

WYROK

Warszawa, dnia 03 czerwca 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodnicząca: Joanna Stankiewicz-Baraniak

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 06 maja 2024 r. przez wykonawcę „SEKRET” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gorzowie Wielkopolskim, przy ul. Husarskiej 20-22 (66-400 Gorzów Wielkopolski) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego PGE Energia Ciepła spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie przy ul. Złotej 59 (00-120 Warszawa)

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego: wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia CONTACT spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w miejscowości Wędrzyn 12/4A (69-211 Wędrzyn) i HR Kopalnie spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w miejscowości Wilkanowo, przy ul. Wandy Komarnickiej 10 (66-008 Świdnica)

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawcę „SEKRET” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gorzowie Wielkopolskim i:

2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez ww. wykonawcę tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika,

2.2. zasądza od wykonawcy „SEKRET” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gorzowie Wielkopolskim na rzecz zamawiającego kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

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 1580/24

UZASADNIENIE

PGE Energia Ciepła spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie (zwany dalej: „zamawiającym”) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r., poz. 1605 ze zm.), zwanej dalej: „Pzp”, w trybie przetargu nieograniczonego, pn. „Świadczenie usługi sprzątnięcia i utrzymania czystości pomieszczeń, dróg i chodników oraz pielęgnacji zieleni na terenie PGE Energia Ciepła S.A. Oddział Elektrociepłownia w Gorzowie Wielkopolskim.”, numer referencyjny: POST/PEC/PEC/UZK/00950/2023 (dalej zwane: „postępowaniem”).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 27 października 2023 r. pod numerem 2023/S 208-654551. Szacunkowa wartość zamówienia jest równa lub wyższa od progów unijnych określonych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 3 ustawy Pzp.

W dniu 06 maja 2024 r. wykonawca „SEKRET” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gorzowie Wielkopolskim (dalej zwany: „odwołującym”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec czynności podjętych przez zamawiającego polegających na:

- 1) utajeniu informacji ujętych w wyjaśnieniach wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Contact Sp. z o.o. z siedzibą w miejscowości Wędrzyn oraz HR Kopalnie Sp. z o.o. z siedzibą w miejscowości Wilkanowo (dalej zwanych: „Konsorcjum”) odnoszących się do ceny oferty mających potwierdzać, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny i uznaniu, że stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa tego wykonawcy, podczas gdy wykonawca w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa nie wykazał, że zastrzeżone informacje mają wartość gospodarczą;
- 2) wyborze oferty Konsorcjum, zawierającej zmanipulowaną cenę, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji;
- 3) zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy – Konsorcjum, którego oferta zawiera zmanipulowaną cenę i stanowi

czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, w szczególności wskutek utrudniania innym przedsiębiorcom dostępu do rynku;

4) zaniechaniu uzyskania rzetelnych i wyczerpujących wyjaśnień od Konsorcjum w trybie art. 223 ust. 1 i art. 224 ust. 1 i 5 PZP w sprawie zaproponowanej ceny świadczenia usług, które wskazywałyby kompleksowo i spójnie obiektywne czynniki mające wpływ na

uksztaltowaną cenę (z oferty Konsorcjum wynika, że wartość usługi w części obejmującej sprzątnięcie i utrzymanie czystości terenów zewnętrznych obciążonej podatkiem VAT 8% przewyższa wartość usługi w części obejmującej sprzątnięcie i utrzymanie czystości pomieszczeń wewnętrznych obciążonej podatkiem VAT 23%, a podział taki nie znajduje uzasadnienia ani w opisie przedmiotu zamówienia SWZ ani w dotychczas praktykowanym przez Zamawiającego sposobie świadczenia zamówionych usług, co świadczy o celowym zmanipulowaniu tych wartości przez Konsorcjum w celu uzyskania jak najniższej ceny ofertowej. Wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny złożone przez Konsorcjum na żądanie Zamawiającego w żaden sposób nie odnoszą się do wezwania i nie wskazują powodów nieuzasadnionego zaniżenia kosztu części zamówienia obejmującej utrzymanie czystości pomieszczeń wewnętrznych, nie wskazują też obiektywnych czynników na podstawie których Konsorcjum zdecydowanie niżej skalkulowało cenę utrzymania czystości pomieszczeń wewnętrznych niż cenę utrzymania czystości terenów zewnętrznych – co stanowiło istotę wezwania);

Opisanym powyżej czynnościom zamawiającego odwołujący zarzucił naruszenie:

1) art. 18 ust. 3 ustawy PZP w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej: u.z.n.k.) poprzez uznanie, że wykonawca w prawidłowy sposób wykazał, że informacje ujęte w wyjaśnieniach odnoszących się do ceny oferty mające potwierdzać, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa tego wykonawcy, podczas gdy w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa nie wykazał spełnienia przesłanek z art. 11 ust. 2 u.z.n.k., a w szczególności że zastrzeżone informacje mają wartość gospodarczą, co doprowadziło do zaniechania ich odtajnienia i uniemożliwienia konkurencyjnym wykonawcom przeprowadzenia weryfikacji oceny Zamawiającego w zakresie uznania, że oferta Konsorcjum nie zawiera rażąco niskiej ceny;

2) art. 16 oraz art. 18 ust. 3 ustawy PZP i art. 74 ustawy PZP w zw. z art. 11 ust. 2 u.z.n.k. poprzez brak odtajnienia i udostępnienia przez Zamawiającego zastrzeżonych przez wykonawcę informacji (kalkulacji cenowej), mimo takiego obowiązku (art. 74 ustawy PZP), w sytuacji, w której informacje te nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa, w tym wykonawca nie wykazał spełnienia przesłanek z art. 11 ust. 2 u.z.n.k.

3) art. 16 pkt 1 PZP poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, w szczególności wskutek wyboru wykonawcy, który zaoferował zmanipulowaną cenę i poprzez złożenie oferty dokonał czynu nieuczciwej konkurencji, przede wszystkim polegającego na wykluczeniu innych wykonawców z dostępu do rynku;

4) art. 17 ust. 2 PZP poprzez dokonanie wyboru wykonawcy niezgodnie z przepisami PZP, w szczególności wskutek zaniechania uzyskania od wykonawcy rzetelnych i kompleksowych wyjaśnień w sprawie zaoferowanej ceny realizacji usługi, a tym samym oparcie decyzji ws. wyboru oferty na danych, które nie pozwalają w obiektywny sposób ocenić zasadności i rynkowości zaoferowanej ceny;

5) art. 223 ust. 1 PZP poprzez zaniechanie uzyskania od wykonawcy rzetelnych i kompleksowych wyjaśnień w sprawie złożonej oferty dotyczących uzasadnienia dokonanego podziału wartości zamówienia w sposób zakładający wyższą wartość usług sprzątnięcia i utrzymania czystości terenów zewnętrznych obciążonych niższym podatkiem VAT, podczas gdy dotychczasowe doświadczenia Zamawiającego i treść wszystkich pozostałych ofert złożonych w postępowaniu prowadzą w tym zakresie do wprost przeciwnych wniosków;

6) art. 224 ust. 1 PZP poprzez zaniechanie uzyskania od wykonawcy rzetelnych i kompleksowych wyjaśnień w sprawie złożonej oferty dotyczących kosztu wykonania usługi sprzątnięcia i utrzymania czystości pomieszczeń wewnętrznych, podczas gdy koszt ten jest rażąco niski, a dotychczasowe doświadczenia Zamawiającego w tym zakresie i treść pozostałych złożonych ofert prowadzą do wniosku, że został on zaniżony w stosunku do całkowitej wartości zamówienia tj. zaniechanie ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę;

7) art. 226 ust. 1 pkt 3 PZP poprzez wybór oferty, która jest niezgodna z ustawą, w szczególności zawiera zmanipulowaną cenę, a jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji;

8) art. 226 ust. 1 pkt 7 PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, w szczególności poprzez utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku;

9) art. 226 ust. 1 pkt 8 PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty, która zawiera cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia;

W związku z powyższym, odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości, nakazanie zamawiającemu unieważnienia decyzji o wyborze najkorzystniejszej oferty, nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej, nakazanie zamawiającemu odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum i wykluczenie tego wykonawcy z postępowania, orzeczenie zwrotu kosztów postępowania na rzecz odwołującego.

Odwołujący wyjaśnił, iż posiada interes we wniesieniu niniejszego odwołania, ponieważ jest przedsiębiorcą prowadzącym działalność gospodarczą m.in. w zakresie usług sprzątania. Odwołujący złożył w przedmiotowym postępowaniu ofertę. Wskazane w odwołaniu czynności i zaniechania zamawiającego, dotyczące niezgodnego z ustawą wyboru oferty innego wykonawcy, narażają odwołującego na szkodę w postaci możliwości utraty zarobku – spodziewanego zysku z tytułu uzyskania i realizacji zamówienia.

Odwołujący na wstępie swego uzasadnienia wskazał, iż zaproponowana przez Konsorcjum cena realizacji usługi wynosi 3.648.240,00 zł brutto i była to najniższa cena spośród wszystkich złożonych ofert. Na cenę zaoferowaną przez Konsorcjum składa się kwota za świadczenie usługi sprzątania i utrzymania czystości pomieszczeń wewnętrznych w wysokości 1.512.000,00 zł netto oraz kwota 1.656.000,00 zł netto za świadczenie usługi sprzątania i utrzymania czystości terenów zewnętrznych. Według odwołującego zastosowany przez Konsorcjum podział wartości zamówienia nie znajduje żadnego uzasadnienia i stanowi manipulację cenową. Spośród wszystkich oferentów, którzy przystąpili do przetargu jedynie Konsorcjum zaoferowało wyższą cenę za część usługi dotyczącą sprzątania i utrzymania czystości terenów zewnętrznych, która jest opodatkowana znacznie niższym 8% podatkiem VAT. Tymczasem zaoferowana przez Konsorcjum cena netto części usługi obejmującej sprzątnięcie i utrzymanie czystości pomieszczeń wewnętrznych opodatkowanej 23% podatkiem VAT została skalkulowana na kwotę 1.512.000,00 zł netto tj. znacznie poniżej cen zaproponowanych przez pozostałych wykonawców, którzy przystąpili do przetargu. Zdaniem odwołującego cena zaoferowana za tę część zamówienia przez Konsorcjum jest zatem rażąco niska i nie daje możliwości wykonania tego zakresu usługi nie tylko z zyskiem, ale i bez straty.

Zasadniczym powodem dokonania takiej kalkulacji ceny przez Konsorcjum, co podkreślił odwołujący jest fakt, że zamówienie składa się z dwóch części obciążonych różnymi stawkami podatku VAT. Usługi sprzątania i utrzymania czystości terenów zewnętrznych są obłożone 8% stawką podatku VAT, a usługi sprzątania i utrzymania czystości wewnątrz pomieszczeń obłożone są 23% stawką podatku VAT. Tylko prawidłowa kalkulacja kosztów netto związanych z każdą z dwóch części zamówienia zapewniała zamawiającemu gwarancję należytego wykonania całości zamówienia, a wykonawcom uczciwą konkurencję i równe szanse w ubieganiu się o jego udzielenie. Wobec powyższego, już samo porównanie treści złożonych formularzy ofertowych powinno było wzbudzić wątpliwości Zamawiającego w zakresie zaproponowanych cen netto poszczególnych części zamówienia i spowodować podjęcie czynności w celu wyjaśnienia tych rozbieżności.

W formularzu ofertowym, w tabeli dotyczącej stawek jednostkowych przewidziano dwie pozycje tj. 1. świadczenie usługi sprzątania i utrzymywania czystości pomieszczeń wewnętrznych i 2. świadczenie usługi sprzątania i utrzymywania czystości terenów zewnętrznych. Odwołujący wskazał, iż sam zamawiający dokonał zatem wyraźnego podziału wartości zamówienia na dwie części, z których każda była obciążona inną stawką podatku VAT. Usługę opisaną w pozycji 1 obciąża zdecydowanie wyższa stawka podatku niż usługę opisaną w pozycji drugiej, co ewidentnie stanowi pole do ewentualnych nadużyć i manipulacji ze strony oferentów, skoro jedynym kryterium wyboru ofert jest cena brutto za wykonanie całości zamówienia.

Tymczasem, pomimo wyraźnej dysproporcji w wycenie pierwszej części zamówienia przez Konsorcjum i wycenach pozostałych wykonawców, którzy złożyli swoje oferty, zamawiający nie podjął żadnych czynności zmierzających do wyjaśnienia tej rozbieżności. Należy przy tym zauważyć, że różnica w cenie netto za wykonanie części usługi obciążonej wyższą stawką podatku VAT zaoferowanej przez Konsorcjum, zdaniem odwołującego była ponad 30% niższa od średniej arytmetycznej cen oferowanych przez pozostałych wykonawców. Wysokość tej różnicy świadczy o zastosowaniu rażąco niskiej ceny.

Odwołujący następnie podkreślił, iż jeszcze przed wyborem najkorzystniejszej oferty zwrócił zamawiającemu uwagę na fakt dokonania manipulacji cenowej przez Konsorcjum. Wskazał, że wykonawca ten dokonuje kalkulacji części cen jednostkowych w sposób nierentowny, odbiegający od kosztów ponoszonych na wykonanie tego rodzaju zadania, a zaoferowana cena usługi utrzymania czystości powierzchni wewnętrznych w budynkach nie pokrywa nawet kosztów pracy, a tym samym pozostałych kosztów niezbędnych do wykonania usług takich jak: koszty zapewnienia środków czystości, dezynfekcji, koszty transportu, koszty nadzoru, konserwacji podłóg, mycia okien, prania mopów/ścierek, itp. W związku z tym cena zaproponowana przez Konsorcjum za część zamówienia obejmującą sprzątnięcie i utrzymywanie czystości wewnątrz pomieszczeń jest rażąco niska.

W wezwaniu z dnia 21 marca 2024 r. skierowanym do Konsorcjum zamawiający zażądał m.in. przedstawienia założeń oraz kalkulacji związanych z realizacją zamówienia z podziałem na prace na terenach wewnętrznych i zewnętrznych, przedstawienia kalkulacji kosztów materiałów i środków niezbędnych do wykonania zgodnie z SWZ i OPZ z podziałem na tereny zewnętrzne i wewnętrzne i podania innych czynników, które zdaniem wykonawcy mogą mieć wpływ na wykonanie usługi w ramach kwoty określonej przez wykonawcę w złożonej ofercie cenowej – o ile czynniki takie występują.

Fakt zaoferowania przez Konsorcjum rażąco niskiej ceny w stosunku do kosztów pierwszej części zamówienia tj. usługi sprzątania i utrzymania w czystości pomieszczeń wewnętrznych wynika również z odniesienia tej ceny do dotychczasowych kosztów ponoszonych w tym zakresie przez zamawiającego. Bezpośrednio przed ogłoszeniem

postępowania, którego dotyczy niniejsze odwołanie, usługi objęte zamówieniem świadczył na rzecz zamawiającego odwołujący. Porównanie aktualnego zakresu zamówienia z zakresem usług sprzątania i utrzymania czystości, które dotychczas na rzecz zamawiającego świadczył odwołujący prowadzi do wniosku, że zakres zamówienia nie uległ zmianie. Natomiast wartość adekwatnych usług świadczonych dotychczas zamawiającemu przez odwołującego obrazuje m.in. stosowana dla poszczególnych części zamówienia obsada osobowa. Czynności w zakresie realizowania usługi sprzątania i utrzymania czystości pomieszczeń wewnętrznych były wykonywane przez 14 pracowników, a do wykonywania usługi sprzątania i utrzymania czystości terenów zewnętrznych było angażowanych 4 pracowników. Proporcja ta była doskonale znana zamawiającemu, choćby z treści wniosków w sprawie waloryzacji wynagrodzenia, które zaakceptował.

W dalszej kolejności odwołujący wskazał tabelę obrazującą koszty zatrudnienia pracowników przy świadczeniu usługi objętej zamówieniem na 2024 r. Ponadto podkreślił, iż biorąc pod uwagę, że zasadniczym kosztem zamówionej usługi są koszty zatrudniania pracowników brak jest jakichkolwiek obiektywnych przesłanek dla przyjęcia, że koszty części usługi realizowanej przy wykorzystaniu 4 pracowników będą wyższe od kosztów części usługi świadczonej przez 14 pracowników.

Na zdecydowanie wyższy koszt świadczenia usług sprzątania i utrzymania czystości pomieszczeń wewnętrznych wpływa również większy zakres tych usług i ich większa częstotliwość, co wynika wprost z opisu przedmiotu zamówienia. Odwołujący argumentował, iż powierzchnia pomieszczeń wewnętrznych została przez zamawiającego określona na 8.594,83 m². W tym zakresie zamawiający wymaga codziennego świadczenia szczegółowo określonych usług sprzątania (pkt. 3.1 OPZ), zabiegów realizowanych 3 x w tygodniu (pkt 3.2 OPZ), okresowo tj. 1 x miesiąc, 1 x kwartał, 2 x rok (pkt 3.4 OPZ) oraz realizowanych w razie potrzeby. Duża częstotliwość świadczenia usług w pomieszczeniach wewnętrznych absorbuje większe zużycie środków czystości, narzędzi i większe zaangażowanie pracowników.

Tymczasem usługi sprzątania i utrzymywania czystości terenów zewnętrznych realizowane są w mniejszym zakresie i ze zdecydowanie mniejszą częstotliwością. Jedyną czynnością wymaganą przez zamawiającego na terenach zewnętrznych, która ma być realizowana codziennie jest usuwanie śmieci. Pozostałe usługi takie jak zmiatanie, utrzymanie zimowe i pielęgnacja zieleni mają być świadczone okresowo i według potrzeb. Na tej podstawie jak również z treści OPZ odwołujący wskazuje iż można wysnuć wniosek, że koszt świadczenia usług sprzątania i utrzymania czystości pomieszczeń wewnętrznych jest większy niż koszt tych usług świadczonych na terenach zewnętrznych.

Zamawiający, mimo zastrzeżeń przesłanych przez odwołującego zaniechał czynności, do których był zobowiązany na podstawie ustawy tj. uzyskania od wykonawcy rzetelnych i kompleksowych wyjaśnień w sprawie zaoferowanej ceny realizacji usługi. Następnie zamawiający przyjął wyjaśnienia złożone przez Konsorcjum z dnia 27 marca 2024 r., które w żaden sposób nie odnoszą się do skierowanego do tego wykonawcy żądania. W wezwaniu z dnia 21 marca 2024 r. zamawiający wyraźnie wskazał przyczyny wątpliwości powziętych co do przyjętych przez Konsorcjum kalkulacji poszczególnych części zamówienia wprost odwołując się do zarzutów uprzedniego odwołania wniesionego przez odwołującego. Wezwał Konsorcjum m.in. do przedstawienia założeń oraz kalkulacji związanych z realizacją zamówienia z podziałem na prace na terenach wewnętrznych i zewnętrznych, przedstawienia kalkulacji kosztów materiałów i środków niezbędnych do wykonania zgodnie z SWZ i OPZ z podziałem na tereny zewnętrzne i wewnętrzne i podania innych czynników, które zdaniem wykonawcy mogą mieć wpływ na wykonanie usługi w ramach kwoty określonej przez wykonawcę w złożonej ofercie cenowej – o ile czynniki takie występują.

Odwołujący w następnej kolejności zaznaczył, że z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji zamawiający utajnił na żądanie Konsorcjum znaczną część udzielonych przez tego wykonawcę wyjaśnień w oparciu o ochronę tajemnicy przedsiębiorstwa. W przekonaniu odwołującego w niniejszym przypadku nie zaistniały przesłanki do zastosowania tak szerokiego ograniczenia zasady jawności postępowania. Tym bardziej, że w zastrzeżeniu Konsorcjum nie wskazało, aby poszczególne elementy kalkulacji cenowej usługi sprzątania miały jakąkolwiek wartość gospodarczą.

W udzielonych wyjaśnieniach Konsorcjum wskazało, że wykonawca przedstawia w nich szczegółowe dane techniczne oraz źródła i sposób kalkulacji kosztów, w tym wskazuje na poszczególne ceny towarów oraz upusty stosowane dla Wykonawcy. O ile szczegółowe dane techniczne czy poszczególne ceny jednostkowe elementów składowych oferty czy źródła upustów mogłyby stanowić informacje o charakterze tajemnicy przedsiębiorstwa, to już z pewnością nie można za takie informacje uznać sposobu kalkulacji kosztów uwzględniającej dwie części składowe zamówienia. Skoro sam zamawiający, jak wynika z formularza ofertowego, zażądał od oferentów podziału ceny zamówienia na dwie części obciążone różnymi stawkami podatku VAT, to ujawnienie przez wykonawców zastosowanej zasady podziału wynagrodzenia w tym zakresie stanowi obowiązek wykonawcy i nie narusza żadnych wrażliwych danych gospodarczych.

Wyjaśnienie przyjętej zasady zastosowanej kalkulacji, zdaniem odwołującego zmierza wyłącznie do wskazania w jakich proporcjach wykonawca skalkulował w istocie te same czynniki cenotwórcze odnośnie do każdej z dwóch części składowych zamówienia i uzasadnienia takiego podziału.

Tymczasem trudno doszukać się takich wyjaśnień w odpowiedzi Konsorcjum z dnia 27 marca 2024 r. Wykonawca ten celowo pomijając aspekt dokonanego podziału ceny na dwie części składowe powołuje okoliczności uzasadniające

przyjęte (utajnione) czynniki cenotwórcze dla całego zamówienia. Pomimo, że z wezwania zamawiającego wyraźnie wynika, że zarzut rażąco niskiej ceny dotyczy pierwszej części zamówienia obejmującej utrzymanie czystości pomieszczeń wewnętrznych. Konsorcjum nie wyjaśnia, które z czynników cenotwórczych i w jakim zakresie zastosował do skalkulowania ceny utrzymania czystości pomieszczeń wewnętrznych i w żaden sposób nie uzasadnił zastosowanego przez siebie podziału (proporcji) ceny zamówienia. Tym samym uniemożliwiając zamawiającemu jak i pozostałym oferentom prawidłową weryfikację zastosowanej kalkulacji.

Odwolujący podkreślił, iż jak już wcześniej wskazał zasadniczym elementem ceny zarówno jednej jak i drugiej części zamówienia jest koszt zatrudnienia pracowników, który biorąc pod uwagę bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa pracy jest porównywalny dla wszystkich złożonych ofert. Z tego względu zaangażowanie tego kryterium cenotwórczego dla każdej z części składowych zamówienia będzie miało zasadnicze znaczenie i tylko ocena tego elementu w rozbiciu na każdą z części zamówienia zapewni przejrzystość kalkulacji wartości całego zamówienia.

Przyjmując nierzetelne wyjaśnienia Konsorcjum i odstępując od weryfikacji dokonanego przez Konsorcjum zaniżenia kosztów wykonania usługi w zakresie sprzątania i utrzymania czystości pomieszczeń wewnętrznych Zamawiający naruszył zasady uczciwej konkurencji, dokonał wyboru oferty niezgodnej z ustawą, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji poprzez utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku.

W ocenie odwołującego, Konsorcjum dokonało sztucznego zaniżenia wartości prac polegających na utrzymaniu czystości terenów wewnętrznych opodatkowanych stawką VAT 23%, zawiązując jednocześnie wartość prac wykonywanych na zewnątrz (opodatkowanych stawką 8%). Tym samym wykonawca poprzez zaniżenie wartości części zamówienia opodatkowanej wyższą stawką VAT zaniżył rzeczywistą wysokość podatku, który zobowiązany byłby zapłacić, przez co sztucznie obniżył wysokość ceny ofertowej. Jednocześnie Konsorcjum przerzuciło koszty usługi sprzątania powierzchni wewnętrznej na usługi utrzymania powierzchni zewnętrznej, które objęte są stawką podatku VAT w wysokości 8% i w konsekwencji uzyskało niższą cenę brutto za wykonanie całego przedmiotu zamówienia. Takie działanie niewątpliwie jest rażąco sprzeczne z prawem (przepisami prawa podatkowego), narusza interes odwołującego i utrudnia odwołującemu dostęp do rynku. Praktykę taką należy uznać za niedopuszczalną i szczególnie naganną, a przede wszystkim naruszającą przepisy ustawy Pzp, ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz przepisów prawa podatkowego, ponieważ została zastosowana wyłącznie w zamiarze nieuczciwego obniżenia całkowitej ceny brutto oferty, a także w celu uzyskania wyższej punktacji. Rażące zaniżenie kosztu usługi utrzymania czystości powierzchni wewnętrznych i przerzucenie go na koszt usług utrzymania terenów zewnętrznych było świadomym i celowym zabiegiem Konsorcjum w celu uzyskania przewagi konkurencyjnej w kryterium cenowym, ponieważ usługi utrzymania powierzchni zewnętrznych korzystają z opodatkowania niższą stawką VAT, w przeciwieństwie do usług utrzymania czystości powierzchni wewnętrznych, które opodatkowane są podstawową stawką VAT.

Przerzucanie kosztów pomiędzy odrębnie ocenianymi stawkami w formularzu cenowym w ten sposób, że kształtowana jest z jednej strony cena nierynkowa i absurdalnie wysoka, zaś z drugiej cena nierynkowa, rażąco niska czy wręcz symboliczna, ma na celu nie - zaoferowanie jak najkorzystniejszych warunków zamawiającemu, nie - konkurowanie ceną, czy jakością, lecz jedynie wykorzystanie bilansu kryteriów oceny ofert ze szkodą dla zamawiającego. W ten sposób działanie Konsorcjum polegające na świadomym wykorzystaniu przyjętych przez Zamawiającego zasad przyznawania punktów doprowadziło do sytuacji, w której oferta Konsorcjum uzyskała największą liczbę punktów i została uznana przez Zamawiającego za najkorzystniejszą.

Zdaniem odwołującego działanie Konsorcjum (manipulacja wartościami usług opodatkowanych według różnych stawek VAT) doprowadziło do sztucznego zaniżenia wysokości podatku od towarów i usług, a co za tym idzie, do obniżenia ceny ofertowej, co niewątpliwie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, w związku z czym oferta tego wykonawcy powinna zostać odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp. Działanie polegające na tzw. „manipulowaniu ceną” jest działaniem polegającym na określaniu cen jednostkowych w taki sposób, że część cen określana jest na poziomie rażąco niskim, w oderwaniu od rzeczywistych kosztów i nakładów związanych z realizacją zamówienia, a część jest bez uzasadnienia zawyżona, by rekompensować zaniżenie innych cen, przy czym celem dokonywania takiej operacji jest zamierzona optymalizacja dokonanych wycen. Manipulacja cenowa sprowadza się zatem do przerzucania kosztów pomiędzy poszczególnymi elementami cenotwórczymi.

Celem takiej „optymalizacji” jest uzyskanie przewagi nad innymi wykonawcami wedle przyjętych przez zamawiającego kryteriów oceny ofert. Jest to działanie, które prowadzi do wynaturzeń pozbawiających system zamówień publicznych jego ekonomicznego sensu, jak również narusza to interes innych przedsiębiorców ubiegających się o zamówienie. Działanie wykonawców w postaci manipulowania cenami jednostkowymi (przerzucanie kosztów) jest sprzeczne z dobrymi obyczajami rozumianymi jako normy moralne i obyczajowe w stosunkach gospodarczych, a więc pozaprawnymi normami postępowania, którymi powinni kierować się przedsiębiorcy (tzw. uczciwość kupiecka). Istotne znaczenie mają tu oceny zorientowane na zapewnienie niezakłóconego funkcjonowania konkurencji poprzez rzetelne i niezafałszowane współzawodnictwo.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosili wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia CONTACT spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w

miejsowości Wędrzyn i HR Kopalnie spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w miejscowości Wilkanowo.

Działając w imieniu i na rzecz zamawiającego, odpowiedź na odwołanie w formie pisemnej wniósł pełnomocnik strony wskazując, iż zamawiający wnosi o oddalenie odwołania w całości – zgodnie z uzasadnieniem wskazanym w odpowiedzi na odwołanie z dnia 27 maja 2024 r.

W dniu 27 maja 2024 r. wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia zgłaszający przystąpienie również złożył pismo procesowe razem z załącznikami, w którym wnieśli o oddalenie odwołania w całości.

W dniu 28 maja 2024 r. odwołujący złożył pismo procesowe, w którym odniósł się do stanowiska zamawiającego i zgłaszającego przystąpienie oraz podtrzymał swoje stanowisko zawarte w odwołaniu.

Krajowa Izba Odwoławcza po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem zamawiającego i Uczestnika postępowania odwoławczego, uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron oraz Uczestnika postępowania wyrażone odpowiednio w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie oraz pismach procesowych, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp. i skierowała odwołanie na rozprawę.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba stwierdziła spełnienie przesłanek art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. istnienie po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez niego szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego wskazanych w odwołaniu przepisów ustawy Pzp.

Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia CONTACT spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w miejscowości Wędrzyn i HR Kopalnie spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w miejscowości Wilkanowo (zwanego dalej jako: „przystępujący”), wobec spełnienia przesłanek określonych w art. 525 Pzp, W związku z tym ww. wykonawcy stali się uczestnikami postępowania odwoławczego.

Izba postanowiła dopuścić dowody z: dokumentacji postępowania, odwołania wraz z załącznikami, odpowiedzi na odwołanie, zgłoszenia przystąpienia oraz pisma procesowego przystępującego wraz z załącznikami i pisma procesowego odwołującego.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zamawiający prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego, pn. „Świadczenie usługi sprzątania i utrzymania czystości pomieszczeń, dróg i chodników oraz pielęgnacji zieleni na terenie PGE Energia Ciepła S.A.Oddział Elektrociepłownia w Gorzowie Wielkopolskim”.

W postępowaniu zostały złożone cztery ofert, w tym odwołującego i przystępującego. Średnia otrzymanych ofert wynosi więc 3 929 859,26 zł brutto i jest o ok. 20 % niższa od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług ustalonej przed wszczęciem postępowania.

W dniu 21 marca 2024 r. zamawiający wezwał do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny odwołującego i przystępującego.

Zamawiający w wezwaniu do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny skierowanym do odwołującego w uzasadnieniu podał, iż w trakcie badania jego oferty stwierdził, że złożona oferta wymaga wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny, w szczególności w zakresie wyliczeń kosztów związanych z wynagrodzeniem ryczałtowym wskazanym w pozycji tabeli: L.P. 2 Załącznika nr 4 do SWZ – Formularz Oferty (Świadczenie usługi sprzątania i utrzymywania czystości terenów zewnętrznych). Otrzymana oferta w zakresie świadczenia usługi na terenach zewnętrznych jest o 47% niższa od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert w ramach przedmiotowego postępowania.

Zamawiający w wezwaniu do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny skierowanym do przystępującego w uzasadnieniu podał, iż biorąc pod uwagę fakt, że cena zaoferowana przez tego wykonawcę w zakresie świadczenia usługi na terenach wewnętrznych jest niższa o prawie 30% (tj. o 28,19%) od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający wzywa Konsorcjum do złożenia wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny za realizację zamówienia, z których jednoznacznie będzie wynikać sposób kalkulacji ceny w zakresie usługi świadczonej w pomieszczeniach wewnętrznych oraz na terenach zewnętrznych.

Przystępujący i odwołujący udzielili odpowiedzi na wezwania w dniu 27 marca 2024 r. Przystępujący wraz z przekazaniem informacji zawartych w swoich wyjaśnieniach z dnia 27 marca 2024 r. zastrzegł, że wszelkie informacje zawarte w jego wyjaśnieniach nie mogą być udostępniane oraz wykazał przy tym, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2022 r. poz. 1233) (dalej zwana: „uznk”).

W dniu 10 kwietnia 2024 r. Zamawiający zawiadomił przystępującego o bezskuteczności zastrzeżenia informacji w pełnym zakresie wskazanym w jego wyjaśnieniach z dnia 27 marca 2024 r. oraz dokonał częściowego, według określenia

zamawiającego ok. 90% odtajnienia informacji zawartych w tychże wyjaśnieniach. W uzasadnieniu zamawiający podał, iż dokonując częściowego odtajnienia informacji nie narusza tajemnicy przedsiębiorstwa Wykonawcy, gdyż nie ujawnia tych treści wyjaśnień oraz załączonych do nich dowodów, które „*prezentują podstawy kalkulacyjne i informacje o znaczeniu gospodarczym na konkurencyjnym rynku zamówień na usługi utrzymania czystości*”.

Zamawiający stwierdził, iż odtajnia również treść uzasadnienia zastrzeżenia informacji stanowiącej tajemnicę przedsiębiorstwa, jako że zgodnie z pkt 20.5.2 SWZ uzasadnienie jest jawne. Ponadto Zamawiający odtajnił w pełnym zakresie informacje zawarte w załącznikach powołanych do odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnień rażąco niskiej ceny.

Zamawiający swoje stanowisko argumentował tym, że przystępujący nie wykazał, iż zastrzeżone informacje posiadają wartość gospodarczą, a także wątpliwości budzi czy skutecznie zostały utajnione. Informacje zawarte w ww. załącznikach do odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnień rażąco niskiej ceny są ogólnodostępne bądź nie zawierają informacji szczególnie istotnych, które można by uznać za stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa.

W dniu 26 kwietnia 2024 r. zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu. Jako najkorzystniejsza została wybrana oferta przystępującego, natomiast oferta odwołującego została sklasyfikowana na drugim miejscu w rankingu.

Izba zważyła co następuje:

Na wstępie podkreślić należy, że jedną z naczelnych zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest zasada jawności. Zgodnie z przepisem art. 18 ust. 3 Pzp: „Nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.”. Zgodnie natomiast z art. 11 ust. 2 uznk przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.” Poddając analizie z art. 11 ust. 2 uznk na wykonawcę nałożono obowiązek wykazania zamawiającemu przesłanek zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa. W konsekwencji rolą zamawiającego w toku badania ofert jest ustalenie, czy wykonawca temu obowiązkowi sprostał udowadniając, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Należy mieć na uwadze, że sformułowanie użyte w art. 11 ust. 2 uznk, w którym akcentuje się obowiązek „wykazania” oznacza coś więcej aniżeli wyjaśnienie (uzasadnienie) przyczyn co do objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa. Za wykazanie nie może być uznane ogólna argumentacja, sprowadzająca się de facto do przytoczenia jedynie elementów definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, wynikającej z przepisu art. 11 ust. 2 uznk. Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła uwagę, że ustawodawca w art. 11 ust. 4 uznk, przesądził, że zastrzegana informacja ma mieć charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą. Podkreślenia wymaga, że przesłanka „posiadający wartość gospodarczą” odnosi się nie tylko do informacji „innej”, ale także informacji technicznej, technologicznej i organizacyjnej. W konsekwencji wymóg posiadania przez informację wartości gospodarczej postrzegać należy jako dodatkowy element konstytutywny tajemnicy przedsiębiorstwa(...). Konsekwencją takiego stanu prawnego jest to, że nie wystarcza stwierdzenie, iż dana informacja ma charakter techniczny, handlowy czy technologiczny, ale musi także ona przedstawiać pewną wartość gospodarczą dla wykonawcy właśnie z tego powodu, że pozostanie poufna. Taka informacja może być dla wykonawcy źródłem jakichś zysków lub pozwalać mu na zaoszczędzenie określonych kosztów.

Przypomnieć należy, że w niniejszym postępowaniu przystępujący zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa wyjaśnienia rażąco niskiej ceny wraz z załącznikami w tym między innymi referencje, fragment Polityki bezpieczeństwa informacji czy uzyskane certyfikaty.

Oceniając więc możliwość zastrzeżenia ww. informacji jako tajemnicę przedsiębiorstwa wskazać należy, że Izba w całości podziela pogląd wyrażony w wyroku KIO z dnia 17 stycznia 2022 r., sygn. akt KIO 3762/21, gdzie Izba wskazała, że: *”Poszczególne pozycje, które składają się na cenę w postępowaniu i stanowią jedynie wyjaśnienie ceny co do zasady nie mogą zostać utajnione. Cena w postępowaniu jest to kalkulacja wykonawcy na potrzeby określonego zamówienia. Skoro jest to cena w postępowaniu, nie można mówić, że jest ona tajemnicą przedsiębiorstwa, a jej wskazanie narazi wykonawcę na szkodę. Cena ta dotyczy bowiem tylko tego postępowania. Mając na względzie, że cena stanowi zasadnicze narzędzie wzajemnej konkurencji przedsiębiorców, nie wydaje się zasadne przyjmowanie zawężającego rozumienia ww. pojęcia i ograniczanie jego zakresu jedynie do ceny oferty. Nie sprzyja to bowiem transparentności postępowania ani zapewnieniu zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.”*

Przenosząc powyższe na grunt analizowanej sprawy, należy w pierwszej kolejności zwrócić uwagę, że wyjaśnienia przystępującego dotyczące wartości gospodarczej metodologii wyliczenia ceny wykonania przedmiotu zamówienia, zostały sformułowane w oparciu o ogólne stwierdzenia dotyczące charakteru informacji obejmowanych kalkulacjami cenowymi oraz niesprecyzowanych ryzyk wynikających z ich ujawnienia.

Dlatego też zamawiający, odtajniasząc znaczną część wyjaśnień zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa słusznie argumentował swoje stanowisko tym, że przystępujący nie wykazał, iż zastrzeżone informacje posiadają wartość gospodarczą, a także wątpliwości budzi czy skutecznie zostały utajnione. Informacje zawarte w ww. załącznikach do odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnień rażąco niskiej ceny są ogólnodostępne bądź nie zawierają informacji szczególnie istotnych, które można by uznać za stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa.

Zamawiający nie odtajniasząc natomiast informacji, które według niego „prezentują podstawy kalkulacyjne i informacje znaczenia gospodarczym na konkurencyjnym rynku zamówień na usługi utrzymania czystości”, tj. w szczególności „założeń kalkulacyjnych oferta” „metodologii wyliczania ceny wykonania przedmiotu zamówienia” oraz w zakresie wartości „składowe swojej ceny miesięcznej netto” „procentowy poziom zysku” oraz informacji zawartych w załączniku nr 3 i 4 do wyjaśnień złożonych przez Wykonawcę, stanął na stanowisku, że przyznaje tym informacjom walor tajemnic przedsiębiorstwa, a to z uwagi na wykazaną przez przystępującego wartość gospodarczą tych informacji, ich formalną ochronę (działania w celu ich utajnienia) i brak jej ujawnienia do wiadomości publicznej.

W ocenie Izby, mając na uwadze powyższe jak również dokonana analiza decyzji zamawiającego odnośnie zaniechania odtajnienia wyjaśnień przystępującego w zakresie wskazanym powyżej pozwala na przyjęcia, że zamawiający w sposób nieprawidłowy ocenił zasadność zastrzeżenia wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny złożonych przez przystępującego w części przez niego nie odtajnionych. Analiza zastrzeżonych informacji, co do których zamawiający zaniechał odtajnienia utwierdziła skład orzekający w przekonaniu, że nie ujawniły one wartości gospodarczej zastrzeganych informacji. Informacje te nie mają charakteru technicznego czy technologicznego.

Przystępujący wskazywał, że w stosunku do tych informacji podjęto niezbędne działanie w celu zachowania ich poufności. W istocie przystępujący powołuje się na procedury czy mechanizmy, które realnie są podjęte w jego przedsiębiorstwie w celu ochrony informacji i także mają zastosowanie w tej konkretnej sprawie, jednakże takie uzasadnienie zastrzeżenia obiektywnie nie powinno wywoływać wątpliwości, co do charakteru zastrzeżonych informacji, o których mowa w definicji tajemnicy przedsiębiorstwa w obecnym stanie prawnym.

Informacje zawarte w nieodtajnionej części przez zamawiającego w ocenie Izby nie zawierają informacji szczególnie istotnych, które można by uznać za stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa.

Podkreślić należy, że konieczność wykazania wyjątkowości zastrzeganych informacji ma szczególne znaczenie zwłaszcza w przypadku wyjaśnień rażąco niskiej ceny, które mają kluczowe znaczenie dla wyboru oferty jako najkorzystniejszej i jako takie stanowią przedmiot weryfikacji prawidłowości zaoferowanej ceny. Wykonawca składający ofertę w postępowaniu prowadzonym na podstawie przepisów Pzp winien więc mieć świadomość, że w przypadku, gdy zaoferowana przez niego cena będzie budzić wątpliwość zamawiającego (bądź zająd przesłanki obligujące do żądania wyjaśnień na podstawie art. 224 ust. 2 Pzp), to wykonawca będzie zobowiązany do przedstawienia szczegółowych wyjaśnień potwierdzających w jaki sposób obliczył cenę. Jak wskazała słusznie zatem KIO w wyroku z dnia 3 lutego 2015 r., sygn. KIO 108/15: „Nie można zastrzec jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji dotyczących ceny – kalkulacji na potrzeby danego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.”.

Ponadto w piśmie procesowym z dnia 27 maja 2024 r. przystępujący podjął decyzje o odtajnieniu całości odpowiedzi na wezwanie do złożenia wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny oferty złożonej w postępowaniu.

W konsekwencji Izba stwierdziła, że zamawiający naruszył przepisy 18 ust. 3, który stanowił zarzut nr 1 i 2 odwołania. Pomimo przyznania, iż zamawiający w sposób nieuprawniony zaniechał ujawnienia pozostałej części wyjaśnień przystępującego, Izba nie uwzględniła w tym zakresie zarzutów odwołania. Zgodnie z treścią art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp Izba uwzględnia odwołanie, w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. W ocenie Izby naruszenie o takim skutku w rozpoznawanym przypadku nie miało miejsca. W świetle powyższego przepisu, dla uwzględnienia odwołania, konieczne jest wykazanie dwóch przesłanek: 1) naruszenie przepisów ustawy oraz 2) wykazanie, że naruszenie to miało lub mogło mieć istotny wpływ na wynik postępowania.

Z powyższego wynika, że nie każde naruszenie przez zamawiającego przepisów Pzp będzie skutkowało uwzględnieniem odwołania, ale tylko takie, które w sposób istotny wpłynęło lub może wpłynąć na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Izba uznała za niezasadny zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 16 pkt 1 Pzp. Odwołujący wskazał, iż zamawiający naruszył go „poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, w szczególności skutek wyboru wykonawcy, który zaoferował zmanipulowaną cenę i poprzez złożenie oferty dokonał czynu nieuczciwej konkurencji, przede wszystkim polegającego na wykluczeniu innych wykonawców z dostępu do rynku”. Zarzut ten odwołuje się do naruszenia ogólnych zasad systemu zamówień publicznych, jednakże tak naprawdę konkretyzuje się w zakresie zmanipulowanej rażąco niskiej ceny, która jest przedmiotem kolejnych zarzutów podniesionych przez odwołującego. Izba wskazuje iż odwołujący w żaden sposób nie wykazał na czym konkretnie miałyby polegać wykluczenie innych wykonawców z dostępu do rynku. Ponadto zarzut ten jest lakoniczny, nieuzasadniony, odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów na jego poparcie.

Na podobnym stanowisku Izba stoi w zakresie zarzutu dotyczącego naruszenia art. 17 ust. 2 Pzp. Odwołujący wskazał, iż zamawiający naruszył go, „poprzez dokonanie wyboru wykonawcy niezgodnie z przepisami Pzp, w szczególności wskutek zaniechania uzyskania od wykonawcy rzetelnych i kompleksowych wyjaśnień w sprawie zaoferowanej ceny realizacji usługi, a tym samym oparcie decyzji ws. wyboru oferty na danych, które nie pozwalają w obiektywny sposób ocenić zasadności i rynkowości zaoferowanej ceny”. Izba wskazuje iż zarzuty odwołania, co do zasady nie powinny być oparte wyłącznie na naruszeniu ogólnych zasad systemu zamówień publicznych. Nie można tracić z pola widzenia, że zasady te ulegają konkretyzacji na gruncie konkretnych przepisów Pzp, określających uprawnienia i obowiązki zamawiającego. Podniesienie w odwołaniu zarzutu naruszenia jednej z zasad ogólnych powinno być powiązane z zarzutem naruszenia konkretnego przepisu, określającego obowiązki zamawiającego. Zarzut ten, odwołujący się do naruszenia art. 17 ust. 2 Pzp, wydaje się tak naprawdę być powiązany i dotyczyć zarzutów podniesionych w dalszej części odwołania, dotyczących zaniechania uzyskania od wykonawcy rzetelnych i kompleksowych wyjaśnień w sprawie zaoferowanej ceny realizacji usługi.

W kwestii zarzutu wskazanego w pkt 5 odwołania dotyczącego art. 223 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie uzyskania od wykonawcy rzetelnych i kompleksowych wyjaśnień w sprawie złożonej oferty dotyczących uzasadnienia dokonanego podziału wartości zamówienia w sposób zakładający wyższą wartość usług sprzątnia i utrzymania czystości terenów zewnętrznych obciążonych niższym podatkiem VAT, Izba wskazuje, że podnoszony w tym zarzucie art. 223 ust. 1 Pzp, służy zamawiającemu poczynieniu wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń. Chodzi o dokumenty oświadczenia, która są nieprecyzyjne, niejasne bądź budzą wątpliwości interpretacyjne tak, aby była możliwa ocena czy badana oferta w danym zakresie spełnia wymagania postawione przez zamawiającego. Izba pragnie podkreślić iż formując zarzut, odwołujący zobowiązany jest również przedstawić argumentację na jego poparcie. Poddając się lekturze uzasadnienia odwołania próżno szukać argumentacji na poparcie tego zarzutu.

Warto również w tym miejscu wskazać, iż zamawiający w dokumentacji postępowania nie wskazał w jaki sposób wykonawcy mają wyceniać wartość zamówienia, czy ustalać wartość usług sprzątnia i utrzymania czystości terenów zewnętrznych oraz wykonania usługi sprzątnia i utrzymania czystości pomieszczeń wewnętrznych. Wynagrodzenie, które przewidział zamawiający w umowie o zamówienie publiczne jest wynagrodzeniem ryczałtowym miesięcznym. Jak na rozprawie zamawiający podkreślił, iż jedynie ze względu na to, że przedmiot zamówienia jest objęty dwoma stawkami VAT tj: świadczenie usługi sprzątnia i utrzymywania czystości pomieszczeń wewnętrznych – stawka VAT 23 % i świadczenie usługi sprzątnia i utrzymywania czystości terenów zewnętrznych – stawka VAT 8%, formularz ofert zawierał podział w rozbiciu na te dwie pozycje.

Mając na uwadze powyższe rozważania, skorzystanie przez zamawiającego z żądania od wykonawcy wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty jest jego uprawnieniem, a nie obowiązkiem, materializującym się dopiero w momencie pojawienia się wątpliwości. Izba doszła do przekonania iż zamawiający nie miał podstaw, aby nabyć wątpliwości interpretacyjnych co do złożonej oferty przez przystępującego w zakresie wymogów postawionych w SWZ, tym samym zamawiający nie naruszył art. 223 ust. 1 Pzp.

Izba uznała, że nie potwierdził się zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 224 ust. 1 ustawy Pzp zgodnie z którym to, 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.

Odwołujący podnosił, że zamawiający zaniechanie uzyskania od wykonawcy rzetelnych i kompleksowych wyjaśnień w sprawie złożonej oferty dotyczących kosztu wykonania usługi sprzątnia i utrzymania czystości pomieszczeń wewnętrznych, podczas gdy koszt ten jest rażąco niski, a dotychczasowe doświadczenia zamawiającego w tym zakresie i treść pozostałych złożonych ofert prowadzą do wniosku, że został on zaniżony w stosunku do całkowitej wartości zamówienia tj. zaniechanie ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę.

W ocenie składu orzekającego z powyższym stanowiskiem nie sposób się zgodzić. Dyspozycja art. 224 ust. 1 ustawy Pzp skierowana jest do zamawiającego i to zamawiający, jako gospodarz postępowania, ma możliwość zastosowania procedury opisanej tym przepisem. Ustawodawca w art. 224 ust. 1 ustawy Pzp pozostawił więc zamawiającemu ocenę zaistnienia podstaw do wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w przedmiocie wyliczenia ceny. Zamawiający winien zatem wezwać wykonawcę do złożenia wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny w sytuacji, gdy zaistnieją wątpliwości co do możliwości wykonania zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów.

Ustalenia zamawiającego w tym zakresie mogą opierać się na różnych okolicznościach, które mogą zostać powzięte w trakcie badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w szczególności dotyczących porównania ceny badanej oferty do: wartości szacunkowej zamówienia, powiększonej o

wartość podatku VAT, średnich cen ofert złożonych w danym postępowaniu lub ceny kolejnej, oferty złożonej w tym postępowaniu. Żądanie wyjaśnień w celu zbadania, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia stanowi wyłączną kompetencję zamawiającego jako podmiotu, który prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego.

Oczywiście ocena zamawiającego będzie zawierać pewien element subiektywny. Niemniej granicą tej subiektywnej oceny jest wystąpienie obiektywnych okoliczności uzasadniających wszczęcie procedury wyjaśniającej i za każdym razem kwestia ta będzie oceniana indywidualnie w odniesieniu do okoliczności faktycznych. W niniejszej sprawie, będącej przedmiotem oceny w tymże postępowaniu odwoławczym, zamawiający mimo iż nie miał obowiązku wzywania przystępującego do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny (cena w zakresie sprzątania powierzchni wewnętrznych nie była niższa o ponad 30% od średniej arytmetycznej złożonych ofert w tej części, a cena oferty złożonej przez przystępującego jest o 7,17 % niższa od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert w postępowaniu), ponieważ zgodnie z brzmieniem art. 224 ust. 2 pkt 1) Pzp, który stanowi przesłanki, na podstawie których zamawiający winien zwrócić się do wykonawcy z żądaniem udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia, w dniu 21 marca 2024 roku wezwał przystępującego i odwołującego do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Miesięczny koszt usługi sprzątania i utrzymania czystości pomieszczeń wewnętrznych zaoferowany przez przystępującego jest o 28,19% niższy od średniej pozostałych ofert w tym zakresie, miesięczny koszt usługi sprzątania i utrzymania czystości terenów zewnętrznych zaoferowany przez odwołującego jest o 47 % niższy od średniej pozostałych ofert w tym zakresie). Odwołujący w przedmiotowej sprawie nie kwestionował całościowej ceny oferty, a zarzucał złożenie ceny oferty z rażąco niską ceną w zakresie usługi sprzątania i utrzymania czystości pomieszczeń wewnętrznych.

W pierwszej kolejności zauważyć należy zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem Izby, że za cenę rażąco niską uznaje się cenę poniżej kosztów własnych wykonawcy, niepozwalającą na wypracowanie zysku. Wykonawca zobowiązany jest wyjaśnić w sposób szczegółowy i konkretny, że zaoferowana cena gwarantuje należyłą realizację całego zamówienia. To na wykonawcy ciąży obowiązek wykazania, jakie obiektywne czynniki pozwoliły mu na obniżenie ceny oferty oraz w jakim stopniu dzięki tym czynnikom cena oferty została obniżona. Wyjaśnienia złożone przez wykonawcę powinny poparte być stosownymi dowodami, przy czym wykonawcy mają swobodę w ich doborze.

Jak wskazano w wyroku z dnia 30 listopada 2021 r.: „*Procedura badania i ustalania ceny rażąco niskiej przebiega więc w taki sposób, że Zamawiający musi umożliwić wykonawcy wykazanie okoliczności, iż zaoferowana przez niego cena jest ceną realną. Następnie zaś na wykonawcy, zgodnie z art. 224 ust. 5 Pzp, spoczywa obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Rolą Zamawiającego jest ustalenie i weryfikacja czy czynniki wskazane przez wykonawcę w ramach wyjaśnień rzeczywiście istnieją, mogą być osiągnięte w ramach realiów rynkowych i na podstawie jakich założeń wykonawca zakłada realność wystąpienia tych szczególnych czynników i sprzyjających okoliczności. Treść normy art. 224 ust. 5 Pzp nie pozostawia wątpliwości, że to na wykonawcy wezwanym do złożenia wyjaśnień spoczywa obowiązek wykazania, czy możliwe i realne jest wykonanie zamówienia za określoną w ofercie cenę. Z racji tego, że celem wyjaśnień jest wzruszenie przyjętego domniemania, że zaoferowana cena jest ceną rażąco niską, wyjaśnienia takie muszą być konkretne, wyczerpujące i uzasadniające realność dokonanej przez wykonawcę kalkulacji.*”

Niewątpliwie więc istotą procedury wyjaśnień rażąco niskiej ceny jest wykazanie zamawiającemu, że zaoferowana przez wykonawcę cena gwarantuje należyte wykonanie zamówienia, a założenie niższej ceny wynika z właściwości danego wykonawcy, zasobów kadrowych, sprzętowych, możliwości organizacyjnych czy też współpracy z określonymi podmiotami i pozostaje ceną rynkową. Na skutek ich złożenia zamawiający powinien uzyskać pewność, co do możliwości zrealizowania zamówienia zgodnie z wymaganiami za cenę podaną w ofercie, a także co do tego, że wątpliwości zamawiającego w zakresie zbyt niskiej ceny były nieuzasadnione. W odpowiedzi na wezwanie wykonawca powinien w rzetelny i jak najpełniejszy sposób wykazać, również poprzez złożenie dowodów odpowiadających wyjaśnianym składnikom ceny, że zaoferowane przez niego ceny nie noszą znamion rażąco niskich. Co jednak kluczowe, wyjaśnienia wykonawcy muszą odpowiadać wezwaniu, szczególnie w sytuacji, gdy zamawiający precyzuje szczegółowo, jakie elementy ceny budzą jego wątpliwości. W przeciwnym razie nawet obszernie wyjaśnienia, które nie odnoszą się jednak do kwestionowanych przez zamawiającego cen, nie będą mogły zostać uznane za uzasadniające ich zaoferowanie na niskim poziomie. Izba podziela w tym zakresie stanowisko przedstawione w wyroku o sygn. akt KIO 3750/21 z dnia 18 stycznia 2022 r.: „(...) ocena wyjaśnień ceny złożonych przez wykonawcę musi odbywać się, w kontekście wezwania zamawiającego – jego szczegółowości oraz wyrażonych w nim skonkretyzowanych wątpliwości. Jeżeli Zamawiający wskaże w wezwaniu do wyjaśnień elementy ceny oferty, które jego zdaniem wymagają takich wyjaśnień to wykonawca zobowiązany jest udzielić wyjaśnień co najmniej w zakresie zakreślonym przez Zamawiającego. (...) obowiązkiem wykonawcy jest, aby w odpowiedzi na wezwanie wystosowane przez zamawiającego udzielił wyjaśnień dotyczących okoliczności, które wpłynęły na wysokość zaoferowanej ceny w taki sposób, aby na ich podstawie możliwe było jednoznaczne ustalenie, że cena oferty (odpowiednio koszt, istotna część składowa) nie jest ceną rażąco niską. Efektem

składanych wyjaśnień ma być stworzenie podstaw do uznania przez zamawiającego, że podejrzenie dotyczące rażąco niskiej ceny oferty nie było uzasadnione. Podkreślić trzeba, iż nie tylko nieudzielenie wyjaśnień w wyznaczonym terminie skutkować będzie koniecznością odrzucenia oferty, ale także złożenie takich wyjaśnień, które nie uzasadniają podanej w ofercie ceny."

W ocenie Izby przystępujący w swoich wyjaśnieniach zawarł szczegółowe wyliczenia, przedłożył kalkulację, sposób obliczenia swoich założeń i przedłożył dokumenty na ich potwierdzenie. Wskazał m.in. liczbę osób przewidywanych do oddelegowania do realizacji przedmiotowego zamówienia, z podziałem na realizację prac na terenach wewnętrznych i zewnętrznych, wskazał dodatkowych źródeł dochodów pozyskiwanych przez Wykonawcę z tytułów dofinansowań, funduszy, dotacji (itp.) związanych ze świadczeniem przez niego usług sprzątania i utrzymania czystości pomieszczeń oraz terenów zewnętrznych, przedstawienia kalkulacji kosztów materiałów i środków niezbędnych do wykonania świadczeń zgodnie z SWZ i OPZ, z podziałem na tereny wewnętrzne i zewnętrzne. Odwołujący wskazuje, iż mając na uwadze iż zasadniczym kosztem zamówienia są koszty zatrudnienia pracowników, w zestawieniu swojej kalkulacji z założeniami przystępującego jego założenia są nieracjonalne. Argumentacja odwołującego, jednakże nie może tylko sprowadzać się do porównania zestawienia swojej kalkulacji z kalkulacją przystępującego. To, że koszt przystępującego w tym zakresie jest niższy nie oznacza, wcale że na tej podstawie można założyć że jest nierealny czy oderwany od rzeczywistości. Odwołujący wskazuje, że przystępujący celowo manipuluje czynnikiem obniżającym koszt zatrudnienia do sztucznego moderowania wysokości kosztów w podziale na dwie części zamówienia. Przystępujący zakłada zatrudnienie w realizacji usługi sprzątania części wewnętrznej 12 pracowników (11 etatów) z uwzględnieniem dotacji PEFRON. Ten sam koszt pracowniczy przy realizacji usługi sprzątania części zewnętrznej obejmuje 4 etaty, gdzie jeden uwzględnienia dotacje PEFRON. Według twierdzeń odwołującego jest to obiektywnie nieracjonalne, a przystępujący celowo manipuluje czynnikiem obniżającym koszt zatrudnienia do sztucznego moderowania wysokość kosztów w podziale na dwie części. W ocenie Izby argument ten jest chybiony. Zamawiający w dokumentacji postępowania nie wskazała konkretnej liczby osób jakiej będzie wymagał przy realizacji przedmiotowego zamówienia. Jak podkreślił również na rozprawie w tym zakresie zdaje się na doświadczenia i profesjonalizm wykonawcy, który znając zakres przedmiotu zamówienia właściwie określi liczbę personelu konieczną do wykonania zamówienia zgodnie z wymaganiami zamawiającego. Ponadto Izba przychyliła się do wywodów przystępującego w zakresie przedstawionej argumentacji dla czego zastosował taki podział, wyjaśnienia te są spójne i logiczne przy założeniach wymagań określonych przez zamawiającego w SWZ.

Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdziła, że odwołujący nie dowiódł, że zamawiający nie uzyskał rzetelnych i kompleksowych wyjaśnień w sprawie złożonej oferty dotyczącej kosztu wykonania usługi sprzątania i utrzymania czystości pomieszczeń wewnętrznych. Złożone wyjaśnienia przez przystępującego udowodniły, iż jego cena jego oferty w zakresie usług wewnętrznych jest wystarczająca do pokrycia kosztów ich wykonania a zarzut odwołującego w tym zakresie nie znalazł potwierdzenia w toku postępowania odwoławczego.

W ocenie Izby zarzuty naruszenia 226 ust. 1 pkt 3 i pkt 7 nie potwierdziły się. Izba nie uwzględniła powyższych zarzutów, a przy ich rozpoznaniu istotne znaczenie mają ustalenia i argumentacja Izby poczyniona powyżej.

W ramach rozważań ogólnych zgodnie z przepisem 226 ust. 1 pkt 7 Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została ona złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu uznk. Zgodnie z art. 3 ust. 1 uznk, wyrażającym tzw. klauzulę generalną, znamiona czynu nieuczciwej konkurencji wyczerpuje działanie przedsiębiorcy, które jest sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. W art. 3 ust. 2 uznk przykładowo wymienione zostały działania, kwalifikowane jako czyn nieuczciwej konkurencji. Są nimi w szczególności wprowadzające w błąd oznaczenie przedsiębiorstwa, fałszywe lub oszukańcze oznaczenie pochodzenia geograficznego towarów albo usług, wprowadzające w błąd oznaczenie towarów lub usług, naruszenie tajemnicy przedsiębiorstwa, nakłanianie do rozwiązania lub niewykonania umowy, naśladownictwo produktów, pomawianie lub nieuczciwe zachwalanie, utrudnianie dostępu do rynku, przekupstwo osoby pełniącej funkcję publiczną, a także nieuczciwa lub zakazana reklama, organizowanie systemu sprzedaży lawinowej oraz prowadzenie lub organizowanie działalności w systemie konsorcyjnym. W literaturze przedmiotu wskazuje się, iż jako czyn nieuczciwej konkurencji praktykę manipulowania ceną oferty, np. poprzez określanie cen jednostkowych w taki sposób, że część cen określana jest na poziomie rażąco niskim, w oderwaniu od rzeczywistych kosztów i nakładów związanych z realizacją zamówienia, a część jest bez uzasadnienia zawyżona, by rekompensować zaniżenie innych cen, przy czym celem dokonywania takiej operacji jest zamierzona optymalizacja dokonanych wycen. "Optymalizacja" ta z reguły dokonywana jest w celu uzyskania przewagi nad innymi wykonawcami w przyjętych przez zamawiającego kryteriach oceny ofert, zawyżenia ostatecznego wynagrodzenia przysługującego wykonawcom lub otrzymania części wynagrodzenia za wykonanie zamówienia na wcześniejszym etapie realizacji umowy.

Przenosząc to na grunt niniejszego postępowania odwołujący zarzucał, iż przystępujący, dokonał sztucznego zaniżenia wartości prac polegających na utrzymaniu czystości terenów wewnętrznych opodatkowanych stawką VAT 23%, zawyżając jednocześnie wartość prac wykonywanych na zewnątrz (opodatkowanych stawką 8%). Tym samym

wykonawca poprzez zaniżenie wartości części zamówienia opodatkowanej wyższą stawką VAT zaniżył rzeczywistą wysokość podatku, który zobowiązany byłby zapłacić, przez co sztucznie obniżył wysokość ceny ofertowej. Jednocześnie przystępujący przerzucił koszty usługi sprzątania powierzchni wewnątrz na usługi utrzymania powierzchni zewnętrznej, które objęte są stawką podatku VAT w wysokości 8% i w konsekwencji uzyskało niższą cenę brutto za wykonanie całego przedmiotu zamówienia.

Oczywistym jest że w gospodarce wolnorynkowej wykonawcy dysponując swobodą w kształtowaniu cen jednak nie jest to swoboda bezwzględna wykonawcy są związani przepisami prawa. W tym przepisami w zakresie podatku VAT oraz uznk. Wykonawca, który stosuje manipulację cenową, poprzez nieuzasadnione zaniżanie wartości części usług objętych wyższą stawką podatku VAT, rekompensuje sobie to zawyżeniem wartości usług niższą stawką podatku VAT co narusza przepisy ustawy z dnia 11 marca 2004 roku o podatku od towarów i usług (Dz.U. z 2024 r. poz. 361) , a także przepisy o uznk. Wykonawca, który stosuje taką metodę kalkulacji uzyskuje nieuzasadnioną przewagę nad innymi wykonawcami.

Decydujące znaczenie w stwierdzeniu czy doszło do popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji ma wytyczenie granicy pomiędzy swobodą wykonawcy w kształtowaniu cen swoich usług a działaniem zgodnym z prawem. Zdaniem Izby wykonawca jest uprawniony do dość swobodnego kształtowania swego zysku, a zatem nie może być za czyn nieuczciwej konkurencji nierównomierne skalkulowanie zysku pomiędzy jednym rodzajem usługi a drugim. A zatem, nie może być uznane za czyn nieuczciwej konkurencji nie równomierne skalkulowanie zysku pomiędzy jednym rodzajem usług, a drugim. Odnosząc się do przedmiotowej sprawy, nie może być uznane za czyn nieuczciwej konkurencji skalkulowanie niższego zysku w części opodatkowanej stawką podatku VAT w wysokości 23%, a wyższego zysku w części opodatkowanej stawką podatku VAT w wysokości 8% (por. wyrok KIO syg. 2588/17 z dnia 22 grudnia 2017 r.)

W świetle powyższego odwołującego nie wykazał, iż oferta przystępującego zawiera zmanipulowaną cenę. Wyjaśnienia przystępującego przeczą temu, że w sposób celowy dokonał zaniżenia kosztu usługi utrzymania czystości powierzchni wewnętrznych i jednoczesnego przerzucenie zaniżonej jego części na koszt usług utrzymania terenów zewnętrznych, w celu uzyskania przewagi konkurencyjnej złożonej oferty.

Zatem skoro w wyjaśnieniach ceny udowodniono realność tej kwoty, to nie doszło w tym zakresie do zaniżenia jej wartości i równoczesnego przerzucenie zaniżonej jego części na koszt usług utrzymania terenów zewnętrznych i tym samym nie doszło do podnoszonej przez odwołującego manipulacji cenowej. Tutaj także zabrakło istotnego merytorycznego podważenia przez odwołującego spornej kwoty. Odwołujący próbował podnosić, że cena ta byłaby niewystarczająca na realizację tej części zamówienia, ale bez przedstawienia materiału dowodowego, samo głoślowe stwierdzenie, to za mało do wywiedzenia skutecznego zarzutu. Powyższe powoduje, że Izba nie miała podstaw do podzielenia argumentacji odwołującego.

Tym samym brak było podstaw do uznania za zasadny zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp. Jak bowiem już wskazano oferta przystępującego nie podlegała odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp, ponieważ nie zawierała ceny rażąco niskiej w stosunku do przedmiotu zamówienia.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 557, art. 574 i art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 pkt 1) w związku z § 2 ust. 1 pkt 2) w zw. z § 5 pkt 1) lit. a) oraz pkt 2 lit. b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Mając powyższe na uwadze, Izba orzekła jak w sentencji.

Przewodnicząca: