie, w tym co do odśnieżania w innych oddziała Zamawiającego, uznając że ewentualne wezwanie jest zbędne. Tym bardziej, że Zamawiający miał wiedze na temat charakteru Przystępującego, jako zakładu pracy chronionej, jak i korzystania z dofinansowania, z racji dotychczasowej realizacji zamówienia na jego rzecz.

W konsekwencji niezasadnym był także zarzut zaniechania odrzucenia przez Zamawiającego oferty Przystępującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

W konsekwencji oddalenia wcześniejszych zarzutów, Izba oddala zarzut pierwsz,

który ma charakter wyników względem poprzednich.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

W tym stanie rzeczy, Izba oddaliła odwołanie na podstawie art. 553 zdanie pierwsze i art. 554 ust. 1 pkt 1 Pzp oraz orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono z uwzględnieniem przywołanych poniżej przepisów, w tym także w oparciu o § 8 ust. 2 zdanie pierwsze rozporządzenia wskazanego poniżej. Jednocześnie, obciążając kosztami Odwołującego.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 557 Pzp oraz art. 575 Pzp, z uwzględnieniem postanowień Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: