

WYROK

Warszawa, dnia 31 października 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Marek Bienias**

Protokolant: **Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 września 2024 r. przez wykonawcę **HEMAG H. GUZIAK SPÓŁKA JAWNA z siedzibą w Krakowie**, w postępowaniu prowadzonym przez **Agencję Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa Małopolski Oddział Regionalny ARiMR w Krakowie**,

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę **HEMAG H. GUZIAK SPÓŁKA JAWNA z siedzibą w Krakowie** i

2.1. Zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **HEMAG H. GUZIAK SPÓŁKA JAWNA z siedzibą w Krakowie**, tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez Odwołującego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika, kwotę 169 zł stanowiącą koszty związane z dojazdem pełnomocnika Odwołującego na rozprawę oraz kwotę 17 zł stanowiącą opłatę skarbową od udzielonego pełnomocnictwa.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 3547/24

Uzasadnienie

Zamawiający – Agencja Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa Małopolski Oddział Regionalny ARiMR w Krakowie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, pn.: „Usługa stałego sprzątania pomieszczeń biurowych siedziby Małopolskiego Oddziału Regionalnego ARiMR i podległych Biur Powiatowych zlokalizowanych na terenie województwa małopolskiego oraz całoroczne utrzymanie czystości i sprzątanie terenów zewnętrznych wokół wybranych placówek ARiMR w województwie małopolskim (Numer referencyjny: BOR06.2610.01.2024).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 26 czerwca 2024 r. pod numerem 378419-2024.

W dniu 30 września 2024 r. wykonawca **HEMAG H. GUZIAK SPÓŁKA JAWNA z siedzibą w Krakowie** wniósł odwołanie wobec czynności i zaniechań Zamawiającego, zarzucając Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 226 ust. 1 pkt 8) ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia ofert złożonych przez:

1) KFK Serwis Sp. z o. o. ul. Wrocławska 118, 55-002 Kamieniec Wrocławski dalej „KFK”

2) Götz-Gebäudeservice Sp. z o.o. , ul. Zwycięska 20A/102, 53-033 Wrocław dalej „Götz” pomimo że oferty te zawierają rażąco niską cenę za realizację usług sprzątania wewnątrz, ewentualnie

2. art. 224 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez

a) zaniechanie wezwania wykonawcy Götz do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny za realizację usług sprzątania

b) niewystarczające zbadanie wyjaśnień wykonawców w zakresie rażąco niskiej ceny i uznanie tych wyjaśnień za wystarczające oraz dowodzące, że ceny przez nich zaoferowane nie są niskie w sytuacji, gdy wyjaśnienia te były pobieżne, gołosłowne i niepoparte żadnymi dowodami a tym samym nie pozwalały Zamawiającemu uznać, że ceny zaoferowane przez ww. Wykonawców nie są rażąco niskie

3. art. 226 ust. 1 pkt 7) ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez jego niezastosowanie i nieodrzuceni ofert wykonawców KFK i Götz pomimo, że złożenie oferty przez tych wykonawców 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,

4. art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b) ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia wykonawcy niespełniającego warunków udziału w postępowaniu i zaniechanie wnikliwego badania przedłożonych podmiotowych środków dowodowych w postaci uzupełnionego na wezwanie wykazu usług i referencji

5. art. 16 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców oraz udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy.

Opierając się na przedstawionych zarzutach Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1.unieważnienie czynności wyboru oferty KFK;

2.nakazanie Zamawiającemu odrzucenia ofert KFK i Götz, jako zawierających rażąco niską cenę, ewentualnie, w przypadku nieuwzględnienia zarzutu zaniechania odrzucenia ofert KFK i Götz nakazanie Zamawiającemu wezwania wykonawcy Götz do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów dotyczących wyliczenia ceny za realizację usług sprzątania, bowiem wzywanie ponowne KFK już wezwanego do wyjaśnień jest bezpodstawne;

3.nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownej oceny ofert i wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej;

4.zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego.

W wyniku wniesionego odwołania przez wykonawcę HEMAG H. GUZIAK SPÓŁKA JAWNA z siedzibą ~~Krakowie~~, Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 8 października 2024 r. (pismo z dnia 8 października 2024 r.) wnosił o oddalenie odwołania w całości.

Stan prawny ustalony przez Izbę:

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 8) ustawy PZP, Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Zgodnie z art. 224 ust. 1 ustawy PZP, Jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 7) ustawy PZP, Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b) ustawy PZP, Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu.

Zgodnie z art. 16 pkt 1 ustawy PZP, Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

Krajowa Izba Odwoławcza – po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, po zapoznaniu się ze stanowiskami przedstawionymi w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, konfrontując je z zebrany w sprawie materiałem procesowym, w tym z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz po wysłuchaniu oświadczeń i stanowisk stron, złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy – ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający stwierdził, że odwołanie dotyczy materii określonej w art. 513 ustawy PZP i podlega rozpoznaniu zgodnie z art. 517 ustawy PZP. Izba stwierdziła również, że nie została wypełniona żadna z przesłanek określonych w art. 528 ustawy PZP, których stwierdzenie skutkowałoby odrzuceniem odwołania i odstąpieniem od badania meritum sprawy. Ponadto w ocenie składu orzekającego Odwołujący wykazał, że posiada legitymację materialną do wniesienia środka zaskarżenia zgodnie z przesłankami art. 505 ust. 1 ustawy PZP, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy PZP może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

Skład orzekający dokonał oceny stanu faktycznego ustalonego w sprawie mając na uwadze art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP, który stanowi, że Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Izba – uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy przedłożony przez strony, po dokonaniu ustaleń poczynionych na podstawie dokumentacji postępowania, biorąc pod uwagę zakres sprawy zakreślony przez okoliczności podniesione w odwołaniu oraz stanowiska złożone pisemnie i ustnie do protokołu – stwierdziła, że sformułowane przez Odwołującego zarzuty nie znajdują oparcie w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba zważyła, że zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 8) ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia ofert złożonych przez KFK Serwis Sp. z o. o. ul. Wrocławska 118, 55-002 Kamieniec

Wrocławski oraz Götz-Gebäudeservice Sp. z o.o., ul. Zwycięska 20A/102, 53-033 Wrocław, pomimo że oferty te zawierają rażąco niską cenę za realizację usług sprzątania wewnątrz, jest w ocenie Izby niezasadny.

Izba zważa, iż zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 8) ustawy PZP, Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Na wstępie wskazania wymaga, że zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem Izby za cenę rażąco niską uznaje się cenę poniżej kosztów własnych wykonawcy, niepozwalającą na wypracowanie zysku. Jest to cena oderwana od realiów rynkowych i nierzeczywista. Jeśli możliwe jest wykazanie, że za cenę wskazaną w ofercie wykonawca nie będzie w stanie należycie wykonać zamówienia, to znaczy że mamy do czynienia z ceną rażąco niską.

Nie bez znaczenia, w ocenie Izby, pozostaje również fakt na powołanie się przez wykonawcę KFK Serwis Sp. z o.o. w złożonych wyjaśnieniach na posiadane doświadczenie, o czym świadczą słowa: „Dodatkowo spółka KFK Serwis realizuje zamówienie w ARiMR Rzeszów i oraz oddziałach na terenie jego działania od maja 2024”. Należy zauważyć, że zdobyte doświadczenie, ma takie znaczenie, że Wykonawca wykorzystując nabytą wiedzę potrafi wyszacować faktyczne koszty wykonania zamówienia.

Izba zważa, iż wykonawca KFK Serwis Sp. z o.o. zaoferowała cenę brutto za sprzątanie m² powierzchni za miesiąc (lokale biurowe) w wysokości 6 zł/m² oraz cenę brutto za sprzątanie całości powierzchni za jeden miesiąc w wysokości 87 996 zł; cenę brutto za sprzątanie m² powierzchni za miesiąc (teren zewnętrzny) w wysokości 10 zł/m² oraz cenę brutto za sprzątanie całości powierzchni za jeden miesiąc w wysokości 53 770 zł, co daje łącznie cenę miesięczną (brutto) za sprzątanie lokali i terenów zewnętrznych: 141 766 zł.

Z kolei w przypadku firmy Götz-Gebäudeservice Sp. z o.o. zaoferowała ona cenę brutto za sprzątanie m² powierzchni za miesiąc (lokale biurowe) w wysokości 7,50 zł/m² oraz cenę brutto za sprzątanie całości powierzchni za jeden miesiąc w wysokości 109 995,00 zł; cenę brutto za sprzątanie m² powierzchni za miesiąc (teren zewnętrzny) w wysokości 5,96 zł/m² oraz cenę brutto za sprzątanie całości powierzchni za jeden miesiąc w wysokości 32 046,92 zł, co daje łącznie cenę miesięczną (brutto) za sprzątanie lokali i terenów zewnętrznych: 142.041,92 zł.

Natomiast Odwołujący zaoferował cenę brutto za sprzątanie m² powierzchni za miesiąc (lokale biurowe) w wysokości 9,40 zł/m² oraz cenę brutto za sprzątanie całości powierzchni za jeden miesiąc w wysokości 137 860,40 zł; cenę brutto za sprzątanie m² powierzchni za miesiąc (teren zewnętrzny) w wysokości 3,60 zł/m² oraz cenę brutto za sprzątanie całości powierzchni za jeden miesiąc w wysokości 19 357,20 zł, co daje łącznie cenę miesięczną (brutto) za sprzątanie lokali i terenów zewnętrznych: 157 217,60 zł.

Izba chciałaby w tym miejscu podkreślić, że rozpoznając zarzuty odwołania Izba dokonała analizy wyłącznie treści wyjaśnień rażąco niskiej ceny i dowodów złożonych na wezwanie Zamawiającego, które było wystosowane wyłącznie w stosunku do wykonawcy KFK Serwis Sp. z o.o.

Izba zważa, iż w niniejszej sprawie Zamawiający nie wyzwał wykonawcy Götz-Gebäudeservice Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień odnośnie zaoferowanej ceny, tym samym zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Götz-Gebäudeservice Sp. z o.o. jako zawierającej rażąco niską cenę, jest w ocenie Izby zarzutem przedwczesnym, na co również zwrócił uwagę Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie. Należy bowiem zauważyć, że Zamawiający nie może odrzucić oferty wykonawcy na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP, nie wyczerpując wcześniej procedury wynikającej z przepisu art. 224 ust. 1 -2 ustawy PZP.

Poza tym, w ocenie Izby, Odwołujący nie wykazał, tj. nie udowodnił, że wezwanie w zakresie rażąco niskiej ceny w stosunku do wykonawcy Götz-Gebäudeservice Sp. z o.o. byłoby w przedmiotowej sprawie konieczne. Jednocześnie Izba nie zgadza się z Odwołującym, który stwierdził na rozprawie, iż zarzut rażąco niskiej ceny nie dotyczy wykonawcy Götz-Gebäudeservice Sp. z o.o., lecz wyłącznie zarzut dotyczący art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP. W ocenie Izby przeczy temu postawiony zarzut przez Odwołującego w postaci naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP, który wyraźnie odnosi się do wykonawcy KFK Serwis Sp. z o.o. oraz wykonawcy Götz-Gebäudeservice Sp. z o.o., które to oferty zdaniem Odwołującego „zawierają rażąco niską cenę za realizację usług sprzątania wewnątrz”.

Izba zważa, iż Zamawiający w dniu 16 września 2024 r. na podstawie art. 224 ust. 1 i ust. 2 pkt 1 ustawy PZP wezwał wykonawcę KFK Serwis Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień w zakresie istotnych części składowych zaoferowanej ceny, które wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz budzą wątpliwości Zamawiającego, co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, wskazując, iż cena brutto sprzątania terenów wewnętrznych oferowana przez wykonawcę KFK Serwis Sp. z o.o. jest niższa o ponad 40% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania. Jednocześnie Zamawiający wskazał, iż wykonawca składając wyjaśnienia odnoszące się do ww. części składowej oferowanej ceny powinien wskazać, co spowodowało

możliwość obniżenia ceny w zakresie sprzątania terenów wewnętrznych, a w szczególności odnieść się do przesłanek zawartych w art. 224 ust. 3 ustawy pzp oraz dostarczyć stosowne dowody na poparcie swoich wyjaśnień.

W pierwszej kolejności należy zauważyć, że Zamawiający w wezwaniu do wyjaśnień nie wskazał, jak szczegółowego wyjaśnienia oczekuje dla stwierdzenia jej realności, odnosząc się de facto tylko do ceny brutto sprzątania terenów wewnętrznych zaoferowanej przez wykonawcę KFK Serwis Sp. z o.o. oraz powołując się jedynie na art. 224 ust. 3 ustawy PZP.

W konsekwencji powyższego wykonawca KFK Serwis Sp. z o.o. złożył wyjaśnienia w takim zakresie, jaki uważał za wystarczający dla udowodnienia, że cena oferty gwarantuje należyte wykonanie zamówienia i jest wiarygodna. Zgodnie z ugruntowanym orzecnictwem Izby, skierowanie ogólnego wezwania do wykonawcy rodzi po jego stronie uprawnienie do sformułowania wyjaśnień na tyle szczegółowych, aby potwierdzały wykonanie zamówienia po cenie rynkowej, zgodnie z wymaganiami Zamawiającego (tak wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 lipca 2014 r., sygn. akt: KIO 1399/14).

W dalszej kolejności Izba zważyła, iż w odpowiedzi na ww. wezwanie wykonawca KFK Serwis Sp. z o.o. przedłożył wyjaśnienia z dnia 18 września 2024 r. oraz 19 września 2024 r. wraz z kalkulacją cenową oraz dowodami w postaci oferty Chempil Cecylia Antczak (faktura pro forma z dnia 26 sierpnia 2024 r.), oferta Magazyn Czystości Marlena Kopij (zamówienie od klienta 1703/2024 z dnia 3 września 2024 r.), cennik sprzątania biur w Krakowie 2024, cennik sprzątania biur w ponad 160 miastach w Polsce, zarobki sprzątaczek).

Jednocześnie Izba zważyła, iż wykonawca KFK Serwis Sp. z o.o. wyjaśnił, że posiada m.in. wymagane ubezpieczenie OC dla prowadzonej działalności co przekłada się na nieponoszenie dodatkowych kosztów jego zawarcia. Ponadto posiada specjalistyczny sprzęt na wyposażeniu jak odkurzacze, wiadra, mopy, jak i specjalistyczne maszyny czyszczące, które zostaną wykorzystane do realizacji tego zamówienia. Koordynatorem będzie osoba, która jest już zatrudniona w firmie KFK Serwis – zostaną jej zwiększone obowiązki w ramach istniejącej umowy o pracę. Wykonawca KFK Serwis wskazał również, iż: „na to zamówienie Wykonawca szacował zgodnie z warunkami zamówienia ilość osób zgodna z zamówieniem codziennie oraz jednego koordynatora, który jest obecnie zatrudniony w okolicach Krakowa przy innym projekcie spółki. W większej ilości pracownikami będą osoby z niepełnosprawnościami. Pozostają zatem środki miesięczne w znacznej wysokości na sfinansowanie materiałów, zastępstw itp. W tym również uwzględnione są ewentualne ryzyka które zostały też wycenione. W ramach pozostałej kwoty jest również uwzględniony wymierny zysk Wykonawcy około 20 %. Wykonawca wskazuje też, że nie korzysta z podwykonawców, ale będzie realizował zamówienie własnymi zasobami”. Nadto Wykonawca KFK Serwis wskazał, iż osoby do świadczenia usług będą zatrudnione na minimalnych stawkach w związku z sytuacją na Ukrainie, dlatego też łatwo znaleźć chętnych do zatrudnienia w celu świadczenia niniejszych usług. Planowane jest również zatrudnianie osób mające „grupę inwalidzką”. Dodatkowo KFK Serwis przyjmuje koszty dodatkowe jako rezerwa na ewentualne zmiany związane ze zwiększeniem kosztów wynagrodzeń pracowników w kwocie 5000 zł /miesiąc. Zostało też przyjęte w kosztach zatrudnienia 2 osób więcej aniżeli wymaga tego dokumentacja przetargowa. Realizując usługi na sprzątanie dla innych Zamawiających (w tym dla innego Oddziału ARiMR), KFK Serwis korzysta z dodatkowych rabatów przy hurtowych zakupach wymaganych środków w wysokości 5-25%. Nadto wskazał, iż „koszty Wykonawcy są zgodne z przepisami z zakresu prawa pracy i ubezpieczeń społecznych. Wykonawca sposób organizacji usług w sposób realizuje w sposób adekwatny do zamówienia. Inne formy zarządzania mające wpływ na ceny, poza polityką kadrową oraz materiałową nie występują. Zamówienie jest organizowane na usługi, a zatem kwestie związane z dostawami wskazane w katalogu przykładowym z art. 224 PZP nie mają znaczenia. Wykonawca nie korzysta również z pomocy publicznej. Jak wskazano, brak jest też podwykonawców, jak też kwestie z zakresu ochrony środowiska również nie mają wpływu na realizacji zamówienia”.

Poza tym Izba zważyła, iż wykonawca KFK Serwis Sp. z o.o. w kalkulacji cenowej wskazał pracowników na pełny etat, $\frac{3}{4}$ etatu, $\frac{1}{2}$ etatu, $\frac{1}{4}$ etatu, urlop w przeliczeniu na miesiąc (szacunek średni) rezerwa, zwolnienia lekarskie w przeliczeniu na miesiąc (szacunek średni) rezerwa, środki czystości koszty dodatkowe (szacunek średni), sumę kosztów brutto, FV netto miesięcznie, koszty dodatkowe (szacunek średni) rezerwa, zysk miesięcznie, zysk w procentach.

Biorąc powyższe pod uwagę, w pierwszej kolejności, Izba nie popiera argumentacji Odwołującego jakoby wyjaśnienia wykonawcy KFK Serwis Sp. z o.o. są „lakońskie, gołosłowne i niepoparte żadnymi wyliczeniami, z których wynikałoby, że Wykonawca wliczył wszystkie elementy kosztotwórcze do oferty”. W ocenie Izby, Odwołujący zdaje się nie zauważać, że w kalkulacji cenowej znajdują się takie elementy jak rezerwa czy koszty dodatkowe, czy też środki czystości koszty dodatkowe. Tym samym, zdaniem Izby, takie koszty jak „bardzo wysokiej jakości środki higieniczne”, koszty biurowe, koszty szkoleń i badań pracowniczych mogą być „zaszyte” w ww. pozycjach. Z kolei odnośnie kosztów pracodawcy, to Izba chciałaby zwrócić uwagę, iż wykonawca KFK Serwis Sp. z o.o. w swoim formularzu ofertowym zaoferował cenę brutto za usługi sprzątania. To, że w kalkulacji cenowej nie ma odrębnej pozycji w postaci kosztów pracodawcy, wcale nie oznacza, że nie zostały one ujęte w ww. cenie.

Niezależnie od powyższego, Odwołujący przedstawiając własną kalkulację kosztów osobowych oferty, zdaniem Izby nie wykazał, tj. nie udowodnił, że jest to jedyny możliwy wariant kalkulacji ceny ofertowej. Przecież możliwym jest, że

wykonawca KFK Serwis Sp. z o.o. przyjął inny wariant kalkulacji cenowej, na co słusznie zwrócił uwagę Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie.

Z tego też względu, w ocenie Izby, zarzut ten jest niezasadny.

Odnosnie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 224 ust. 1 ustawy PZP poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy Götz do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny za realizację usług sprzątnia oraz niewystarczające zbadanie wyjaśnień wykonawców w zakresie rażąco niskiej ceny i uznanie tych wyjaśnień za wystarczające oraz dowodzące, że ceny przez nich zaoferowane nie są niskie w sytuacji, gdy wyjaśnienia te były pobieżne, gołosłowne i niepoparte żadnymi dowodami a tym samym nie pozwalały Zamawiającemu uznać, że ceny zaoferowane przez ww. Wykonawców nie są rażąco niskie, jest on w ocenie Izby niezasadny.

Izba wskazuje, że zgodnie z art. 224 ust. 1 ustawy PZP, jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych.

Zdaniem Izby, na podstawie okoliczności sprawy i przedstawionych dowodów przez wykonawcę KFK Serwis Sp. z o.o., Odwołujący nie wykazał, tj. nie udowodnił, że wykonawca KFK Serwis Sp. z o.o. nie jest w stanie wykonać całego przedmiotu zamówienia za cenę określoną w ofercie wykonawcy KFK Serwis Sp. z o.o.

Nadto Izba zważa, że z uwagi na brak definicji „dowodu”, oświadczenia własne wykonawcy w postaci udzielonych wyjaśnień mogą być uznane za wypełniające normę z art. 224 ust. 1 ustawy PZP w zakresie konieczności „udowodnienia”, jeśli wraz ze złożonymi wyjaśnieniami uwiarygadniają zaoferowaną cenę. W ocenie Izby, złożone wyjaśnienia przez wykonawcę KFK Serwis Sp. z o.o. oraz kalkulacja cenowa wraz z dowodami są wystarczająco precyzyjne, konkretne i wykazują realność ceny oferty, w tym zysk.

Zaznaczenia wymaga również, że „odwrócony” rozkład ciężaru dowodu nie powoduje, że Odwołujący pozostaje całkowicie zwolniony z obowiązku przedstawienia dowodów na poparcie swoich twierdzeń. W tym miejscu należy podkreślić, iż w niniejszym postępowaniu Odwołujący nie złożył żadnych dowodów na poparcie swojego stanowiska.

Przenosząc powyższe na kanwę niniejszej sprawy w pierwszej kolejności należy zaznaczyć, że sam Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie oświadczył, iż cena ofertowa wykonawcy Götz-Gebäudeservice Sp. z o.o. dotycząca świadczenia usług sprzątnia nie budziła wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia, jak również nie wydawała się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia skutkujących uruchomieniem przez Zamawiającego procedury wynikającej z art. 224 ust. 1 ustawy PZP, jak również nie zachodziły przesłanki wystosowania przez Zamawiającego do wykonawcy Götz-Gebäudeservice Sp. z o.o. wezwania do wyjaśnień ceny oferty na podstawie art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy PZP. Już tylko z tego powodu, zdaniem Izby, nie sposób uznać, że cena oferty wykonawcy Götz-Gebäudeservice Sp. z o.o. jest ceną nierealną poniżej kosztów świadczenia usługi niezapewniająca zysku.

Niezależnie od powyższego, Odwołujący domagając się wezwania wykonawcy Götz-Gebäudeservice Sp. z o.o. do wyjaśnień, winien był wykazać okoliczności, które jego zdaniem prowadzić powinny do powstania u Zamawiającego tego rodzaju wątpliwości. W konsekwencji, to na Odwołującym spoczywał ciężar dowodowy w zakresie wykazania ziszczenia się przesłanek, o których mowa w art. 224 ust. 1 ustawy PZP względem oferty wykonawcy Götz-Gebäudeservice Sp. z o.o., a czemu w ocenie Izby Odwołujący nie sprostął. Odwołujący zobowiązany był zatem udowodnić, że cena lub koszt lub ich istotne części składowe w ofercie wykonawcy Götz-Gebäudeservice Sp. z o.o. powinny wydawać się Zamawiającemu rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz budzić jego wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów.

Z kolei odnosząc się do zarzutu Odwołującego w postaci niewystarczającego zbadania wyjaśnień wykonawców w zakresie rażąco niskiej ceny i uznanie tych wyjaśnień za wystarczające oraz dowodzące, że ceny przez nich zaoferowane nie są niskie w sytuacji, gdy wyjaśnienia te były pobieżne, gołosłowne i niepoparte żadnymi dowodami, a tym samym nie pozwalały Zamawiającemu uznać, że ceny zaoferowane przez ww. Wykonawców nie są rażąco niskie, Izba w pierwszej kolejności zważa, jak już Izba wskazała powyżej, iż wyjaśnienia co do zaoferowanej ceny mogą dotyczyć wyłącznie wykonawcy KFK Serwis Sp. z o.o., ponieważ w przedmiotowym postępowaniu wyłącznie w stosunku do tego wykonawcy zostało wystosowane wezwanie z dnia 16 września 2024 r.

Izba zważa, iż na podstawie ww. wezwania, Zamawiający chciał przede wszystkim zweryfikować, czy wykonanie usługi sprzątnia wewnątrz lokali (sprzątnie wewnętrzne) za zaoferowaną cenę będzie dawało podstawę do należytego wykonania zobowiązania w przypadku wybrania oferty wykonawcy KFK Serwis Sp. z o.o. jako oferty najkorzystniejszej w niniejszym postępowaniu. W ocenie Izby, wyjaśnienia wykonawcy KFK Serwis Sp. z o.o. nie były ani pobieżne ani gołosłowne, zwłaszcza że wykonawca KFK Serwis Sp. z o.o. przedstawił własną kalkulację ceny, która przecież nie

musi być identyczna jak u Odwołującego, która to kalkulacja została również poparta dowodami oraz wyliczeniami.

Poza tym, Izba zwraca uwagę, iż przepis art. 224 ust. 1 ustawy PZP jest przepisem, który adresowany jest do Zamawiającego i to jemu pozostawia ocenę, czy dana oferta budzi jego wątpliwości co do realności zaoferowanej ceny. Tym samym, rację ma Zamawiający, iż: „Aby wykonawca mógł skutecznie wykazać zamawiającemu, że takie wątpliwości istniały powinien wykazać, że nawet najbardziej minimalistyczny wariant cenowy przy najkorzystniejszych dla wykonawcy założeniach nie może być pokryty za zaoferowaną cenę”.

Z tego też względu, w ocenie Izby, zarzut ten jest niezasadny.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 7) ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez jego niezastosowanie i nieodrzućcenie ofert wykonawców KFK i Götz pomimo, że złożenie oferty przez tych wykonawców 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, jest w ocenie Izby niezasadny.

Odwołujący w ramach powyższego zarzutu oparł swoją argumentację na tezie, że wykonawca KFK Serwis Sp. z o.o. oraz wykonawca Götz-Gebäudeservice Sp. z o.o. zaniżyli w sposób nieuprawniony zakwestionowaną w odwołaniu cenę, której przypisana jest wyższa stawka podatku VAT (23%) za usługi wewnętrzne, jednocześnie zawyżając cenę usług sprzątania terenów zewnętrznych (stawka podatku VAT 8%) i przerzucając koszty usług na terenach wewnętrznych do kosztów wykonania usług na terenach zewnętrznych w celu obniżenia wysokości podatku VAT od ceny ofertowej netto, a w konsekwencji do obniżenia wysokości ceny ofertowej.

W pierwszej kolejności należy zauważyć, iż w przypadku wykonawcy Götz-Gebäudeservice Sp. z o.o., gdzie zdaniem Odwołującego złożenie oferty przez ww. wykonawcę stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji, gdyż ceny jednostkowe zaoferowane przez wykonawcę Götz-Gebäudeservice Sp. z o.o. świadczą o tym, że oferta zawiera rażąco niską cenę (co miałyby się przełożyć na stawkę podatku VAT), Izba chciałaby w tym miejscu podkreślić, iż na obecnym etapie postępowania nie sposób stwierdzić rażącego zaniżenia cen jednostkowych zawartych w ofercie ww. wykonawcy, skoro wykonawca Götz-Gebäudeservice Sp. z o.o. nie był wzywany do wyjaśnień w tym zakresie, a co za tym idzie w ocenie Izby nie można twierdzić, że oferta wykonawcy Götz-Gebäudeservice Sp. z o.o. została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji.

Z kolei przechodząc do wykonawcy KFK Serwis Sp. z o.o., to w ocenie Izby na podstawie udzielonych wyjaśnień co do zaoferowanej ceny, Izba doszła do przekonania, że cena za sprzątanie wewnętrzne jest realistyczna i pozwalająca na osiągnięcie zysku, a tym samym w ocenie Izby w przedmiotowej sprawie nie mamy do czynienia z zaniżeniem cen za usługi wewnętrzne (nie jest ceną rażąco niską), przy jednoczesnym zaoferowaniu wyższej ceny za sprzątanie zewnętrzne.

Niezależnie od powyższego, w ocenie Izby, Odwołujący nie wykazał, tj. nie udowodnił, aby zaoferowane przez wykonawcę KFK Serwis Sp. z o.o. ceny były cenami poniżej kosztów świadczenia usług i że mamy do czynienia ze sprzedażą poniżej kosztów własnych, a więc zaniżeniem ceny w takim stopniu, że skutkiem tego działania jest powstanie po stronie wykonawcy straty. Zdaniem Izby, Odwołujący nie wykazał również, aby działanie wykonawcy KFK Serwis Sp. z o.o. utrudniało innym przedsiębiorcom dostęp do rynku i miało na celu eliminację innych przedsiębiorców z tego rynku. Dla uznania, że złożenie oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji nie wystarczy stwierdzenie, iż dany podmiot sprzedaje towary lub usługi poniżej kosztów wytworzenia lub świadczenia, sprzedaż ta musi mieć jeszcze na celu eliminację innych przedsiębiorców. Należy zatem wykazać, że zamiarem wykonawcy była właśnie eliminacja z rynku innego przedsiębiorcy, np. po to, aby zająć jego miejsce na danym rynku, aby stworzyć sobie optymalne warunki do kształtowania cen na tym rynku. Nie jest wystarczające dla wypełnienia dyspozycji art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji zaniżenie przez wykonawcę ceny w celu doprowadzenia do wyboru jego oferty i uzyskania jednego konkretnego zamówienia, w którym to przypadku pozbawienie innego wykonawcy możliwości realizacji tego zamówienia jest jedynie naturalną pochodną.

Z tego też względu, zarzut ten, jest w ocenie Izby niezasadny.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b) ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia wykonawcy niespełniającego warunków udziału w postępowaniu i zaniechanie wnikliwego badania przedłożonych podmiotowych środków dowodowych w postaci uzupełnionego na wezwanie wykazu usług i referencji, jest w ocenie Izby niezasadny.

Izba zważy, iż Zamawiający w rozdziale VIII ust. 6 pkt 2 lit. a SWZ, opisał warunki udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, wskazując, iż: „Zamawiający uzna, że Wykonawca spełnił ten warunek udziału w postępowaniu w zakresie posiadania stosownego doświadczenia, jeżeli wykaże, że w okresie ostatnich 3 lat przed upływem składania ofert (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie) wykonał lub wykonuje co

najmniej jedną usługę sprzątania lokali lub budynków o powierzchni co najmniej 12 000 m kw., oraz jedną usługę utrzymania czystości na terenach zewnętrznych w tym terenach utwardzonych i zielonych o powierzchni co najmniej 4 000 mkw, przez okres co najmniej 12 miesięcy (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy to w okresie prowadzenia działalności). Wskazana powierzchnia dotyczy jednego kontraktu (zamówienia) dla obu powierzchni lub oddzielnych kontraktów dla każdej z powierzchni sprzątania/utrzymania terenów zielonych, może obejmować dowolną liczbę obiektów, których suma powierzchni składać się będzie na wartości wskazane w poprzednim zdaniu”.

W pierwszej kolejności należy zauważyć, że wykaz usług stanowiący załącznik nr 7 do SWZ, wbrew twierdzeniom Odwołującego, nie musiał być obligatoryjnie przygotowany według wzoru przygotowanego przez Zamawiającego. Istotne jest to, aby przedłożony przez wykonawcę wykaz usług zawierał istotne elementy, które wymagał Zamawiający. Tym samym, złożenie wykazu usług przez wykonawcę KFK Serwis Sp. z o.o. na innym wzorze niż zaproponowany przez Zamawiającego nie stanowi podstawy do odrzucenia jego oferty.

W dalszej kolejności Izba zważy, iż wykonawca KFK Serwis Sp. z o.o. pismem z dnia 29 sierpnia 2024 r. na podstawie art. 126 ust. 1 ustawy PZP został wezwany przez Zamawiającego do złożenia podmiotowych środków dowodowych. W odpowiedzi na ww. pismo, wykonawca KFK Serwis Sp. z o.o. w dniu 9 września 2024 r. przedłożył wykaz usług, z którego wynikało, iż usługa sprzątania i utrzymania czystości pomieszczeń biurowych została zrealizowana na powierzchni 20 000 m² na rzecz Solo International Corp Panama, daty wykonania usługi od 31.12.2022 - 01.01.2024 oraz że w ramach tej samej umowy wykonała usługę sprzątania terenów zewnętrznych (parkingi i place) o powierzchni 4200 m². Jednakże z uwagi na fakt, iż przedłożony wykaz usług oraz referencje wskazywały na wykonanie usługi sprzątania powierzchni biurowych o powierzchni 20 000 m² oraz terenów zewnętrznych (parkingi i place) o powierzchni 4200 m², ale nie potwierdzały wykonania usługi na terenach zielonych, Zamawiający w dniu 10 września 2024 r. na podstawie art. 128 ust. 1 i 2 ustawy PZP wezwał wykonawcę KFK Serwis Sp. z o.o. do złożenia poprawionych, aktualnych na dzień złożenia dokumentów tj. wykazu usług oraz dowodów określających, czy usługi te zostały wykonane lub są wykonywane należycie.

W odpowiedzi na ww. wezwanie, wykonawca KFK Serwis Sp. z o.o. pismem z dnia 12 września 2024 r. przedłożył poprawiony wykaz usług, z którego wynikało, iż w ramach tej samej umowy wykonała usługę sprzątania terenów zewnętrznych (4100 m² tereny zielone oraz parkingi 100 m²) o powierzchni 4200 m².

W związku z powyższym, w ocenie Izby, nie ulega wątpliwości, że teren zielony był objęty usługą. Wykonawca KFK Serwis Sp. z o.o. wyszczególnił w treści wykazu, co zostało potwierdzone w referencjach, iż usługa na terenach zewnętrznych obejmowała swoim zakresem tereny zielone na powierzchni 4100 m² oraz parkingi 100 m², podczas gdy warunek udziału wyraźnie wskazywał, iż do jego spełnienia jest wykazanie m.in. realizacji jednej usługi utrzymania czystości na terenach zewnętrznych w tym terenach utwardzonych i zielonych o powierzchni co najmniej 4000 m², a co za tym idzie zdaniem Izby wykonawca KFK Serwis Sp. z o.o. spełniał warunek udziału w postępowaniu.

Izba zważy, iż z treści referencji z dnia 10 września 2024 r. wynika, iż umowa została zrealizowana w okresie od dnia 31 grudnia 2022 r. do dnia 1 stycznia 2024 r., o czym świadczą słowa: „KFK SERWIS sp. z o.o. ul. Kostrzyńska 42C/5, 66-400 Gorzów Wielkopolski w okresie 31.12.2022. do 01.01.2024 wykonała usługę sprzątania i utrzymania czystości pomieszczeń biurowych o powierzchni 20000m² na terenie miasta Panama. Za kwotę 180000 USD. W ramach tej samej umowy wykonała usługę sprzątania terenów zewnętrznych (4100 m² tereny zielone, 100 m² parkingi) o powierzchni 4200 m²”.

W związku z powyższym, powoływanie się przez Odwołującego, iż w referencji znajduje się wskazanie, iż: „Współpraca ze spółką KFK SERWIS sp. z o.o. układa się bardzo dobrze”, w ocenie Izby nie ma znaczenia dla rozstrzygnięcia niniejszego zarzutu, ze względu na wyraźne i jednoznaczne posłużenie się pojęciem „wykonała” przez podmiot wystawiający referencje. Nawet gdyby uznać, jak twierdzi Odwołujący, iż usługa nadal jest wykonywana (z czym Izba się nie zgadza), to zasadnym jest tutaj podkreślenie, że usługa ta jest wykonywana ponad 12 miesięcy tj. okres dłuższy niż ten który wskazany został w warunku udziału w postępowaniu, na co słusznie zwrócił uwagę Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie.

Niezależnie od powyższego, Izba zważy, iż w doktrynie, jak i orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej wyrażony został pogląd, zgodnie z którym, treść referencji nie musi w całości potwierdzać spełnianie warunku udziału w postępowaniu, albowiem nie taka jest rola tego dokumentu. Należy podkreślić, że referencje mają za zadanie potwierdzać należyte wykonanie konkretnego zamówienia, a wykonawcy nie mają wpływu na ich treść, gdyż referencje wystawiane są przez podmiot od nich niezależny. Istotny jest zatem zakres wykonanych prac, a nie sposób, w jaki zostały one opisane, czy też nazwane w referencjach. Potwierdzeniem spełnienia warunku jest więc oświadczenie wykonawcy w formie wykazu, a referencje mają za zadanie potwierdzać jedynie prawidłowość wykonywanej usługi referencyjnej.

Izba odniesie się jeszcze w tym miejscu do wątpliwości Odwołującego w zakresie przedłożonych referencji przez wykonawcę KFK Serwis Sp. z o.o. Izba chciałaby podkreślić, iż Odwołujący, jeśli miał podejrzenia co do prawdziwości przedłożonych referencji, to powinien był przedstawić dowody potwierdzające, że jego podejrzenia są uzasadnione. W

realiach niniejszej sprawy Odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów, które świadczyłyby, że zamówienie wykonane przez wykonawcę KFK Serwis Sp. z o.o. wskazane w treści referencji miałyby być niezgodne z prawdą. Poza tym, należy również zauważyć, że wykonawca KFK Serwis Sp. z o.o. składając referencje, poświadczył ich prawdziwość za zgodność z oryginałem kwalifikowanym podpisem elektronicznym, zaś Zamawiający formułując warunki udziału w postępowaniu nie wskazał, iż usługa, która ma potwierdzać spełnienie warunku winna być wykonana na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej lub terytorium Unii Europejskiej.

Z tego też względu zarzut ten, w ocenie Izby jest niezasadny, a w konsekwencji niezasadny jest również zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 16 pkt 1 ustawy PZP.

Nadto Izba zważa, iż dowód wniesiony na rozprawie przez Zamawiającego nie miał znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 i 575 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz § 2 ust. 1 pkt 2 w zw. z § 8 ust. 2 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. 2020 r. poz. 2437), obciążając kosztami postępowania Odwołującego.

Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji.

Przewodniczący: