

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodnicząca: **Małgorzata Rakowska**

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 grudnia 2024 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 listopada 2024 r. przez wykonawcę **A.N. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą D.A z siedzibą w Krakowie, ul. Rynek Główny 34/15, 31-010 Kraków** w postępowaniu prowadzonym przez **Miejskie Przedsiębiorstwo Komunikacyjne S.A z siedzibą w Krakowie, ul. Św. Wawrzyńca 13, 31-060 Kraków** przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – wykonawcy **B.R. i E.R. prowadzących działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej pod nazwą Firma Usługowa KLARISTO s.c. B.R., E.R. z siedzibą w Krakowie, Osiedle Złotego Wieku 44/13, 31-618 Kraków** orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawcę **A.N. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą D.A z siedzibą w Krakowie, ul. Rynek Główny 34/15, 31-010 Kraków** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **A.N. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą D.A z siedzibą w Krakowie, ul. Rynek Główny 34/15, 31-010 Kraków** tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez **Miejskie Przedsiębiorstwo Komunikacyjne S.A z siedzibą w Krakowie, ul. Św. Wawrzyńca 13, 31-060 Kraków** tytułem wynagrodzenia pełnomocnika, kwotę **664 zł 70 gr** (słownie: sześćset sześćdziesiąt cztery złote siedemdziesiąt groszy) poniesioną przez **Miejskie Przedsiębiorstwo Komunikacyjne S.A z siedzibą w Krakowie, ul. Św. Wawrzyńca 13, 31-060 Kraków** tytułem kosztów dojazdu na posiedzenie i rozprawę, kwotę **359 zł 10 gr** (słownie: trzysta pięćdziesiąt dziewięć złotych dziesięć groszy) poniesioną przez **Miejskie Przedsiębiorstwo Komunikacyjne S.A z siedzibą w Krakowie, ul. Św. Wawrzyńca 13, 31-060 Kraków** tytułem kosztów noclegu pełnomocnika i kwotę **17 zł 00 gr** (słownie: siedemnaście złotych zero groszy) poniesioną przez **Miejskie Przedsiębiorstwo Komunikacyjne S.A z siedzibą w Krakowie, ul. Św. Wawrzyńca 13, 31-060 Kraków** tytułem opłaty skarbowej od pełnomocnictwa,
 - 2.2. zasądza od wykonawcy **A.N. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą D.A z siedzibą w Krakowie, ul. Rynek Główny 34/15, 31-010 Kraków** na rzecz **Miejskiego Przedsiębiorstwa Komunikacyjnego S.A z siedzibą w Krakowie, ul. Św. Wawrzyńca 13, 31-060 Kraków** kwotę **4 640 zł 80 gr** (słownie: cztery tysiące sześćset czterdzieści złotych osiemdziesiąt groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione tytułem wynagrodzenia, kosztów dojazdu na posiedzenie i rozprawę, kosztów noclegu pełnomocnika oraz opłaty skarbowej od 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.

Przewodnicząca:

Sygn. akt KIO 4456/24

Uzasadnienie

Miejskie Przedsiębiorstwo Komunikacyjne S.A. z siedzibą w Krakowie, zwane dalej „zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j.: z dnia 14 lipca 2023 r., Dz. U. z 2023 r., poz. 1605), zwanej dalej „ustawą Pzp”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na „Budowę budynku pn. „Memorial” w Krakowie w ramach inwestycji Muzeum – Miejsce Pamięci KL Płaszów”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 4 września 2024 r. pod numerem 2024/S 528959-2024.

W dniu 28 listopada 2024 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca Artur Niestój prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą D.A.

z siedzibą w Krakowie, zwany dalej „odwołującym”, wniósł odwołanie wobec następujących czynności podjętych przez zamawiającego:

1) zaniechania odrzucenia z postępowania w zakresie Zadania nr 3 oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: E.R. Firma Usługowa „KLARISTO” oraz B.R. Firma Usługowa „KLARISTO”, zwanych dalej „wykonawcą KLARISTO”, w sytuacji w której oferta ta jest niezgodna z warunkami zamówienia, zawiera błędy w obliczeniu ceny oraz została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji; ewentualnie, tj. na wypadek, gdyby Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że niezasadne jest odrzucenie oferty w oparciu o powyższą podstawę;

2) zaniechania uznania, że cena oferty wykonawcy KLARISTO lub jej istotne części składowe są rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości, co do możliwości wykonania zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia, a w konsekwencji zaniechanie wezwania do wyjaśnień wykonawcy KLARISTO w tym zakresie;

a w każdym przypadku

3) nieuzasadnionego wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę KLARISTO dla Zadania nr 3; zarzucając zamawiającemu zarzucam naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp tj.:

1) art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w zw. z art. 17 ust. 2 ustawy Pzp poprzez brak odrzucenia oferty wykonawcy KLARISTO w Zadaniu nr 3, a w konsekwencji jej wybór, podczas gdy oferta ta jest niezgodna z warunkami zamówienia i zawiera błędy w obliczeniu ceny, gdyż oferta tego wykonawcy faktycznie nie obejmuje wszystkich elementów składających się na przedmiot zamówienia, na co wskazuje wycena wykonawcy KLARISTO w ramach Tabeli 4 poz. 7 „Hol główny i korytarz na I piętrze” oraz Tabeli 6 poz. 1 „Dworce, Terminale, Punkty Socialne, Punkty Sprzedaży Biletów”, która to wycena nie pokrywa nawet minimalnych kosztów związanych z jej elementami składowymi, w tym kosztu zakupów niezbędnych do wykonania prac materiałowych, kosztów dojazdu i kosztów osobowych;

2) art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, zwanej dalej „u.n.k.”, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy KLARISTO pomimo, że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji polegający na celowym, sztucznym zaniżeniu wartości poszczególnych pozycji cenowych ujętych w Tabeli 4 poz. 7 oraz Tabeli 6 poz. 1, co w rezultacie pozwoliło temu wykonawcy obniżyć wartość globalną swojej oferty i uzyskać przedmiot zamówienia, a co jednocześnie świadczy o złożeniu oferty w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji;

ewentualnie, tj. na wypadek, gdyby Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że niezasadne jest odrzucenie oferty w oparciu o powyższą podstawę;

3) art. 224 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy KLARISTO do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny („RNC”), pomimo iż opisane w dalszej części pisma części składowe oferty tego wykonawcy wydają się być rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i niewystarczające do jego wykonania, co też winno skutkować wezwaniem do wyjaśnień, a następnie – o ile wykonawca ten nie złożyłby wyjaśnień w tym zakresie lub też okazałyby się one niewystarczające – odrzuceniem oferty tego wykonawcy, czego jednak Zamawiający zaniechał, a co doprowadziło do wyboru oferty wykonawcy KLARISTO jako najkorzystniejszej;

a w konsekwencji

4) art. 16 ustawy Pzp poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości.

Odwołujący wniósł o rozpatrzenie i uwzględnienie odwołania oraz nakazanie zamawiającemu:

1) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;

2) przeprowadzenia ponownego badania i oceny ofert;

3) odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę KLARISTO z uwagi na jej niezgodność z warunkami zamówienia, błędy w obliczeniu ceny oraz złożenie oferty w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji;

ewentualnie tj. na wypadek, gdyby Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że niezasadne jest odrzucenie oferty w oparciu o powyższą podstawę;

4) wezwanie wykonawcy KLARISTO, do złożenia wyjaśnień w zakresie cen jednostkowych, które są rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości, co do możliwości wykonania zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia;

5) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów załączonych do odwołania, wnioskowanych w odwołaniu lub przedstawionych na rozprawie, na okoliczności wskazane w uzasadnieniu pisemnym bądź ustnym;

6)zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przewidzianych przepisami prawa zgodnie z fakturą przedstawioną na rozprawie.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podniósł m.in.:

Odnosnie zaniżenia ceny dla pozycji wskazanej Tabeli 6 poz. 1 odwołujący podniósł, że cena wskazana przez wykonawcę KLARISTO dla zakresu zamówienia opisanego w Tabeli 6 poz. 1 została przez niego zaniżona, a dla stwierdzenia wystąpienia takiej sytuacji wystarczające jest porównanie zakresu prac, które podlegają realizacji w ramach tej pozycji, elementów koniecznych do jej prawidłowej wyceny, jak również procedury zlecenia usług. Dokonując analizy sposobu ukształtowania przez zamawiającego opisu przedmiotu zamówienia dla poszczególnych zadań, jak również biorąc pod uwagę zawartą w treści tego opisu adnotację, iż czynności związane z realizacją pozycji zawartej w Tabeli 6 poz. 1, będą realizowane „na żądanie”, brak jest uzasadnionych argumentów dla przyjęcia założenia, że będą one realizowane niejako przy okazji realizacji innych usług.

Czynności mycia i dezynfekcji urządzeń sanitarnych, będące przedmiotem zakresu usługi opisanej w Tabeli nr 6 poz. nr 1 stanowią usługi zlecane przez zamawiającego doraźnie. Usługi te nie mają zatem charakteru powtarzalnego a zarówno sam zamawiający, jak i wykonawca na moment składania ofert, nie mieli wiedzy, w jakich terminach realizacja tej usługi będzie miała miejsce. Z uwagi na powyższe, brak jest możliwości nawet hipotetycznego powiązania czasowego i organizacyjnego realizacji tej usługi, z innymi usługami realizowanymi w ramach Zadania nr 3, w szczególności tymi opisanymi w Tabeli nr 1 (w ramach których realizowane będą prace wewnątrz tych samych budynków, w których realizowane są usługi wskazane w Tabeli nr 6 poz. 1).

Usługi te mają być realizowane zatem niezależnie, co oznacza, iż cena za wykonanie usługi utrzymania toalet powinna uwzględniać z pewnością koszty dojazdu pracowników wykonawcy do miejsca ich realizacji. Wymóg uwzględnienia w cenie oferty dojazdu pracowników został wprost wskazany w treści § 9 ust. 6 ustawy Pzp: „ceny jednostkowe netto zawierają wszelkie koszty wykonania przedmiotu zamówienia, w tym w szczególności koszty osobowe, koszty urządzeń, narzędzi, materiałów, środków czystości i higieny, worków na śmieci, ubezpieczenia, dojazd pracowników”. Cena 1,00 zł za czynność sprzątania (z uwagi na przyjętą przez zamawiającego jednostkę obmiarową jako sztuką) powinna uwzględniać wszystkie wymienione powyżej koszty. O ile w przypadku, gdy jednostką pozycji rozliczeniowej jest np. 1m², te wszystkie wymienione powyżej koszty rozliczeniowe są uwzględniane w tej cenie jednostkowej proporcjonalnie, to w przypadku, gdy jednostką rozliczeniową jest de facto jedna czynność sprzątania (1 sztuka), możliwość realnego wyodrębnienia poszczególnych elementów ceny powinna być rzeczywista.

Natomiast cena w wysokości 1,00 zł za usługę sprzątania nie uwzględnia nawet realnych kosztów paliwa. Na dzień składania ofert, tj. 11 października 2024 r. cena zakupu litra benzyny kształtowała się na poziomie ok. 6 zł, co oznacza, iż już sam ten koszt jest wyższy niż globalna cena oferty wskazana dla tej pozycji.

Niezależnie od kosztów dojazdu, realizacja usługi omawianej pozycji wymaga również poniesienia kosztów osobowych, związanych z koniecznością zapłaty wynagrodzenia osobom realizującym dany zakres usług. Wysokość tych kosztów powinna odzwierciedlać również konieczność spełniania przez wykonawcę obowiązków uregulowanych w treści Rozdziału II ust. 7 SWZ. Jednocześnie, zgodnie z art. 224 ust. 3 pkt 4 ustawy Pzp, zaoferowana cena powinna uwzględniać konieczność poniesienia kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę, albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy o minimalnym wynagrodzeniu za pracę.

Pomimo to, iż, wykonawca jest zobowiązany do zatrudniania osób realizujących usługi w związku z umową na podstawie umowy o pracę, odniesienie się do pełnej wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę w przypadku usług realizowanych doraźnie, przez krótki okres czasu, może nie być wystarczające dla zobrazowania skali ponoszonych przez wykonawcę kosztów. Z uwagi na powyższe, dla jasnego zobrazowania kosztów, jakie powinny zostać uwzględnione przez wykonawcę w wycenie przywołać należy wysokość minimalnej stawki godzinowej dla umowy zlecenia, obowiązującej od dnia 1 lipca 2024 roku wysokości 28,10 zł brutto. Odniesienie się do tej wartości prowadzi do wniosku, że zaoferowana przez wykonawcę KLARISTO cena dla omawianej pozycji nie uwzględnia nawet kosztów osobowych za jedną godzinę pracy. Mając na względzie konieczność dojazdu osób na miejsce, oczywistym jest, iż realizacja usługi sprzątania jest rozciągnięta w czasie.

Biorąc pod uwagę poczynione powyżej wnioski, zgodnie z którymi cena dla usługi uregulowanej w Tabeli nr 6 poz. 1 nie uwzględnia zarówno kosztów dojazdu oraz kosztów osobowych, oczywistym i uzasadnionym jest postawienie tezy, iż nie uwzględnia ona także pozostałych koniecznych do uwzględnienia kosztów wynikających z umowy: kosztów urządzeń, narzędzi, materiałów, środków czystości i higieny, worków na śmieci, ubezpieczenia, co w przypadku ceny materiałów ma odzwierciedlenie również w obowiązkach opisanych w treści Rozdziału II ust. 3.16, zgodnie z którym: W zakresie ZADAŃ 1 - 3 do Wykonawcy należy zapewnienie środków higieny takich jak: papier toaletowy, mydło w płynie, ręczniki papierowe do rąk jak również worków na odpady, które powinny być uzupełniane w miarę potrzeb, tak by

pracownicy zamawiającego mieli stały dostęp do w/w środków. Koszt środków higieny, o których mowa powyżej, Wykonawca wlicza w cenę usługi. (...) Do Wykonawcy należy zapewnienie urządzeń, narzędzi, materiałów, środków czystości, worków na odpady, których koszt należy wliczyć w cenę usługi.”

Zgodnie z Rozdziałem XVI ust. 6 SWZ: „Wszystkie koszty należy uwzględnić w zaoferowanej cenie jednostkowej zgodnie z wzorami formularzy cenowych zadań.”. Wszelkie zaniechania w tym zakresie będą prowadzić do złożenia oferty niezgodnej z warunkami zamówienia, zawierającej błąd w obliczeniu ceny (co zostanie rozwinięte w dalszej części pisma).

Zakres zamówienia opisany dla w Tabeli 6 poz. nr 1 ma charakter istotny z punktu widzenia całości zamówienia. Na powyższe wskazuje podnoszony już w treści opisu stanu faktycznego niniejszej sprawy argument, iż to właśnie cała Tabela nr 6 została wymieniona w treści SWZ, w której zamieszczono opis przedmiotu zamówienia dla Zadania nr 3. Mając na względzie, iż zakres Tabeli nr 6 obejmuje tylko jedną pozycję nr 1 (której sposób wyceny jest kwestionowany przez odwołującego) stwierdzić należy, iż dokonanie niewłaściwej wyceny dla tej pozycji jest ważne z punktu widzenia prawidłowej wyceny całej oferty.

Wprowadzony przez zamawiającego do umowy kosztorysowy charakter wynagrodzenia, jak również zawarte w treści specyfikacji postanowienia prowadzą do wniosku, iż każda pozycja zawarta w formularzu cenowym powinna uwzględniać wszystkie koszty niezbędne do realizacji zamówienia. W przypadku wynagrodzenia kosztorysowego, to ceny wskazane w treści formularza ofertowego/cenowego zaoferowane przez wykonawcę dla każdej z pozycji będą stanowić podstawę do ustalenia wynagrodzenia wykonawcy. Powyższe oznacza, iż nieprawidłowości dotyczących sposobu wyceny pojedynczej pozycji nie można bagatelizować, np. tylko i wyłącznie z uwagi na fakt, iż są one jednymi z wielu pozycji zawartych w formularzu. Skoro zamawiający wymagał wskazania ofercie cen jednostkowych i ustalił sposób obliczenia w oparciu o te ceny jednostkowe wysokości przyszłego wynagrodzenia wykonawcy, uznać należy, iż nadanie cenom jednostkowym przymiotu „istotności” było decyzją zamawiającego. W taki sposób ceny jednostkowe wskazane dla poszczególnych pozycji powinny być zatem przez niego traktowane w procesie oceny ofert. Zamawiający nie powinien się uchylać od weryfikacji prawidłowości cen jednostkowych w ofertach składanych przez wykonawców. Zaniechanie zamawiającego w tym zakresie, należy uznać za istotne naruszenie ustawy.

Odnosnie zaniżenia ceny dla pozycji wskazanej w Tabeli 4 poz. 7 odwołujący podniósł, że argumentację dotyczącą nieuwzględnienia w procesie wyceny wszystkich elementów cenotwórczych istotnych z punktu widzenia zakresu zamówienia uregulowanego w Tabeli 6 poz. 1 należy odnieść również do zakresu zamówienia z Tabeli nr 4 poz. 7, pomimo, iż odmiennie, niż w przypadku Tabeli 6, ten zakres zamówienia nie będzie realizowany doraźnie. Pomimo, to cena zaoferowana przez wykonawcę dla tej pozycji, zgodnie z treścią § 9 ust. 6 umowy również powinna spełniać wymagania dotyczące uwzględnienia wszelkich elementów cenotwórczych istotnych z punktu widzenia tej pozycji: koszty osobowe, koszty urządzeń, narzędzi, materiałów, środków czystości i higieny, worków na śmieci, ubezpieczenia, dojazd pracowników.

Fakt, iż zamawiający, jako jednostkę miary do wyceny niniejszej pozycji przyjął 1m² nie uprawniał przyjęcia przez wykonawcę ceny pozornej, której zamieszczenie w danej pozycji miało na celu jedynie uchronienie się wykonawcy przed skutkiem odrzucenia oferty uregulowanym w treści Rozdziału XVI ust. 5 SWZ. Zamawiający przewidział w treści SWZ, iż zaoferowanie ceny jednostkowej na poziomie „0 zł” lub pozostawienie danej w pozycji w tabeli cenowej bez koniecznej wyceny, będzie skutkowało odrzuceniem oferty jako niezgodnej z warunkami zamówienia. Lektura tak sformułowanych postanowień SWZ prowadzi do wniosku, iż dokonując wyceny pozycji Tabeli 4 pkt 7 wykonawcę KALRISTO działał z pełną świadomością, iż cena 0,01 zł (1 gr) nie jest realna, aby możliwa była za tę cenę realizacja „mycia szyb przy ładzie, drzwi wejściowych (na wysokości części ruchomej) ściany przeszklonej i drzwi na parterze i na I piętrze”, nawet jeżeli jako punkt odniesienia dla tej pozycji jednostką obliczeniową jest tylko 1m². Głęboko wątpliwym jest, iż za 0,01 zł możliwa jest realizacja tego zakresu zamówienia, m.in. z uwagi na treść cytowanych już wcześniej postanowień § 9 ust. 6 Umowy oraz Rozdziału XVI ust. 6 SWZ, które de facto stanowią zakaz przerzucania kosztów pomiędzy poszczególnymi pozycjami. Jednocześnie zwrócić należy uwagę na istotne różnice, jakie możemy zauważyć w poziomie wyceny tej pozycji przez wszystkich wykonawców, którzy złożyli ofertę w Postępowaniu dla zadania nr 3. Oferta wykonawcy KALRISTO znacznie odbiega od poziomu cen zaoferowanych przez pozostałych wykonawców.

Jednostkowe ceny zaoferowane przez pozostałych wykonawców przewyższają ceny zaoferowane przez wykonawcę KALRISTO nawet kilkudziesięciokrotnie (a w przypadku Tabeli 6 poz. 1 nawet kilkuset krotnie) – co prowadzi do istotnych różnic w łącznych cenach dla tych pozycji.

Średnia cena jednostkowa złożonych ofert dla Tabeli 4 poz. 7 wyniosła 0,72 zł, co oznacza, iż cena zaoferowana dla tej pozycji przez wykonawcę KALRISTO jest niższa o więcej niż 30% od średniej arytmetycznej tych cen. Pomimo, że przepis art. 224 ust. 2 ustawy Pzp regulujący sytuację obligatoryjnego wezwania wykonawcy do wyjaśnień odnosi się do globalnej ceny oferty, to odwołanie się, w przypadku ceny wskazanej przez wykonawcę dla danej pozycji, do tych samych narzędzi weryfikacji prawidłowości jej kalkulacji, jak ma to miejsce w przypadku ceny całej oferty, pozwala na

zobrazowanie znacznej różnicy w poziomie cen, jak również na zwrócenie uwagi, iż w przypadku wystąpienia przesłanek opisanych w treści przepisu art. 224 ust. 2 Pzp, Zamawiający powinien powziąć stosowne wątpliwości, skutkujące następnie co najmniej podjęciem czynności wyjaśniających wobec wykonawcy

. Z uwagi na fakt, iż ceny zaoferowane przez wykonawcę KLARISTO dla kwestionowanych pozycji zostały wycenione w oderwaniu od rzeczywistych kosztów i nakładów koniecznych do realizacji wyodrębnionej części zamówienia, takie wezwanie powinno zostać skierowane do wykonawcy KLARISTO przez zamawiającego.

Ceny zaoferowane przez wykonawcę KLARISTO dla kwestionowanych pozycji są tak niskie, że nie tylko nie są cenami rynkowymi, lecz także wątpliwym jest opłacalność wykonania za nie właściwych dla tych pozycji usług. W tej konkretnej sytuacji wykonawca musiałby dopłacać do ich wykonania, albo „przerzucać koszty” z innych usług, co jak już zostało wskazane wcześniej - na gruncie przedmiotowego Postępowania jest niedozwolone. Tak naprawdę cena za przedmiotowe usługi na poziomie 0,01 zł nie ma żadnego uzasadnienia (podobnie jak cena 1,00 zł dla Tabeli 6 poz. 1).

Powyższe powinno być dla zamawiającego istotne z uwagi na fakt, iż umowa o świadczenie usług przewiduje dla wykonawcy wypłatę wynagrodzenia kosztorysowego a treść umowy i dokumentacji postępowania zawiera w swojej treści zakaz przeliczania kosztów pomiędzy poszczególnymi pozycjami. Powyższa argumentacja, jak również doświadczenie życiowe, prowadzi do w pełni uzasadnionego wniosku, że realizacja zakresu zamówienia opisanego dla Tabeli 4 poz. 7 za cenę 0,01 zł nie jest możliwa.

Odnosnie zarzutu dotyczącego zaniżenia ceny jako czynu nieuczciwej konkurencji odwołujący podniósł m.in., że treść formularza cenowego wykonawcy KLARISTO budzi uzasadnione wątpliwości w kontekście tego, czy wykonawca ten w sposób rzetelny wycenił wszystkie pozycje kosztorysu. Ceny jednostkowe wskazane dla niektórych z zamieszczonych tam pozycji zaoferowane zostały poniżej realnych kosztów wykonania. Wykonawca KLARISTO celowo zaniżył niektóre pozycje kosztorysu ofertowego w tym postępowaniu, aby w rezultacie obniżyć, w sposób niezauważony, wartość globalną swojej oferty i w ten sposób uzyskać przedmiot zamówienia.

W świetle art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp zamawiający, dokonując badania i oceny ofert, ma obowiązek ustalić, czy nie została ona złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z art. 3 ust. 1 uznk znamiona czynu nieuczciwej konkurencji wyczerpuje działanie przedsiębiorcy, które jest sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Katalog czynów stanowiących nieuczciwą konkurencję ma charakter otwarty, tzn. za czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu uznk mogą być uznane wszelkie zachowania, które są sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, a których konsekwencją jest naruszenie interesu innego przedsiębiorcy. W świetle orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej za czyn nieuczciwej konkurencji uznawana jest praktyka manipulowania ceną oferty poprzez określanie cen jednostkowych w taki sposób, że ich część określana jest na poziomie rażąco niskim, w oderwaniu od rzeczywistych kosztów i nakładów koniecznych do realizacji wyodrębnionej części zamówienia. Brak obiektywnego uzasadnienia dla dokonywania takiej operacji wskazuje, że jedynym jej celem jest zamierzona optymalizacja wyceny przedmiotu zamówienia, która pozwala na uzyskanie przewagi nad innymi wykonawcami. Takie działanie w sposób oczywisty prowadzi do wynaturzeń pozbawiających ekonomicznego sensu cały system zamówień publicznych, a także ewidentnie narusza interes innych przedsiębiorców (wykonawców) oraz klienta (zamawiającego). Podobnie wskazała Izba w wyroku z dnia 26 listopada 2021 r. w sprawie o sygn. akt KIO 3295/21.

Nie da się więc nie dostrzec, że wartości cen jednostkowych wskazane przez wykonawcę KLARISTO są rażąco zaniżone, a ich wartość nie pokrywa nawet kosztu zakupu materiałów niezbędnych do zrealizowania prac objętych tymi pozycjami, nie wspominając już braku uwzględniania w tej wycenie kosztów osobowych związanych z ich realizacją, czy też kosztów dojazdu. Tak znacząca, widoczna i wysoka różnica w proporcjach wartości poszczególnych pozycji ustalonych przez poszczególnych wykonawców, nie może być bowiem uznana jedynie za element kalkulacji, tym bardziej, iż cena zaoferowana przez wykonawcę KLARISTO (w szczególności w zakresie ceny wskazanej dla Tabeli 4 poz. 7) kształtuje się na poziomie minimalnym, którego wartość pozwala na uniknięcie skutku odrzucenia oferty, który miałby miejsce w przypadku zastosowania przez wykonawcę dla tej pozycji ceny „0 zł”.

Tym samym, istnieją wyraźne podstawy do tego by przyjąć, że oferta wykonawcy KLARISTO złożona została w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji i powinna była zostać zbadana przez zamawiającego, a następnie odrzucona. Powyższymi czynnościami zamawiający uchybił, czym naruszył przepisy ustawy Pzp. Krajowa Izba Odwoławcza wielokrotnie wypowiadała się w kwestii manipulowania cenami ofert w celu sztucznego zaniżania cen jednostkowych, uznając takie praktyki za naganne i predestynujące oferty wykonawców, którzy je stosują do odrzucenia, tak np. w wyroku Izby z dnia 3 grudnia 2015 r. sygn. KIO 2553/15.

Ocena tego, czy dane zachowanie wykonawcy miało znamiona czynu nieuczciwej konkurencji powinna mieć miejsce na moment składania ofert, co potwierdza art. 226 ust. 1 7 Pzp, który mówi o odrzuceniu oferty, która „została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji”. Uznanie, iż w danym stanie faktycznym mieliśmy do czynienia z czynem nieuczciwej konkurencji, nie wymaga, aby niezgodne z ustawą działanie wykonawcy skutkowało naruszeniem

interesu innych wykonawców. Wystarczającym jest, iż działanie wykonawcy może być uznane za zagrożenie dla tego dobra.

Odnosnie zarzutu dotyczącego błędu w obliczeniu ceny odwołujący podniósł, że wadliwość oferty wykonawcy KLARISTO nie wynika jedynie z samego zaniżenia wartości poszczególnych pozycji. Za okoliczność o wyjątkowym znaczeniu dla niniejszej analizy uznać należy, że zaniżenie to skutkuje brakiem możliwości wykonania zakresów przypisanych do tych pozycji za zaoferowane ceny. Podkreślenia w tym miejscu wymaga, iż postanowienie § 9 ust. 6 umowy nakazuje, by każda cena jednostkowa zawarta w ofercie uwzględniała wszelkie koszty wykonania przedmiotu zamówienia, w tym w szczególności koszty osobowe, koszty urządzeń, narzędzi, materiałów, środków czystości i higieny, worków na śmieci, ubezpieczenia, dojazd pracowników a postanowienie Rozdziału XVI ust. 6 SWZ zawiera zakaz przerzucania kosztów pomiędzy pozycjami i cenami jednostkowymi.

Okoliczność zawarcia w treści formularzy cenowych cen na poziomie 1,00 zł oraz 0,01 zł winna więc była wzbudzić wątpliwości zamawiającego nie tylko w kontekście nierealistycznych cen jednostkowych, ale również w kontekście tego, czy cena oferty nie zawiera błędu i uwzględnia wszystkie postawione przez Zamawiającego elementy dla danego zakresu prac. Jak odwołujący podniósł we wcześniejszej części pisma (w szczególności w pkt II.1.1. oraz II.1.2. odwołań) oferta tego wykonawcy faktycznie nie obejmuje wszystkich elementów składających się na przedmiot zamówienia, na co wskazuje wycena oferty wykonawcy KLARISTO dla Tabeli 4 poz. 7 oraz Tabeli 6 poz. 1. Powyższe ceny nie pokrywają nawet minimalnych kosztów związanych z jej elementami składowymi, w tym kosztu zakupów niezbędnych do wykonania prac materiałów, kosztów dojazdu i kosztów osobowych. Powyższe oznacza, iż oferta wykonawcy KLARISTO jest niezgodna z następującymi postanowieniami Specyfikacji: XVI ust. 6 SWZ oraz § 9 ust. 4 -4 umowy. Tak oczywista niezgodność objawiająca się w błędnej kalkulacji ceny, prowadzi do wniosku, iż zaniechanie uwzględniania w wycenie wszystkich elementów koniecznych dla prawidłowej realizacji zamówienia stanowi także niezgodność z warunkami zamówienia. Oferta wykonawcy KLARISTO powinna zatem podlegać odrzuceniu, z uwagi na błąd w obliczeniu ceny oraz niezgodność z warunkami zamówienia.

Odnosnie zarzutu dotyczącego zaniechania wezwania wykonawcy do wyjaśnień rażąco niskiej ceny kwestionowanych pozycji odwołujący podniósł m.in., że nie sposób nie dostrzec, iż wadliwość oferty tego wykonawcy winna była wzbudzić wątpliwości zamawiającego również na innych, odrębnych płaszczyznach, a mianowicie – rażąco niskich cen jednostkowych (art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp). Zamawiający dokonując badania i oceny oferty winien był więc wezwać wykonawcę KLARISTO do wyjaśnienia cen wskazanych w Tabeli 4 poz. 7 oraz Tabeli 6 poz. 1, pod kątem tego, czy ceny te uwzględniają wszystkie wymagane SWZ elementy kosztotwórcze, oraz winien był wyjaśnić podstawy zaoferowania przez KLARISTO cen jednostkowych na nierynkowym, nierealistycznym poziomie.

Weryfikacja oferty pod kątem realności ceny zaoferowanej przez danego wykonawcę i obowiązek odrzucenia oferty zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia służy w szczególności temu, żeby eliminować z postępowania wykonawców niewiarygodnych i nierzetelnych. Ustawodawca przewidując, iż w toku postępowania nierzetelni wykonawcy mogą próbować oferować ceny, które dla konkretnego zakresu zamówienia mogą stanowić ceny na zaniżonym poziomie, umieścił w ustawie przepisy przewidujące możliwość skorzystania przez zamawiającego z narzędzi umożliwiających weryfikację ceny. Na skutek skorzystania z tych narzędzi, do których należy zaliczyć instytucję wezwania do wyjaśnień ceny oferty, wykonawca do którego wezwanie zostało skierowane, zobowiązany jest do przedłożenia stosownych wyjaśnień i dowodów potwierdzających dokonanie kalkulacji ceny na poziomie realnym, umożliwiającym wykonanie za zaoferowaną cenę pełnego zakresu zamówienia (pod rygorem odrzucenia oferty, w sytuacji nieobalenia przez wykonawcę powstałego na skutek skierowania do niego stosownego wezwania domniemania).

Opisane narzędzia mają zapobiegać wybieraniu ofert, które nie dają pewności, że zamówienie zostanie wykonane i to bez uszczerbku dla jego jakości oraz chronić zamawiającego przed nieuczciwymi praktykami wykonawców (które w krańcowym rozrachunku, mogą prowadzić do powstania szkody w majątku zamawiającego). Jednocześnie art. 224 ust. 1 i 2 ustawy Pzp chroni rzetelnych wykonawców, gdyż ułatwia eliminowanie z zamówień publicznych tych, którzy łamią zasady uczciwej konkurencji w zakresie ceny.

Pomimo, że w postępowaniu nie ziściły się opisane w art. 224 ust. 2 ustawy Pzp przesłanki warunkujące obligatoryjne rozpoczęcie procedury wyjaśniania rażąco niskiej ceny oferty, niemniej jednak analiza opisanych powyżej pozycji Tabeli 4 poz. 7 oraz Tabeli 6 poz. 1 daje klarowne podstawy do tego by uznać, że weryfikacja pod kątem rażąco niskiej ceny winna była zostać przeprowadzona przez zamawiającego w ramach art. 224 ust. 1 ustawy Pzp. Bezsporne jest bowiem, że obowiązkiem zamawiającego było poddanie cen jednostkowych w ofertach wszystkich wykonawców szczegółowej i pogłębionej analizie. Ewentualne zaniżenie istotnych cen jednostkowych może bowiem skutkować niemożnością prawidłowej realizacji zamówienia, z uwagi na brak możliwości jego realizacji za zaniżone, nierealne, a wynikające z oferty ceny.

Wykonawca KLARISTO złożył ofertę zbudowaną w oparciu o zaniżone ceny jednostkowe, odnoszące się do kluczowych zakresów przedmiotu zamówienia i uniemożliwiające jego realizację zgodnie z oczekiwaniami zamawiającego. Dyspozycja art. 224 ust. 1 ustawy Pzp odwołuje się do okoliczności subiektywnej, jaką są wątpliwości zamawiającego. Oznacza to tyle, że zamawiający może zawsze (o ile zrodzą się po jego stronie wątpliwości) przeprowadzić weryfikację ceny ofertowej (niezależnie od tego z czego te wątpliwości wynikają i czy są rzeczywiście uzasadnione). Stanowi to wyraz troski o finansowe publiczne. Nie oznacza to jednak, że nie jest możliwe zobjektywizowanie katalogu przypadków, w których zamawiający powinien zwrócić się do wykonawców o wyjaśnienia. W takim przypadku zamawiający, kierując się właśnie troską o finanse publiczne i prawidłowość ich wydatkowania, powinien bezwzględnie skierować do wykonawcy wnioski o złożenie wyjaśnień.

Nabiera to szczególnego znaczenia w obliczu kosztorysowego charakteru wynagrodzenia, na które zdecydował się zamawiający.

Zaktualizowanie się obowiązku zamawiającego wezwania do wyjaśnień cen zaoferowanych przez wykonawcę dla odrębnych pozycji ma miejsce w sytuacji, gdy wątpliwość dotycząca prawidłowości dokonanej wyceny dotyczy tej części zamówienia, która ma charakter istotny. Izba niejednokrotnie stawiała na stanowisku, iż w przypadku zawarcia w umowie postanowień kształtujących charakter wynagrodzenia jako wynagrodzenie kosztorysowe, każda z wyodrębnionych pozycji ma charakter istotny z punktu widzenia całości zamówienia i wysokości należnego finalnie wykonawcy wynagrodzenia.

Na gruncie stanu faktycznego dotyczącego wyroku KIO 2974/20, Izba również miała do czynienia z sytuacją, gdzie przedmiotem udzielanego zamówienia były usługi sprzątania, wynagrodzenie przewidziane w umowie było wynagrodzeniem kosztorysowym, zakres usług realizowanych w ramach pozycji, których ceny były kwestionowane obejmował m.in. mycie okien, a zaoferowane ceny kształtowały się na poziomie 0,02 oraz 0,03 zł (poziomie bardzo zbliżonym do niniejszego stanu faktycznego). Na kanwie tych okoliczności, Izba uwzględniła odwołanie wykonawcy (który zakwestionował poziom zaoferowanych przez konkurenta cen na wskazanym powyżej poziomie), nakazując zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i wezwanie wykonawcy do wyjaśnień ceny oferty.

Na wypadek, gdyby zamawiający lub wykonawca KLARISTO podnosił, iż kwestionowane przez odwołującego pozycje nie mogą zostać uznane za istotne z punktu widzenia wartości całego zamówienia, odwołujący wskazał na dalszą argumentację przedstawioną przez Izbę w przywołanym wyroku. Argument dotyczący konieczności oceny istotności danej pozycji poprzez uwzględnienie sposobu jego wyceny przez zamawiającego, w niniejszym stanie faktycznym jest podwójnie istotny dla Tabeli 6 poz. 1, która została wprost wyodrębniona strukturalnie przez zamawiającego i stanowi jeden z 6 zakresów wyodrębnionych wprost w opisie przedmiotu zamówienia dla Zadania nr 3.

Zamawiający kopię odwołania przekazał wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu w dniu 29 listopada 2024 r. poprzez platformę zakupową.

W dniu 2 grudnia 2024 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca B.R.

i E.R. prowadzących działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej pod nazwą Firma Usługowa KLARISTO s.c. B.R. E.R.

z siedzibą w Krakowie, zwany dalej „przystępującym”, zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego, po stronie zamawiającego.

Wykonawca B.R. i E.R. prowadzących działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej pod nazwą Firma Usługowa KLARISTO s.c. B.R., E.R. z siedzibą w Krakowie w dniu 15 grudnia 2024 r. (pismem z dnia 13 grudnia 2024 r.) złożył pismo procesowe w sprawie, wnosząc o oddalenie odwołania.

Zamawiający w dniu 16 grudnia 2024 r. (pismem z tej samej daty) złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o oddalenie odwołania oraz zasądzenie od odwołującego na rzecz zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym treść ogłoszenia o zamówieniu oraz treść SWZ, złożone oferty, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron oraz Przystępującego złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp.

Izba również stwierdziła, że wypełniono przesłanki istnienia interesu odwołującego

w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia wykonawcy B.R. i E.R. prowadzących działalność gospodarczą w

formie spółki cywilnej pod nazwą Firma Usługowa KLARISTO s.c. B.R., E.R. z siedzibą w Krakowie, zwanego dalej „Przystępującym”, do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie Zamawiającego.

Izba rozpoznając sprawę uwzględniła akta sprawy odwoławczej, które zgodnie z § 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz. U.

z 2020 r. poz. 2453) stanowią odwołanie wraz z załącznikami oraz dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia w postaci elektronicznej lub kopia dokumentacji,

o której mowa w § 7 ust. 2, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma kierowane przez Izbę lub Prezesa Izby w związku z wniesionym odwołaniem.

Izba dopuściła zawnioskowane przez przystępującego i złożone w załączeniu do pisma procesowego z dnia 13 grudnia 2024 r., tj.:

- 1) wydruk informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 31 sierpnia 2016r., znak: FZ-281-65/16;
- 2) wydruk informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 5 listopada 2018r., LZ-281-109/18;
- 3) wydruk informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 22 października 2020r., znak: LP.282.110.2020;
- 4) umowa z Gminą Miejska Kraków - Zarząd Transportu Publicznego w Krakowie nr TKZ.461.1.8.2024;
- 5) umowa z MPK SA w Krakowie nr RE220292;
- 6) umowa z Business Consulting Sp. z o.o. z 31.03.2016 r.

Izba dopuściła zawnioskowane przez odwołującego i złożone na rozprawie dowody, tj.:

- 1) wydruk ze strony internetowej dotyczący cen paliw na dzień 10 października 2024 r.,
- 2) wydruk ze strony internetowej dotyczący cen paliw Lotosu z datami od września do grudnia 2024 r.

Izba uwzględniła także stanowiska złożone ustnie przez strony i przystępującego do protokołu posiedzenia i rozprawy.

Mając na uwadze powyższe skład orzekający Izby merytorycznie rozpoznał złożone odwołanie, uznając że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w zw. z art. 17 ust. 2 ustawy Pzp poprzez brak odrzucenia oferty wykonawcy KLARISTO w Zadaniu nr 3, a w konsekwencji jej wybór, podczas gdy oferta ta jest niezgodna z warunkami zamówienia i zawiera błędy w obliczeniu ceny, gdyż oferta tego wykonawcy faktycznie nie obejmuje wszystkich elementów składających się na przedmiot zamówienia, na co wskazuje wycena wykonawcy KLARISTO w ramach Tabeli 4 poz. 7 „Hol główny i korytarz na I piętrze” oraz Tabeli 6 poz. 1 „Dworce, Terminale, Punkty Socialne, Punkty Sprzedaży Biletów”, która to wycena nie pokrywa nawet minimalnych kosztów związanych z jej elementami składowymi, w tym kosztu zakupów niezbędnych do wykonania prac materiałowych, kosztów dojazdu i kosztów osobowych (zarzut 1 odwołania) nie potwierdził się.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zamawiający w Rozdziale XVI SPOSÓB OBLICZENIA CENY podał:

„1. Przez cenę należy rozumieć cenę w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt. 1 ustawy z dnia 9 maja 2014 r. o informowaniu o cenach towarów i usług (tekst jednolity Dz. U. 2023 r. poz. 168). W formularzu cenowym (zał. nr 5.1-5.3 do SWZ) wybranego zadania należy podać ceny jednostkowe netto poszczególnych czynności oraz wartości netto i brutto za wykonywanie poszczególnych czynności.

2. Przy obliczeniu ceny wszyscy Wykonawcy mają uwzględnić podane przez Zamawiającego w formularzach cenowych stawki podatku od towarów i usług VAT, przyjęte przez Zamawiającego na potrzeby obliczenia ceny oferty i dokonania oceny i wyboru ofert. (...)

3. Wszystkie składniki ceny oferty (cena jednostkowa netto oraz pozostałe wartości) należy podać z dokładnością nie większą niż dwa miejsca po przecinku

4. W ofercie należy podać cenę za wykonanie wybranych części przedmiotu zamówienia ZADAŃ - wartości netto i brutto.

5. Zamawiający nie dopuszcza zaoferowania ceny jednostkowej „0” zł lub pozostawienia pozycji bez wyceny. W takim przypadku oferta zostanie odrzucona jako niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

6. W cenę przedmiotu zamówienia należy wliczyć koszty osobowe (wynagrodzenie osób wykonujących usługi) oraz pozostałe wykonania usług tj. koszty używanych do realizacji usług: urządzeń, narzędzi, materiałów, chemicznych środków czystości, środków higieny, ubezpieczenia, dojazd pracowników Wykonawcy, koszt usuwania odpadów itp. Wszystkie koszty należy uwzględnić w zaoferowanej cenie jednostkowej zgodnie z wzorami formularzy cenowych dla poszczególnych zadań.”.

Wykonawca KLARISTO w Tabeli nr 4, poz. 7 „mycie szyb przy ladzie, drzwi wejściowych (na wysokości części ruchomej) ściany przeszklonej i drzwi na parterze i na I piętrze” dla pozycji „cena jednostkowa netto (dotyczy jednostki miary wskazanej w kol. 12)” wpisał „0,01” a w kolumnie „wartość netto za cały okres realizacji w zł” wpisał „49,92”.

Natomiast w Tabeli nr 6, poz. 1 „ Mycie i dezynfekcja urządzeń sanitarnych – usługa zlecana przez

Zamawiającego tzw.: „na żądanie”. Czas podjęcia interwencji – do 3 godzin od przekazania zgłoszenia przez Zamawiającego” dla pozycji „cena jednostkowa netto (dotyczy jednostki miary wskazanej w kol. 12)” wpisał „1,00” a w kolumnie „wartość netto za cały okres realizacji w zł” wpisał „50,00”.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp stanowi, że „Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli (...) jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia”. Oznacza to, że niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia polega na niezgodności zobowiązania wykonawcy wyrażonego w jego ofercie ze świadczeniem, którego zaoferowania wymaga zamawiający i, które opisał w dokumentach zamówienia.

Natomiast art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp stanowi, że „Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli (...) zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu”. Za błąd w obliczeniu ceny uznaje się nieprawidłowości w wycenie oferty przez wykonawcę polegające na niezastosowaniu lub wadliwym zastosowaniu przepisów prawa (innych niż Pzp), które mają wpływ na wycenę oferty.

Z kolei art. 17 ust. 2 ustawy Pzp stanowi, że „zamówienia udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy”.

Przenosząc powyższe na stan faktyczny niniejszej sprawy stwierdzić należy, że zamawiający wymagał – jak wprost wynika z Rozdziału XVI SPOSÓB OBLICZENIA CENY, pkt 6 – wliczenia w cenę przedmiotu zamówienia kosztów osobowych oraz pozostałych kosztów wykonania usługi, tj. kosztów: urządzeń, narzędzi, materiałów, chemicznych środków czystości, środków higieny, ubezpieczenia, dojazdu pracowników, usuwania odpadów itp. Zamawiający wskazał także w przywołanym wyżej rozdziale, że wszystkie koszty należy uwzględnić w zaoferowanej cenie jednostkowej zgodnie z wzorami formularzy cenowych dla poszczególnych zadań, jak również wyspecyfikował w załączonych do SWZ tabelach od 1 do 6 czynności wchodzące w zakres usług oraz częstotliwość ich wykonywania.

Odwolujący zakwestionował cenę jednostkową i koszt realizacji dwóch pozycji w ofercie złożonej przez wykonawcę KLARISTO, tj. czynność wyspecyfikowaną w tabeli 6 poz. 1 *mycie i dezynfekcja urządzeń sanitarnych – usługa zlecana przez zamawiającego tzw.: „na żądanie”. Czas podjęcia interwencji – do 3 godzin od przekazania zgłoszenia przez zamawiającego*”, dla której jako jednostkę do wyceny przyjęto 1 szt. Dla tej jednostki miary wykonawca KLARISTO przyjął cenę 1,00 zł, co w przeliczeniu na cały okres realizacji, tj. 24 miesiące daje cenę 50,00 zł za realizację tej właśnie pozycji.

Drugą z zakwestionowanych czynności stanowi czynność wskazana w tabeli 4 poz. 7 *„mycie szyb przy ladzie, drzwi wejściowych (na wysokości części ruchomej) ściany przeszklonej i drzwi na parterze i na I piętrze”*, dla której jako jednostkę do wyceny przyjęto 1 m². Dla tej jednostki miary wykonawca KLARISTO przyjął cenę 0,01 zł (1 grosz), co w przeliczeniu na cały okres realizacji, tj. 24 miesiące daje cenę 49,92 zł za realizację tej właśnie pozycji.

W odniesieniu do czynności z tabeli 6 poz. 1 podnieść należy, że - jak wynika z jej opisu – jest to czynność wykonywana na zlecenie zamawiającego, a więc na jego żądanie. Nie jest to więc czynność powtarzalna, wykonywana regularnie w określonych odstępach czasu. Czynność ta – jak słusznie wskazał odwołujący – będzie zlecana doraźnie. Jednak z uwagi na jej charakter a w zasadzie z uwagi na brak możliwości precyzyjnego podania ilości tych czynności, jak również częstotliwości ich wystąpienia poza wskazaniem jednostki miary dla wyceny tej pozycji, tj. sztuki nie podano żadnych dodatkowych informacji. Tego rodzaju czynności, jak zgodnie wskazali na rozprawie, zamawiający i przystępujący, a więc wykonawca, który od kilku lat usługę tę realizuje, występują one niezwykle rzadko. Do wykonywania tych czynności czy też zadań nie będą więc zatrudniane dodatkowe osoby, w tym także na podstawie umowy zlecenia. Wobec czego nie powstaną żadne dodatkowe koszty w tym zakresie.

Odwolujący, kwestionując koszt tej pozycji nie pokusił się nawet o przykładowe wyliczenie wszystkich kosztów, które miałyby złożyć się na ten koszt, odwołując się wyłącznie do treści SWZ (Rozdział XVI, pkt 6) i nie biorąc w ogóle pod uwagę specyfiki wykonywanej czynności. Podał jedynie koszt ceny jednego litra benzyny w okresie składania ofert, nie przekładając tego na cenę tej pozycji. Odwołujący wskazał także na konieczność zatrudnienia dodatkowego pracownika na podstawie umowy zlecenia, twierdząc iż wyliczony przez wykonawcę koszt dla tej pozycji nie uwzględnia nawet kosztów osobowych za jedną godzinę pracy pracownika zatrudnionego na podstawie umowy cywilnoprawnej. Wskazał również na brak uwzględniania kosztów urządzeń, narzędzi, materiałów, środków czystości i higieny oraz worków na śmieci. Niemniej jednak nie uwzględnił tego, że czynności wykonywane w ramach tej pozycji są to proste czynności, do realizacji których nie jest konieczne poniesienie wszystkich kosztów wchodzących w skład dodatkowych kosztów i wymienione w treści przywołanego punktu 6.

Odwolujący oparł zarzut na sposobie kalkulacji ceny jaki - w jego ocenie – jest prawidłowy a tym samym powinien być zastosowany, nie uwzględniając przy tym częstotliwości wykonywania tych czynności, jak i możliwości ich wykonywania przez znajdujących się już na miejscu świadczenia usługi pracowników wykonawcy. A tymczasem przystępujący przedstawił sposób kalkulacji ceny oferty w odniesieniu do czynności z tej pozycji, wskazując iż wykonanie czynności interwencyjnych sprzątnięcia na „żądanie” również będzie wykonywane przez pracowników w czasie

wykonywania przez nich prac zasadniczych w przedmiotowych lokalizacjach, w konsekwencji czego nie powstaną odrębne koszty osobowe, ubezpieczenia, dojazdu, przeszkolenia, wyposażenia pracowników w środki ochrony zbiorowej i środki ochrony osobistej w ramach tej pozycji. Inna kalkulacja kosztów osobowych powodowałaby w istocie podwójne wyliczenie tych kosztów.

Jeśli chodzi o koszty dodatkowe to - jak wykazał przystępujący - świadcząc tę usługę od kilku lat na rzecz tego zamawiającego wypracował korzystne warunki handlowe (upusty i rabaty) na zakup urządzeń, narzędzi, materiałów, chemicznych środków czystości i higieny. Dlatego też może zaoferować konkurencyjne ceny w tym zakresie. Czynności wykonywane w ramach tej pozycji są czynnościami prostymi, których wykonanie wymagało będzie użycia jedynie podstawowych środków i narzędzi, a w konsekwencji nie będzie wiązało się z dużymi kosztami.

Podobna sytuacja ma miejsce w odniesieniu do tabeli 4 poz. 7. Także i czynności wykonywane w tej pozycji są czynnościami, które - jak wyjaśnił przystępujący - będą wykonywane w czasie stałego dyżuru a stopień obciążenia pracowników dyżurujących obowiązkami pozwoli na należyte ich wykonanie. Dlatego też wykonywanie tych czynności nie będzie wiązało się z powstaniem po stronie wykonawcy odrębnych kosztów osobowych, ubezpieczenia, dojazdu pracowników wykonawcy, usuwania odpadów, zatrudnienia dodatkowych pracowników, ich przeszkolenia, wyposażenia w środki ochrony zbiorowej i środki ochrony osobistej. Dla wykonywania zadań z tej pozycji nie będzie także potrzeby dostarczenia środków i narzędzi ponad te, które zostaną już dostarczone w ramach usługi zasadniczej. To dopiero taki sposób realizacji tej usługi jak oczekuje tego odwołujący powodowałby - jak słusznie podniósł przystępujący - podwójne koszty realizacji usługi w tym zakresie.

W konsekwencji powyższego Izba uznała, że w niniejszym stanie faktycznym nie może być mowy zarówno o niezgodności z wymogami zamawiającego, jak i o błędzie w obliczeniu ceny. Przystępujący - jak wykazał - zarówno w cenie oferty, jak i w cenie kwestionowanych pozycji uwzględnił wymagane przez zamawiającego koszty wykonania tych czynności.

Dlatego też zarzut ten nie potwierdził się.

Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji („Uznk”) poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy KLARISTO pomimo, że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji polegający na celowym, sztucznym zaniżeniu wartości poszczególnych pozycji cenowych ujętych w Tabeli 4 poz. 7 oraz Tabeli 6 poz. 1, co w rezultacie pozwoliło temu wykonawcy obniżyć wartość globalną swojej oferty i uzyskać przedmiot zamówienia, a co jednocześnie świadczy o złożeniu oferty w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji (zarzut 2 odwołania) nie potwierdził się.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Wykonawca KLARISTO w Tabeli nr 4, poz. 7 „mycie szyb przy ladzie, drzwi wejściowych (na wysokości części ruchomej) ściany przeszklonej i drzwi na parterze i na I piętrze” dla pozycji „cena jednostkowa netto (dotyczy jednostki miary wskazanej w kol. 12)” wpisał „0,01”, odwołujący „0,50”, a wykonawca VERDEHO „1,66”.

Z kolei wykonawca KLARISTO w Tabeli nr 4, poz. 7 „Mycie i dezynfekcja urządzeń sanitarnych – usługa zlecana przez Zamawiającego tzw.: „na żądanie”. Czas podjęcia interwencji – do 3 godzin od przekazania zgłoszenia przez Zamawiającego” dla pozycji „cena jednostkowa netto (dotyczy jednostki miary wskazanej w kol. 12)” wpisał „1,00”, odwołujący „500,00” a wykonawca VERDEHO „50,00”.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp stanowi, że „Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (...) została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji”.

Oznacza to, że zamawiający odrzuca ofertę, która została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Z kolei „czynem nieuczciwej konkurencji – zgodnie z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, zwanej dalej „uznk” - jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta”. Tak więc aby określone zachowanie wykonawcy uznać za czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 ust. 1 uznk, konieczne jest łączne spełnienie następujących przesłanek:

- 1) działanie podjęte jest w związku z działalnością gospodarczą,
- 2) działanie to wskazuje na sprzeczność z prawem lub dobrymi obyczajami,
- 3) doszło do zagrożenia lub naruszenia interesu innego przedsiębiorcy lub klienta.

Przenosząc powyższe na stan faktyczny niniejszej sprawy stwierdzić należy, że odwołujący nie wykazał, przytaczając orzecznictwo z zakresu czynów nieuczciwej konkurencji, że w tym stanie faktycznym doszło do nieprawidłowego skalkulowania ceny, co w konsekwencji spowodowało brak możliwości realnego konkurencyjnego wyprzedzenia cen przez wykonawców. Cena zaoferowana przez przystępującego - jak wykazał w trakcie rozprawy - jest ceną realną, skalkulowaną w oparciu o wieloletnie doświadczenie tego wykonawcy także w świadczeniu tego rodzaju usług na rzecz tego zamawiającego. Okoliczność, iż ceny kwestionowanych pozycji są niższe od cen zaoferowanych przez

odwołującego nie oznacza jeszcze, że działanie przystępującego jest sprzeczne z prawem. Taka sytuacja w tym stanie faktycznym nie ma bowiem miejsca.

Dlatego też Izba uznała, że zarzut ten nie potwierdził się.

Zarzut naruszenia art. 224 ust. 1 Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy KLARISTO do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny („RNC”), pomimo iż opisane w dalszej części pisma części składowe oferty tego wykonawcy wydają się być rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i niewystarczające do jego wykonania, co też winno skutkować wezwaniem do wyjaśnień, a następnie – o ile wykonawca ten nie złożyłby wyjaśnień w tym zakresie lub też okazałyby się one niewystarczające – odrzuceniem oferty tego wykonawcy, czego jednak Zamawiający zaniechał, a co doprowadziło do wyboru oferty KLARISTO jako najkorzystniejszej (zarzut 3 odwołania) nie potwierdził się.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Wykonawca KLARISTO w Tabeli nr 4, poz. 7 „mycie szyb przy ladzie, drzwi wejściowych (na wysokości części ruchomej) ściany przeszklonej i drzwi na parterze i na I piętrze” dla pozycji „cena jednostkowa netto (dotyczy jednostki miary wskazanej w kol. 12)” wpisał „0,01”, odwołujący „0,50”, a wykonawca VERDEHO „1,66”.

Z kolei wykonawca KLARISTO w Tabeli nr 4, poz. 7 „Mycie i dezynfekcja urządzeń sanitarnych – usługa zlecana przez Zamawiającego tzw.: „na żądanie”. Czas podjęcia interwencji – do 3 godzin od przekazania zgłoszenia przez Zamawiającego” dla pozycji „cena jednostkowa netto (dotyczy jednostki miary wskazanej w kol. 12)” wpisał „1,00”, odwołujący „500,00” a wykonawca VERDEHO „50,00”.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Art. 224 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że *„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.”*

Z kolei art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp stanowi, że *„zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli (...) zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia”*. Przepis ten nakazuje więc odrzucić ofertę, która zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Niemniej jednak w sytuacji gdy 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. To tylko w sytuacji gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o podatek VAT zamawiający obligatoryjnie zwraca się o udzielenie takich wyjaśnień.

Pojęcia „wydaje się” i „budzi wątpliwości zamawiającego” są pojęciami nieostryimi i mają szerokie możliwości zastosowania. Tak więc zamawiający, dokonując oceny ofert, musi ją odnieść do realiów rynkowych i na ich podstawie ocenić czy wrażenie niskiego poziomu ceny lub kosztu jest trafne i zobowiązuje do wyjaśnienia ceny oferty danego wykonawcy. Instytucja ta umożliwia weryfikację wiarygodności ceny zaoferowanej przez wykonawcę i daje możliwość wezwania wykonawcy przez zamawiającego do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny.

W niniejszym stanie faktycznym nie wystąpiły przesłanki obligatoryjnego zwrócenia się do przystępującego o udzielenie wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny oferty.

Podstawą wezwania wykonawcy w trybie powyższym mogą być także wątpliwości dotyczące istotnych części składowych ceny oferty. Brak jest jednak generalnego wskazania, które elementy ceny całkowitej są istotne i jako takie mogą podlegać samodzielnemu badaniu w zakresie rażąco niskiej ceny. Może się bowiem zdarzyć, że cena całkowita nie budzi wątpliwości. W tym stanie faktycznym tak właśnie jest. Cena całkowita takich wątpliwości nie budzi. Wobec powyższego rozważyć należy czy zamawiający powinien mieć wątpliwości co do dwóch kwestionowanych przez odwołującego pozycji (tabela 6 poz. 1, tabela 4 poz. 7) i powinien był wezwać przystępującego do wyjaśnień ceny tych pozycji.

W tym stanie faktycznym wykonawcy poza podaniem ceny oferty zobowiązani byli bowiem wycenić usługi wyspecyfikowane w załączonych do SWZ tabelach. Cena jednostkowa dla każdej z wyspecyfikowanych pozycji musiała być przy tym tak skalkulowana, aby pokrywać wszelkie koszty związane są z realizacją tej właśnie czynności. Wykonawca nie mógł przy tym kosztów realizacji wskazanej czynności doliczać do kosztów realizacji innych czynności.

Niemniej jednak czynności wyspecyfikowane w kwestionowanych pozycjach są czynnościami wykonywanymi w czasie stałego dyżuru a stopień obciążenia pracowników dyżurujących obowiązkami. W taki też sposób wykonawca KLARISTO obecnie realizuje zamówienie na rzecz tego zamawiającego. A ponadto czynności opisane w tabeli 6 poz. 1 są czynnościami wykonywanymi dopiero na wyraźne zlecenie zamawiającego a więc jego żądanie. Jest to więc

czynność zlecana doraźnie i – jak wynika z informacji podanych na rozprawie - rzadko występująca. Wobec powyższego zamawiający, znając specyfikę realizowanego zamówienia a w szczególności kwestionowanych pozycji, nie miał podstaw do wzywania wykonawcy do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Istotnie na podstawie cen tych pozycji zamawiający będzie obliczał wysokość należnego wykonawcy wynagrodzenia. Istotnie ceny tych pozycji zostały bardzo nisko wycenione. Niemniej jednak charakter tych czynności, jak i sposób ich wykonywania bezzasadnym czyni wezwanie tego wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie wyceny tabeli 6 poz. 1 oraz tabeli 4 poz. 7 i wyjaśnienia przez tego wykonawcę jakie złożenia kalkulacji ceny jednostkowej przyjął dla tych pozycji kosztorysowych.

Dlatego też Izba uznała, że zarzut ten nie potwierdził się.

W kontekście powyższego **zarzut naruszenia art. 16 ustawy Pzp poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości (zarzut 4 odwołania)** potwierdził się.

Izba nie stwierdziła naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp wskazanych przez odwołującego w treści wniesionego odwołania.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 574 ustawy Prawo zamówień publicznych (tj.: z dnia 14 lipca 2023 r., Dz. U. z 2023 r., poz. 1605) oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 pkt 1) w zw. z § 5 pkt 2) lit. a), b) i d) rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r., poz. 2437).

Przewodnicząca: