Sygn. akt: KIO 897/23

WYROK z dnia 14 kwietnia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Matecka

Protokolant: Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 kwietnia 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 marca 2023 r. przez wykonawcę S4H Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Olsztynie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Sąd Rejonowy w Elblągu

przy udziale wykonawcy: M. G. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Sprzątania i Estetyzacji „Błysk" M. G., zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty złożonej przez wykonawcę M. G. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Sprzątania i Estetyzacji „Błysk" M. G., na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych.

2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez odwołującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika, kwotę 34 zł 00 gr (słownie: trzydzieści cztery złote zero groszy) poniesioną przez odwołującego tytułem opłaty skarbowej od pełnomocnictw oraz kwotę 506 zł 00 gr (słownie: pięćset sześć złotych zero

groszy) poniesioną przez odwołującego tytułem dojazdu na posiedzenie i rozprawę,

2.2. zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 11 640 zł 00 gr (słownie: jedenaście tysięcy sześćset czterdzieści złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez odwołującego.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1710, ze zm.) 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 897/23

Uzasadnienie

Zamawiający Sąd Rejonowy w Elblągu prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „Świadczenie usług utrzymywania czystości w budynku Sądu Okręgowego w Elblągu oraz w budynkach Sądu Rejonowego w Elblągu wraz z utrzymaniem terenów przyległych". Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 7 marca 2023 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych.

I. W dniu 30 marca 2023 r. wykonawca S4H Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Olsztynie wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec:

- czynności wyboru jak najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę M. G. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Sprzątania i Estetyzacji „Błysk" M. G. (dalej jako „wykonawca Błysk" lub przystępujący),

- zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Błysk w sytuacji, gdy oferta tego wykonawcy została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji i zawiera rażąco niską cenę,

- przyjęcia przez zamawiającego, że Zakład Sprzątania i Estetyzacji „Błysk" M. G. przygotował prawidłowe wyjaśnienia w sprawie rażąco niskiej ceny.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1710, ze zm.), dalej jako „ustawa Pzp":

- art. 16 pkt 1 ustawy Pzp, tj. zasady równego traktowania wykonawców oraz

prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób, który

utrudnia uczciwą konkurencję, poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty, która

winna podlegać odrzuceniu;

- art. 17 ust. 2 ustawy Pzp, tj. zasady nakazującej zamawiającemu udzielnie

z amówienia wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami tej ustawy, poprzez wybór oferty wbrew przepisom ustawy;

- art. 223 ust. 1 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp, poprzez bezrefleksyjne przyjęcie wyjaśnień wykonawcy Błysk w sytuacji, gdy doprowadziły one do dokonania zmiany treści oferty;

- art. 224 ust. 6 ustawy Pzp poprzez niezastosowanie, podczas gdy złożone przez wykonawcę Błysk wyjaśnienia w żadnej mierze nie uzasadniają podanej w ofercie ceny, która jest rażąco niska;

- art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Błysk, podczas gdy oferta tego wykonawcy została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji;

- art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Błysk w sytuacji, gdy oferta tego wykonawcy zawiera rażąco niską cenę;

- art. 239 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, poprzez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty, co do której zachodzą podstawy do jej odrzucenia;

- art. 239 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wyboru oferty odwołującej jako oferty najkorzystniejszej, podczas gdy jest ona najkorzystniejsza.

W związku z podniesionymi zarzutami odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i:

- uchylenie skutków prawnych zaskarżonych czynności, poprzez unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz czynności badania i oceny ofert,

- nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty wykonawcy Błysk, odrzucenia oferty wykonawcy Błysk, dokonania ponownego badania i oceny ofert, dokonania wyboru oferty złożonej przez odwołującego jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu.

Uzasadniając podniesione zarzuty odwołujący podniósł m.in.:

Odwołujący wskazał, że w ramach składania wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny wykonawca Błysk przedstawił dwa odmienne zestawy tabel, w których podał różne stawki realizacji usługi. Zauważył, że w formularzu ofertowym w pozycji pozostałe koszty wykonawca Błysk wskazał następujące kwoty: dla budynków położonych przy ul. Płk. Dąbka 21 –

2.414,18 zł i położonych przy ul. Jagiellończyka 5 – 205,30 zł, co łącznie daje kwotę 2.619,48 zł. Tymczasem w wyjaśnieniach wykonawca Błysk podzielił tabelę przedstawiającą miesięczne koszty świadczenia usługi m.in. na: usługi okresowe, koszty środków czystości i koszty ogólnozakładowe, przy czym sam koszt środków czystości określił na 3.700,00 zł. Już sama kwota 3.700,00 zł znacznie przewyższa wskazaną w formularzu ofertowym kwotę 2.619,48 zł. Wyjaśnienia są niezgodne ze złożonym formularzem ofertowym. Zdaniem odwołującego takie działanie sprzeciwia się przede wszystkim przepisowi art. 223 ust. 1 zdanie drugie ustawy Pzp, w którym ustawodawca wyraźnie zakazał dokonywania zmiany oferty. Odwołujący stwierdził, że wyjaśnienia złożone przez wykonawcę Błysk w dniu 22.03.2023 r. i załączone oświadczenie o nienaliczeniu składnika Funduszu Pracy dla 11 z 12 niezbędnych do realizacji osób, stoją w sprzeczności z zaoferowaną stawką za 1 roboczogodzinę (tabela nr 1 formularza ofertowego). W wyjaśnieniach wykonawca podał, że składka na Fundusz Pracy zostanie odprowadzona tylko za 1 osobę zatrudnioną w pełnym wymiarze czasu pracy przez okres realizacji umowy. Łączna wartość składki na Fundusz

Pracy jest wynikiem działania (85,51 x 3 miesiące) + (88,20 x 6 miesięcy) = 785,73 zł, które podzielone przez liczbę roboczogodzin (suma godzin z tabeli 2 i 3 – 950) daje wynik 0,83 zł. Wartość podana w tabeli nr 1 formularza oferty to 0,60. Stanowi to zmianę treści oferty. Zdaniem odwołującego złożenie oferty przez wykonawcę Błysk wypełnia znamiona czynu nieuczciwej konkurencji, o którym mowa w art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz art. 15 ust. 1 pkt 1 tej ustawy. W opinii odwołującego wykonawca Błysk świadomie zaniżył wartość usługi kompleksowego sprzątania (poniżej kosztów wykonania usługi), co stanowi metodę zmierzającą do zdobycia przewagi konkurencyjnej nad pozostałymi oferentami. Odwołujący wskazał, że dotychczasowe wynagrodzenie wykonawcy wynosi 42 494,25 zł brutto miesięcznie. Zdaniem odwołującego nie jest możliwe wykonanie tej samej usługi w 2023 r. za cenę niższą niż w 2022 r., zważywszy że 70% kosztów usługi stanowią koszty osobowe. Złożona oferta jest niższa o 14% r/r wobec wzrostu wynagrodzenia minimalnego o 19,6% oraz inflacji, której opublikowany przez Prezesa GUS wskaźnik zmiany cen towarów i usług w 2022 roku wynosił 14,4%. Odwołujący podniósł, że wyjaśnienia złożone przez wykonawcę Błysk są wewnętrznie sprzeczne - koszty pracy nie odpowiadają rzeczywistym, a sumowanie jest błędne. Z wyjaśnień wynika, że wykonawca Błysk nie uwzględnił urlopów wypoczynkowych pracowników. Wysokość dofinansowania wykazana w wyjaśnieniach (wysokość dofinansowania - 8775,00/6,5 etatu = 1350,00) wskazuje, iż wykonawca Błysk przyjął, że wszyscy pracownicy zatrudnieni przy realizacji zamówienia będą osobami niepełnosprawnymi w stopniu umiarkowanym. Brak jest jednak jakiegokolwiek dowodu wskazującego, że wykonawca jest w stanie zatrudnić 12 osób z takimi waśnie

orzeczeniami o niepełnosprawności. Nie uwzględniono dodatkowego urlopu wypoczynkowego, który przysługuje osobom zaliczonym do znacznego lub umiarkowanego stopnia niepełnosprawności. Zdaniem odwołującego należy uwzględnić również absencje chorobowe pracowników, które osobom ze zdiagnozowanymi schorzeniami przytrafiają się częściej. Odwołujący stwierdził, że wykonawca Błysk nie uwzględnił w kalkulacji pozycji mycie fasad szklanych oraz lameli techniką alpinistyczną - 2 razy w roku. Odwołujący wskazał, że zgodnie z orzecznictwem Izby wyjaśnienia dotyczące wyliczenia ceny powinny być jasne, konkretne i spójne. Wykonawca powinien wskazać wszystkie okoliczności, które stanowiły podstawę dokonanej wyceny. Wyjaśnienia powinny być udzielone w taki sposób, aby przekonać zamawiającego, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska. Zdaniem odwołującego wyjaśnienia wykonawcy Błysk nie czynią zadość tym wymaganiom. Nie może być mowy o kompleksowym przygotowaniu informacji ani o dowodach na ich poparcie. Odwołujący podniósł, że wykonawca Błysk nie powołał się na żadne kalkulacje kosztów usługi, uwzględniające koszty zakupu, serwisu i amortyzacji sprzętu, koszty materiałów higienicznych, koszty mycia fasad i lameli metodą alpinistyczną oraz koszty pracowników

przeznaczonych do wykonania usług. Na potwierdzenie kosztów usługi alpinistyczne mycie okien odwołujący przedstawił fakturę vat wystawioną dla zamawiającego na kwotę 3075 zł.

II. Pismem wniesionym w dniu 6 kwietnia 2023 r. zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie. Zamawiający uznał zarzuty odwołania za niezasadne i wniósł o jego oddalenie.

Zamawiający wskazał że, skorygowane wyjaśnienia ceny przedstawione przez wykonawcę Błysk są zbieżne z wartościami usług w okresach miesięcznych przedstawionych w ofercie. Nieprawidłowości w wyliczeniach w ramach wyjaśnień skutkowały koniecznością kilkukrotnego wystosowania przez zamawiającego wezwania w trybie art. 224 ustawy Pzp. Zauważył, że był uprawniony do poprawienia oczywistej omyłki rachunkowej polegającej na prawidłowym przemnożeniu liczby roboczogodzin przez stawkę netto za godzinę, co po korekcie dało wartość 25.634,71 zł miesięcznie. Konsekwencją tego było dokonanie poprawki wartość sumarycznych za okres 9 miesięcy. Zdaniem zamawiającego koszty zatrudnienia pracowników określone zostały w sposób prawidłowy, natomiast co do pozostałych kosztów, wykonawca Błysk miał możliwość realnego ich skalkulowania i ich oceny z uwagi na świadczenie usługi sprzątania u zamawiającego w okresie od 1 kwietnia 2022r. do 31 marca 2023r. Wykonawca Błysk w kolumnie 6 wykazał koszty ogólnozakładowe oraz zysk w pierwszych 3 miesiącach świadczenia usługi na poziomie 6380 zł miesięcznie, a w kolejnym okresie na poziomie 6500 zł miesięcznie. Zamawiający przyjmuje, że w tych wartościach zwiera się nie tylko wskazany koszt, ale również zysk wykonawcy. Zamawiający przyjmuje, że w ramach miesięcznej kwoty 2619,48 zł netto wykonawca jest w stanie wyposażyć pracowników i obsługiwane budynki w wymagane środki czystości. Wykonawca Błysk otrzymuje dofinansowanie do wynagrodzenia PFRON pomniejszające koszty płac oraz płaci obniżoną składkę ZUS – pozycje te zostały w wyjaśnieniach odjęte od kosztów ponoszonych przez wykonawcę. Zdaniem zamawiającego logiczne zatem jest, że mogły one pomniejszać nie koszty osobowe, ale pozostałe koszty ujęte w ofercie, co uzasadniało wskazanie wartości 2414,18 zł. Zamawiającym oświadczył, że w ramach poprzedniego zamówienia ilość wymaganych zasobów kadrowych była większa o 2 etaty. Obecnie zaoferowana stawka jest o ponad 1500 zł wyższa od tej zaoferowanej w poprzednim postępowaniu. W zakresie kosztów pracowniczych oferta odwołującego i wykonawcy Błysk różnią się o 2,63 zł netto za godzinę, co w skali miesiąca daje nieznaczną różnicę w kwocie 2306,51 zł. Stawka wykonawcy Błysk jest wyższa od minimalnej wartości stawki godzinowej, przyjąć zatem można, że różnica przeznaczona jest na zwolnienia, świadczenia urlopowe itp. Istotna różnica występuje w pozycji pozostałe koszty, oferta odwołującego to 9853 zł netto miesięcznie, zaś wykonawcy Błysk - 2414,18 zł miesięcznie. Zamawiający zauważył, że odwołujący posiada siedzibę w mieście oddalonym o ponad 1100 km od miejsca świadczenia usługi, co musi generować

zwiększone koszty. Stwierdził, że znacznie przeszacował wartość tej usługi. Zwrócił uwagę, że w przypadku braku dofinansowania PFRON oraz braku zastosowania obniżonych składek pracodawcy na Fundusz Pracy, miesięczne wynagrodzenie wykonawcy Błysk wynosiłoby w okresie od kwietnia do czerwca 2023 r. - 38.967,65 zł netto , a od lipca do grudnia 2023 r. – 39.950,87 zł netto, średnio 39.623.13 zł za okres 9 miesięcy. Oferta odwołującego opiewa na 41.858 zł netto miesięcznie, różnica między tymi ofertami wynosi zatem w zaokrągleniu 4,5%.

III. Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca M. G. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Sprzątania i Estetyzacji „Błysk” M. G. .

W ramach stanowiska przedstawionego na rozprawie przystępujący stwierdził, że dysponuje osobami niepełnosprawnymi na poczet realizacji zamówienia A kwota dotacji z PFRON wynosi 2600 zł na etat.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, że w toku czynności badania ofert zamawiający trzykrotnie wzywał wykonawcę Błysk do udzielenia wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny. W dniu 17 marca 2023 r. zamawiający wezwał przystępującego do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych. W odpowiedzi na to wezwanie przystępujący przedstawił wyjaśnienia w formie dwóch tabeli - jednej dotyczącej miesięcznego kosztu usługi w okresie kwiecień do czerwiec 2023 r., a drugiej dotyczącej miesięcznego kosztu usługi w okresie lipiec do grudzień 2023 r. Wraz z wyjaśnieniami przystępujący nie przedstawił żadnych dowodów. Drugie wezwanie zamawiający wystosował za pismem z dnia 21 marca 2023 r. W wezwaniu tym zamawiający wskazał, że w kolumnie 5 w obydwu tabelach podana wartość nie stanowi iloczynu wynagrodzenia brutto dla pracownika i obowiązującej stawki ZUS. W odpowiedzi na to wezwanie przystępujący wyjaśnił, że część pracowników zatrudnionych będzie w niepełnym wymiarze czasu pracy i nie osiągnie minimalnego wynagrodzenia. W związku z tym nie będzie obowiązku opłacania w tym zakresie składki na Fundusz Pracy. Ponadto przystępujący przekazał uzupełnione tabele. Trzecie wezwanie zamawiający wystosował w dniu 22 marca 2023 r. W wezwaniu tym zamawiający wskazał: „W przedstawionych wyjaśnieniach suma kolumn 4 do 8 pomniejszona o wartość kol. 9 i kol. 10

po przemnożeniu dla okresu 3 miesięcy jest wyższa niż przedstawiona w wyjaśnieniu, pomyłka w obliczeniach skutkuje błędem w obliczeniu wartości całej oferty. Sąd Rejonowy w Elblągu zwraca również uwagę, że udzielone wyjaśnienia znacząco odbiegają od wartości podanych w kalkulacji do

oferty." Odpowiedzi na to wezwanie przystępujący udzielił tego samego dnia przedstawiając poprawione wyliczenia.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera ona rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zgodnie z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu. Zgodnie z art. 224 ust. 5 ustawy Pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.

Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Izby wyjaśnienia wykonawcy dotyczące wyliczenia ceny składane w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego powinny być konkretne i wyczerpujące, a także poparte dowodami. Wykonawca powinien przekazać zamawiającemu wszelkie niezbędne informacje pozwalające na dokonanie oceny czy zaoferowana cena nie jest rażąco niska. Skład orzekający Izby podzielił stanowisko odwołującego, że wyjaśnienia przedstawione przez przystępującego nie spełniają tych wymagań. W odpowiedzi na wezwanie zamawiającego przystępujący przedstawił wyłącznie ogólne wyliczenia w formie dwóch tabel. Wyliczenia te zostały zmodyfikowane w toku przedstawiania wyjaśnień. Zakres dowodów, jakie powinien przedstawić wykonawca wraz z wyjaśnieniami ceny, zależy od konkretnych okoliczności sprawy, w szczególności przedmiotu zamówienia na które prowadzone jest postępowanie. Z pewnością jednak obowiązkowi udowodnienia podlegają szczególne okoliczności mające wpływ na dokonaną kalkulację ceny. Za taką okoliczność należy uznać zatrudnienie do realizacji zamówienia wyłącznie pracowników z niepełnosprawnością. Należy zgodzić się z odwołującym, że przystępujący powinien był udowodnić, że faktycznie dysponuje ww. osobami na potrzeby realizacji zamówienia. Odwołując się do danych zawartych w tabelach przedstawionych przez przystępującego należy zauważyć, że kwota dofinansowania do wynagrodzenia PFRON pomniejszająca koszty płac wynosi 8 775,00 zł (w obydwu tabelach), podczas gdy koszty ogólnozakładowe plus zysk wynoszą w przypadku pierwszych 3 miesięcy – 6 380,00 zł, a w przypadku kolejnych 6 miesięcy 6 500,00 zł. Kwota zakładanego zysku nie jest znana, gdyż nie została podana przez przystępującego. Jednakże należy zauważyć, że nieudowodnione kwoty dofinansowania PFRON przewyższają kwoty podane jako koszty ogólnozakładowe plus zysk. Zakładając zatem, wobec braku dowodów, że przystępujący nie dysponuje na potrzeby realizacji zamówienia osobami z niepełnosprawnością, realizacja zamówienia nie pozwoli mu na osiągnięcie zysku. Wyjaśnienia przystępującego nie są również wystarczająco konkretne. Przystępujący podał tylko ogólne kwoty kosztów. Jak słusznie zauważył odwołujący, brak jest kalkulacji kosztów zakupu, serwisu i amortyzacji sprzętu, kosztów materiałów higienicznych,

jak i kosztów mycia fasad i lameli metodą alpinistyczną. Nie jest wiadome pod którą pozycją została uwzględniona usługa mycia fasad i lameli metodą alpinistyczną. Nie ma podstaw do przyjęcia, że usługa ta została wyceniona w ramach pozycji usługi okresowe, skoro przystępujący nie przedstawił w tym zakresie żadnych dowodów, a nawet wyjaśnień co się kryje pod tą pozycją. Jedyny dowód w tym zakresie został przedstawiony przez odwołującego (faktura VAT na kwotę 3075 zł za usługę alpinistycznego mycia okien), który nie został zakwestionowany przez zamawiającego ani przystępującego. Z wyjaśnień przystępującego nie wynika również, aby w ramach kalkulacji ceny zostały uwzględnione zastępstwa w związku z absencją chorobową oraz urlopami pracowników, w tym dodatkowymi urlopami wypoczynkowymi przysługującymi osobom zaliczonym do znacznego lub umiarkowanego stopnia niepełnosprawności. Należy zauważyć, że przedstawione wyjaśnienia częściowo nie odpowiadają treści formularza ofertowego. W formularzu tym jako pozostały koszty (miesięcznie) wskazano w przypadku lokalizacji ulica Płk. Dąbka 21 kwotę 2.414,18 zł netto, a w przypadku lokalizacji Pl. Jagiellończyka 5 kwotę 205,30 zł netto. W wyjaśnieniach przystępującego kalkulacja tej pozycji w ogóle nie została przedstawiona, co samo w sobie dyskwalifikuje te wyjaśnienia. Wymaga jednak zauważenia, że już sam koszt środków czystości (3.700 zł netto miesięcznie) podany w ramach wyjaśnień ceny przekracza łączną wartość pozostałych kosztów z formularza ofertowego. Odnosząc się do twierdzenia zamawiającego, że logiczne jest, iż dofinansowanie PFRON oraz obniżona składka ZUS pomniejszają nie koszty osobowe, ale pozostałe koszty ujęte w ofercie, co uzasadniało wskazanie wartości 2414,18 zł – w ocenie składu orzekającego Izby należy za logiczny uznać wniosek przeciwny, tj. że z ww. tytułu powinno nastąpić pomniejszenie kosztów osobowych. Nie sposób dokonać jakiejkolwiek weryfikacji kalkulacji ceny przystępującego, skoro nie jest wiadome co dokładnie i w jakiej wysokości kryje się pod poszczególnymi pozycjami w tabelach, takimi jak: koszt środków czystości, usługi okresowe czy koszty ogólnozakładowe plus zysk. Ponadto, jak wynika z wyliczeń przedstawionych przez odwołującego łączna wartość składki na Fundusz Pracy wynikająca z wyjaśnień przystępującego wynosi 83 grosze, podczas gdy w formularzu ofertowym została podana stawka wynosząca 60 groszy. Wyliczenia odwołującego nie zostały zakwestionowane przez przystępującego. Trzeba zauważyć, że sam zamawiający w treści ostatniego wezwania wskazał: „Sąd Rejonowy w Elblągu zwraca również uwagę, że udzielone wyjaśnienia znacząco odbiegają od wartości podanych w kalkulacji do oferty".

Mając na uwadze powyższe, należy stwierdzić, że przystępujący przedstawił wyjaśnienia bardzo mało konkretne, niepełne i niepoparte dowodami. Wyjaśnienia podlegały uzupełnieniom oraz modyfikacjom w toku ich składania. Na podstawie wyjaśnień przystępującego nie można dokonać oceny czy zaoferowana przez przystępującego cena nie

jest rażąco niska. Potwierdza to również treść odpowiedzi na odwołanie, gdzie zamawiający – wobec braku precyzyjnych informacji od przystępującego - zmuszony jest przyjmować różne założenia co do kalkulacji ceny tego wykonawcy. Wymaga podkreślenia, że nie jest dopuszczalne powoływanie się w tym zakresie przez zamawiającego na doświadczenie współpracy z wykonawcą, gdyż oznaczałoby to sprzeczność z zasadą zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Wszystkie niezbędne informacje do dokonania oceny kalkulacji ceny powinny być przedstawione w wyjaśnieniach wykonawcy. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Izby udzielenie wyjaśnień, które nie są konkretne, wyczerpujące i rzetelne, oznacza że wykonawca nie udzielił wyjaśnień uzasadniających podaną w ofercie

cenę, co stanowi podstawę odrzucenia oferty zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp. Zgodnie z art. 537 pkt 1 ustawy Pzp ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego. W toku postępowania odwoławczego przystępujący w zasadzie nie przedstawił żadnego stanowiska, jak również nie zakwestionował twierdzeń odwołującego przedstawionych w odwołaniu. Mając na uwadze powyższe, Izba stwierdziła, że zamawiający naruszył wyżej wymienione przepisy nie odrzucając oferty przystępującego.

Izba nie stwierdziła natomiast, aby zamawiający naruszył przepisy art. 223 ust. 1 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp, poprzez bezrefleksyjne przyjęcie wyjaśnień wykonawcy Błysk w sytuacji, gdy doprowadziły one do dokonania zmiany treści oferty oraz art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Błysk, podczas gdy oferta tego wykonawcy została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji. Nie można podzielić poglądu odwołującego, że w ramach składanych przez przystępującego wyjaśnień doszło do zmiany treści oferty. Okoliczność, że wyjaśnienia ceny częściowo nie korespondują z treścią formularza ofertowego nie oznacza, że doszło do zmiany treści oferty – zawarte w ofercie ceny nie uległy bowiem zmianie. Świadczy to natomiast o tym, że wyjaśnienia nie są rzetelne, kompletne i wystarczająco konkretne. Ponadto, odwołujący nie wykazał zaistnienia podstawy do odrzucenia oferty, o której mowa w art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Wymaga zauważenia, że aby można było stwierdzić zaistnienie czynu nieuczciwej konkurencji, o którym mowa w art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, konieczne jest wykazanie, że sprzedaż towaru lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia dokonywana jest w celu eliminacji innych przedsiębiorców, co w niniejszej sprawie nie miało miejsca - działanie przystępującego z wyżej wymienionym celem nie zostało przez odwołującego udowodnione. Natomiast powoływanie się na klauzulę generalną z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji może mieć miejsce wtedy, gdy danego czynu nie da się przyporządkować żadnemu ze szczegółowych przepisów tejże ustawy.

Natomiast nie może to mieć miejsca w sytuacji niesprostania obowiązkowi wykazania wszystkich przesłanek składających się na konkretne czyny nieuczciwej konkurencji uregulowane w dalszych przepisach wyżej wymienionej ustawy. Niemniej jednak, Izba uznała, że odwołanie podlega uwzględnieniu w całości. Przedstawione przez odwołującego uzasadnienie odwoływało się do tych samych okoliczności faktycznych związanych ze złożeniem wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny przez przystępującego, a jedynie częściowo odwołujący dokonał błędnej kwalifikacji prawnej.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba orzekła, jak w punkcie pierwszym sentencji, na podstawie art. 553 oraz art. 554 ust. 1 pkt 1 oraz ust. 3 pkt 1 lit. a) i b) ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557, 574 i 575 ustawy Pzp oraz § 7 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: ….……...