Sygn. akt: KIO 1880/24

WYROK

Warszawa, dnia 21.06.2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: **Agata Mikołajczyk**

Protokolant: Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 czerwca 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 maja 2024 r. przez Odwołującego: **Ł.P. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą**: **Serwis Utrzymania Czystości i Porządku P.Ł.**(Nowy Białynin 17, 96-513 Nowa Sucha)w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: **Główny Inspektorat Farmaceutyczny z/s w Warszawie** (ul. Senatorska 12 00082 Warszawa),

orzeka:

Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu:(1) unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy: W.W. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą IN&OUT W.W. z siedzibą w Umiastowie oraz (2) ponowne badanie tej oferty w zakresie podanej w ofercie ceny i ponowną ocenę niepodlegających odrzuceniu ofert;

Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Zamawiającego, **Główny Inspektorat Farmaceutyczny z/s w Warszawie** (ul. Senatorska 12 00082 Warszawa) i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy), uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

2.2. Zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego:**Ł.P. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą**: **Serwis Utrzymania Czystości i Porządku P.Ł.**(Nowy Białynin 17, 96-513 Nowa Sucha) kwotę 7500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy), poniesioną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

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.

……

Sygn. akt: KIO 1880/24

Uzasadnienie

Odwołanie zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 maja 2024r. przez wykonawcę: Ł.P. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą: Serwis Utrzymania Czystości i Porządku P.Ł. (Odwołujący) w postępowaniu prowadzonym na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.), [ustawa Pzp lub Pzp lub Ustawa PZP]przez zamawiającego: Główny Inspektorat Farmaceutyczny. Przedmiotem zamówienia publicznego jest „Usługa utrzymania czystości pomieszczeń Głównego Inspektoratu Farmaceutycznego Nr post.: BAG.261.9.2024.AT". Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w BZP nr 2024/BZP 00279341/01 z dnia 2024-04-10.

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie:

1)art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp poprzez zaniechanie czynności odrzucenia oferty złożonej przez W.W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą IN&OUT W.W., z siedzibą w Umiastowie (05850), przy ul. Szyszkowej 5, pomimo, że oferta została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;

2)art. 226 ust. 1 pkt 8 oraz art. 226 ust. 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie czynności odrzucenia oferty złożonej przez W.W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą IN&OUT W.W., z siedzibą w Umiastowie (05-850), przy ul. Szyszkowej 5, pomimo, że istotne części oferty zawierają rażąco niską cenę;

3)art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp poprzez zaniechanie czynności odrzucenia oferty złożonej przez W.W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą IN&OUT W.W., z siedzibą w Umiastowie (05850), przy ul. Szyszkowej 5, zwanego dalej „W.W." pomimo, że oferta zawiera błędy w obliczeniu ceny.

Ad.1 Naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

Wykonawca W.W. złożył w przedmiotowym postępowaniu ofertę. W swojej ofercie Wykonawca zastosował niedozwoloną manipulację cenową. Manipulacja cenowa polegała na zastosowaniu nierealnie niskich stawek (rażąco niskich) w pozycjach dodatkowych przez co spowodował, że Wykonawcy, którzy realnie wycenili wszystkie pozycje w Formularzu ofertowym zostali pozbawieni szansy na uzyskanie (w sposób uczciwy) przedmiotowego zamówienia. Firma IN&OUT uzyskuje przewagą nad innymi wykonawcami poprzez zastosowanie nierealnych cen, przez które nie można by było w stanie wykonać prac dodatkowych przewidzianych w SWZ. Czyn ten jest wyjątkowo nieuczciwy, ponieważ wykonawca podejmujący się tego czynu przyjmuje większe wynagrodzenie miesięczne za wykonanie usług ryczałtowych, co powoduje, że uzyskuje przewagę nad innymi wykonawcami. Taki czyn poprawia płynność i kondycję firmy, jednakże przerzucanie kosztów pomiędzy pozycjami jest niezgodne, mając na uwadze zasady uczciwej

konkurencji. Należy zwrócić uwagę na fakt, że Wykonawca W.W. przerzuca w sposób nieuprawniony koszty, które ponosi przy myciu okien i praniu wykładzin, na koszty, ponoszone przy świadczeniu usług podstawowych. Zdaniem Odwołującego ww. zachowania Wykonawcy W.W. stanowią czyn nieuczciwej konkurencji zgodnie z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2022 r. poz. 1233) zwanej dalej ustawą ZNK: Czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.
Znajduje to potwierdzenie w utrwalonym orzecznictwie KIO. W wyroku KIO 2635/21 Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła: „Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Z kolei według art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2020 r., poz. 1913 ze zm.) (dalej również: „ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji" lub „uznk") czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Natomiast według art. 15 ust. 1 pkt 1 uznk czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców. Uznanie konkretnego zachowania za czyn nieuczciwej konkurencji wymaga ustalenia na czym określone działanie polegało oraz zakwalifikowania go jako konkretnego deliktu ujętego w rozdziale 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji albo deliktu nieujętego w tym rozdziale, lecz odpowiadającego hipotezie art. 3 ust. 1 tejże ustawy (wyrok Sądu Najwyższego z 22 października 2002 r., II CKN 271/01, OSNC 2004 nr 2, poz. 26). Sąd Najwyższy w wyroku z 9 grudnia 2011 r. (sygn. akt III CSK 120/11) wskazał ponadto, że art. 3 ust. 1 uznk, jak trafnie podnosi się w literaturze oraz w judykaturze (por. m.in. wyroki SN wydane: 26 listopada 1998 r., I CKN 904/97, OSNC 1999 nr 5, poz. 97; 9 maja 2003 r., V CKN 219/01 OSP 2004 nr 7, poz. 54; 30 maja 2006 r., I CSK 85/06, OSP 2008 nr 5, poz. 55), pełni niewykluczające się trzy funkcje: definiującą, uzupełniającą i korygującą. Pierwsza z nich polega na określeniu, a więc na zdefiniowaniu czynu nieuczciwej konkurencji. Czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Nie narusza to zasadniczo stypizowanych, konkretnych czynów nieuczciwej konkurencji, które zostały zawarte w art. 517 uznk (a przykładowo wymienione w art. 3 ust. 2 uznk) i wskazanych tam definicji, lecz - jako klauzula generalna - pozwala na ich właściwe odczytanie. Funkcja uzupełniająca polega na uzupełnieniu katalogu czynów nieuczciwej konkurencji, nie jest bowiem możliwe skatalogowanie i stypizowanie wszystkich zachowań, które mogą być zakwalifikowane jako naruszające zasady uczciwego obrotu, dlatego takie zachowania, które nie podpadają pod hipotezy przepisów rozdziału drugiego ustawy, ale są sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami i przy tym zagrażają lub naruszają interes innego przedsiębiorcy lub klienta, również stanowią czyn nieuczciwej konkurencji określony w art. 3 uznk. Funkcja korygująca polega na tym, że w sytuacji, w której zachowanie podpada pod hipotezę któregoś z przepisów rozdziału 2 ustawy, ale nie jest sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji. Sąd Najwyższy w wyroku z 30 maja 2006 r. (sygn. akt I CSK 85/06) podkreślił, że termin „czyn nieuczciwej konkurencji" jest pewnym skrótem myślowym, pod którym – jak wskazuje się w doktrynie - kryje się wiele, często znacznie różniących się od siebie, zachowań przedsiębiorców. Treść klauzuli wskazuje na te cechy, które pozwalają na wyodrębnienie zachowań interesujących z punktu widzenia celu ustawy, wyłożonego w jej art. 1. (por. wyrok w sprawach połączonych z dnia 21 kwietnia 2017 r. KIO 679/17, KIO680/17).
Potwierdza to również KIO w wyroku KIO 1844/14, (…)W ocenie Izby, przerzucanie kosztów pomiędzy cenami jednostkowymi będącymi podstawa wypłaty wynagrodzenia w ten sposób, iż koszty realnie ponoszone w części pozycji przenoszone są do innych pozycji najczęściej wykonywanych w toku realizacji zamówienia z pewnością jest działaniem sprzecznym z dobrymi obyczajami i narusza interes zamawiającego. Celem takiego działania nie jest zaoferowanie zamawiającemu jak najkorzystniejszych warunków, czy konkurowanie cena, a jedynie wykorzystanie przyjętych w specyfikacji założeń obliczenia ceny – służących jedynie porównaniu zaoferowanych cen – do podwyższenia wynagrodzenia ze szkodą dla zamawiającego. Zamawiający zlecając odwołującemu prace z pozycji 1 i 2 Załącznika nr 1a do formularza oferty musiałby zapłacić ukrytą w cenie za te pozycję cenę za wykonanie prac z pozostałych pozycji załącznika, co do których nie ma pewności czy i w jakim wymiarze zostaną zlecone w toku realizacji umowy. Jednocześnie, przeniesienie do pozycji 1 i 2 Załącznika nr 1a do formularza oferty kosztów usług z pozostałych pozycji Załącznika nr 1a do formularza oferty pozwoliłoby odwołującemu na uzyskanie znacznie wyższego wynagrodzenia niż uzyskane w sytuacji rzetelnej wyceny poszczególnych usług.(…)
AD.2 Naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp.
Wykonawca W.W. zaoferował rażąco niskie ceny dla usług dodatkowych:
1)dwukrotnego mycia okien (mycie dwustronne) w trakcie realizacji zamówienia za cenę 307,50 zł, oraz
2)dwukrotnego prania wykładzin w trakcie realizacji zamówienia za cenę 307,50 zł.
Zgodnie z art. 224 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający wzywa Wykonawcę do złożenia wyjaśnień ceny, 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. Biorąc pod uwagę, że usługi dodatkowe stanowią ponad 10% wartości całego zamówienia należy stwierdzić, iż stanowią one istotną część całego zamówienia i mają istotny wpływ na złożone oferty. W związku z tym Zamawiający miał obowiązek wyjaśnienia treści oferty w zakresie cen usług dodatkowych. Potwierdza to Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku KIO 3540/23, gdzie Izba wprost wskazała: (…) Z ustaleń dokonanych w sprawie wynika, że zamawiający nie powziął wątpliwości w zakresie wyceny zakresu objętego opcją dokonanej przez przystępującego. Izba zgadza się z poglądem wyrażanym w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej (por. np. wyrok z dnia 31 maja 2016 r., sygn. akt KIO 820/16), że przepis zawarty w art. 224 ust. 1 ustawy P.z.p. nie może być odczytywany jedynie jako uprawnienie zamawiającego, nie podlegające kontroli. Przeciwnie, norma prawna zawarta w tym przepisie przewiduje obowiązek przeprowadzenia procedury wyjaśniającej, a tym samym zaniechanie tego obowiązku - gdy okoliczności sprawy wskazują o istnieniu uzasadnionych podstaw do zastosowania art. 224 ust. 1 - może być podnoszone w ramach środków ochrony prawnej. Należy przy tym dodać, że przepis ten stanowi, że "zamawiający zwraca się" o udzielenie wyjaśnień i złożenie dowodów, a nie, że "zamawiający może zwrócić się".(…).

Zdaniem Odwołującego zaoferowane przez W.W. stawki za wykonanie usług dodatkowych ponad wszelką wątpliwość wyczerpują znamiona cen rażąco niskich a oferta Wykonawcy, po wyczerpaniu procedury wyjaśniającej powinna zostać odrzucona jako oferta z rażąco niską ceną. Odwołujący przeprowadził analizę kosztów usług dodatkowych, którą zresztą przesłał Zamawiającemu w dniu 21.04.2024 r. Z tej analizy wynika, że przyjmując minimalne zaangażowanie personelu, przy minimalnej stawce godzinowej obowiązującej od 1.07.2024 r., tj. 28,10 zł/h zaoferowana przez W.W. nie pokrywa nawet samego wynagrodzenia pracowników:

1)usługa 2-krotnego mycia okien (29 h) wynosi 1629,80 zł;

2)usługa 2-krotnego prania wykładzin (81,2 h) wynosi 4563,44 zł.

Do tego należy jeszcze uwzględnić koszty wynagrodzenia, które ponosi Wykonawca, koszty urządzeń i środków myjących. Ponadto, podkreślić należy, że mycie okien, zgodnie z zaleceniami Zamawiającego, zawartymi w SWZ powinno odbywać się w weekendy, czyli poza świadczeniem usług podstawowych.

AD.3 Naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp.

Oferta Wykonawcy zawiera błędy w obliczeniu ceny. Wykonawca W.W. wycenił w swojej ofercie wykonanie usług dodatkowych, tj.:

1)dwukrotnego mycia okien (mycie dwustronne) w trakcie realizacji zamówienia za cenę 307,50 zł, oraz

2)dwukrotnego prania wykładzin w trakcie realizacji zamówienia za cenę 307,50 zł.

Jak wykazał Odwołujący powyższe ceny nie pokrywają nawet minimalnego wynagrodzenia jakie muszą otrzymać pracownicy określonego przepisami Rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 14 września 2023 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2024 r., nie mówiąc o kosztach pracodawcy oraz kosztach urządzeń i środków myjących. Zdaniem Odwołującego jedynym wytłumaczeniem takiego postępowania jest przerzucenie kosztów za usługi dodatkowe do ceny za usługi podstawowe.

Zamawiający w SWZ określił zasady jakimi mają się kierować Wykonawcy przy sporządzeniu oferty. W Części III SWZ Procedura postępowania dotycząca wyboru oferty najkorzystniejszej ust. 1 pkt 1.5 Zamawiający określił sposób wyceny usług:

Wykonawca w Formularzu ofertowym (Załącznik nr 6 do SWZ) podaje:

-cenę brutto za wykonanie usługi utrzymania czystości polegającej na podstawowych pracach porządkowych wykonywanych w pomieszczeniach biurowych, sanitarnych, kuchennych oraz ciągach komunikacyjnych,

-cenę brutto za wykonanie czynności dodatkowych - dwukrotnego mycia okien (mycie dwustronne) w trakcie realizacji zamówienia,

-cenę brutto za wykonanie czynności dodatkowych – dwukrotnego prania wykładzin w trakcie realizacji zamówienia,

-cenę brutto za realizację całego zamówienia, będącą sumą trzech ww. pozycji.

Z powyższego wynika, że Wykonawcy muszą wycenić wszystkie usługi jako odrębne części zamówienia. Wykonawcy, zgodnie ze wskazówkami Zamawiającego, powinni z należytą starannością uwzględnić wszelkie koszty związane z realizacją zamówienia dla każdej z pozycji Formularza ofertowego. Nie dozwolone jest zatem przenoszenie kosztów realizacji usług dodatkowych do kosztów realizacji usług podstawowych. Mając na uwadze fakt, że zaoferowane przez W.W. ceny usług dodatkowych są określone nienależycie, przez co nie pokrywają większości kosztów ponoszonych przy realizacji tych usług i prawdopodobnie zostały przeniesione do kosztów usług podstawowych, co jest niezgodne z wytycznymi Zamawiającego określającymi sposób obliczenia ceny w ofercie oferta ta podlega odrzuceniu, gdyż zawiera błędy w obliczeniu ceny.

Stanowisko Odwołującego potwierdza Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku KIO 192/22, gdzie Izba wskazała jednoznacznie, że określenie ceny niezgodnie z określonymi w SWZ wytycznymi stanowi błąd w obliczeniu ceny:

(…)W ocenie Izby wskazany powyżej sposób manipulowania przez Odwołującego ceną ofertową, stanowił nie tylko czyn nieuczciwej konkurencji, ale jednocześnie stał w sprzeczności z zawartymi w SWZ wytycznymi dotyczącymi sposobu obliczenia ceny, co uzasadnia uznanie oferty również za zawierającą błąd w obliczeniu ceny. Biorąc pod uwagę, że z postanowień SWZ wynika obowiązek skalkulowania ceny z należytą starannością, a Zamawiający określił, jakie rodzaje kosztów należy przypisać do poszczególnych składników ceny (do części stałej i do części zmiennej), zignorowanie tych wytycznych pozwala stwierdzić, że oferta Odwołującego podlega odrzuceniu także na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp.(…)

W związku z powyższymi naruszeniami, wnoszę o uwzględnienie niniejszego odwołania w całości oraz o nakazanie Zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i odrzucenie oferty Wykonawcy W.W. na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7, art. 226 ust. 1 pkt 8 oraz art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp, względnie wezwania Wykonawcy W.W. do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oferty w zakresie rażąco niskiej ceny dla usług dodatkowych dwukrotnego mycia okien i dwukrotnego prania wykładzin.

Interes we wniesieniu odwołania:

Odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia, którego dotyczy niniejsze postępowania, ponieważ złożył prawidłowo przygotowaną ofertę, która powinny być uznana za najkorzystniejszą, jeśli Zamawiający dokonałby zaniechanych czynności odrzucenia ofert Wykonawcy W.W.. Odwołujący może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego wskazanych przepisów, albowiem niezgodne z przepisami ustawy czynności Zamawiającego uniemożliwiają Odwołującemu uzyskanie zamówienia w ramach prowadzonego postępowania.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie (pismo z dnia 17.06.24) podał:

(...) wnoszę o:

1.Oddalenie odwołania w całości,

2.Zarządzenie od Odwołującego na rzecz Zamawiającego zwrotu kosztów postępowania, w tym kosztów reprezentacji wg przedstawionych na rozprawie rachunków.

W uzasadnieniu stanowiska podał:

[*Stan faktyczny*]

1.Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest Usługa utrzymania czystości pomieszczeń Głównego Inspektoratu Farmaceutycznego (dalej jako „Postępowanie"). Zamawiający w dniu 23 maja 2024 r. poinformował o dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez W.W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą IN&OUT W.W. (dalej jako „Oferta najkorzystniejsza" lub „Wykonawca IN&OUT"). Wykonawca ten złożył ofertę zgodną z wymogami SWZ oraz otrzymał 100 pkt w ramach kryteriów oceny ofert.

Oferta złożona przez Odwołującego uzyskała 99,74 pkt.

Przy dokonywaniu wyboru oferty najkorzystniejszej Zamawiający zastosował jedno kryterium oceny ofert – cena brutto za realizację całego zamówienia (waga 100 pkt).

W dniu 28 maja 2024 r. Odwołujący przekazał Zamawiającemu odwołanie (dalej jako „Odwołanie")

stota sporu - Brak istotnych części składowych ceny]

Odwołanie obejmuje trzy zarzuty postawione czynnościom lub zaniechaniom czynnościom Zamawiającego:

)Naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia Oferty najkorzystniejszej, pomimo że została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej jako „Zarzut nr 1");

)Naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 8 oraz art. 226 ust. 5 ustawy Pzp przez zaniechanie czynności odrzucenia Oferty IN&OUT, pomimo że istotne części oferty zawierają rażącą niską cenę (dalej jako „Zarzut nr 2");

)Naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp poprzez zaniechanie czynności odrzucenia Oferty IN&OUT pomimo, że oferta zawiera błędy w obliczeniu ceny (dalej jako „Zarzut nr 3").

W ocenie Zamawiającego zarzuty są bezpodstawne oraz nie zasługują na uwzględnienie z przyczyn szczegółowo określonych poniżej.

Zarzut 2 – Naruszenie 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, Zarzut nr 3 – Naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp]

Z uwagi na okoliczność, że oba zarzuty Odwołania poszukują swoich podstaw w wystąpieniu rzekomej rażąco niskiej ceny w zakresie istotnych części składowych ceny, poniżej przedstawiono łączną argumentację. Dodatkowo Zamawiający zwraca uwagę, że Odwołujący w zakresie Zarzutu nr 2 wskazał na naruszenie nieistniejącego art. 226 ust. 5 ustawy Pzp. Z uwagi na brak takiej normy w ustawy Pzp oraz nieprzedstawienia argumentacji w treści uzasadnienia Odwołania, Zamawiający odniesie się wyłącznie do zarzuconego naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 ustaw Pzp w zakresie Zarzutu nr 2.

W ocenie Odwołującego, Cena brutto za wykonanie czynności dodatkowych – dwukrotne mycie okien oraz za wykonanie dwukrotnego mycia okien w trakcie realizacji umowy, którą zaoferował Wykonawca IN&OUT, stanowi cenę rażąco niską. Wykonawca – nie uzasadniając podstawy – wskazał, że z uwagi na okoliczność, że usługi dodatkowe stanowią ponad 10 % wartości zamówienia należy stwierdzić, iż stanowią one istotną część całego zamówienia.

dwołujący zarzucił również naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp z uwagi na okoliczność, że ceny za usługi zaoferowane przez wykonawcę IN&OUT nie uwzględniają stawek określonych w przepisach o minimalnym wynagrodzeniu za pracę.

W pierwszej kolejności należy więc wyjaśnić, że przedmiot zamówienia stanowi utrzymanie czystości pomieszczeń w budynku Zamawiającego poprzez wykonywanie wyspecyfikowanych w Opisie Przedmiotu Zamówienia (dalej jako „OPZ") prac podstawowych oraz czynności dodatkowych.

Zamawiający opisując przedmiot zamówienia wskazał na usługi, realizowane stale oraz w sposób cykliczny - prace podstawowe oraz dwa typy czynności dodatkowych tj. realizowanych incydentalnie w postaci: mycia dwustronnego okien oraz pranie wykładzin (dalej jako „Usługi dodatkowe"). Każda z Usług dodatkowych miała odbyć się wyłącznie dwa razy w trakcie trwania całości umowy, w terminie ustalonym indywidualnie.

pis przedmiotu zamówienia „Czynności dodatkowe":

10. Zamawiający w SWZ podzielił zamówienia na prace podstawowe i czynności dodatkowe. Podział ten ujawnia preferencje Zamawiającego, które nadały istotny charakter podstawowym pracom porządkowym. O istotności tej części zamówienia świadczy zakres i szczegółowość przyjętych rozwiązań w treści SWZ.
    D l a prac podstawowych Zamawiający określił m.in. minimalny skład personelu sprzątającego (3 osoby), godziny realizacji zamówienia, zasady rozliczania czasu pracy personelu sprzątającego, szczególne kary za nieobecność personelu sprzątającego w wyznaczonych godzinach, częstotliwość wykonywania poszczególnych prac, obowiązek ustanowienia koordynatora, do którego obowiązku należy kontrola jakości wykonywanych prac, szczególny tryb usuwania poza kolejnością pilnych zgłoszeń.
    W przypadku prac dodatkowych (mycie okien, pranie wykładzin) Zamawiający poza wskazaniem powierzchni, częstotliwości (2 razy w okresie realizacji zamówienia) i preferowanego terminu (weekend) nie określił innych szczególnych warunków realizacji zamówienia, takich jak termin realizacji tej usługi (tj. czy usługa będzie realizowana wciągu jednego dnia, dwóch dni a może i dłużej), minimalnego składu osobowego, szczególnego nadzoru, pozostawiając większość kwestii do swobodnego ustalenia przez strony umowy.
11. W kontekście całego zamówienia czynności dodatkowe nie były więc istotne oraz nie stanowiły istotnej części składowej zamówienia. Przedmiot zamówienia oraz wchodzące w jego skład usługi (zarówno podstawowe jak i dodatkowe) stanowią dla Zamawiającego usługę jednorodną, za realizację których przewidziana została cena całkowita ryczałtowa. Zamawiający nie przewidział w dokumentacji postępowania możliwości ograniczenia zakresu umowy. Całość prac opisana w dokumentacji zostanie powierzona do realizacji wykonawcy, z którym zostanie zawarta umowa o zamówienie publiczne.
12. Cena całkowita stanowi wartość najbardziej istotną dla Zamawiającego. Z tego też powodu określone zostało w Specyfikacji Warunków Zamówienia, że właśnie cena całkowita brutto stanowić będzie kryterium oceny ofert. W tym kontekście również Zamawiający badał oferty pod kątem wystąpienia rażąco niskiej ceny. Zamawiający będzie zobligowany zapłacić za realizację zamówienia całą cenę całkowitą oferty brutto – jako niezmienną. Cena ta nie będzie zależna od jednostkowych zleceń na usługi sprzątania, wydawanych w trakcie trwania umowy.
13. Istotnie w formularzu ofertowym wyodrębniono ceny za usługi dodatkowe. Spowodowane to było jednak nie okolicznością, jak twierdzi Odwołujący, że ceny te stanowią istotne części składowe ceny, a wyłącznie ułatwieniem rozliczenia i dokonania zapłaty w trakcie realizacji umowy. Usługi dodatkowe, ani w kontekście zakresu rzeczowego jak również w zakresie wartości świadczeń nie stanowią istotnych części składowych ceny.
14. Zgodnie z zasadą wprowadzoną w Projektowanych Postanowieniach Umowy rozliczenia z Wykonawcą będą dokonywane po upływie cyklu rozliczeniowego - miesiąca kalendarzowego (tak § 12 ust. 3 PPU). Z uwagi na okoliczność, że termin realizacji usług dodatkowych nie został określony w dokumentacji postępowania, a będzie ustalany indywidualnie w trakcie realizacji umowy w zależności od chwili, w której wystąpi potrzeba Zamawiającego w tym zakresie, wyodrębniono ceny usług dodatkowych oraz przewidziano w tym zakresie stosowne zasady rozliczenia. Innymi słowy intencją Zamawiającego uwidocznioną w dokumentacji postępowania była zapłata za usługi dodatkowe dopiero po ich realizacji. Wydzielenie płatności za usługi dodatkowe miało charakter wyłącznie informacyjny oraz techniczno-organizacyjny, nie stanowiło o istotności danego zakresu zamówienia.
15. Podział cen w tym zakresie wpłynąć może jedynie na chwilę uzyskania danej płatności przez wykonawcę. Jak najbardziej wobec tego może mieć miejsce sytuacja, że Zamawiający zleci realizację czynności dodatkowych od razu po zawarciu umowy jak też na późniejszym etapie jej realizacji. Wówczas to Wykonawca poniesie konsekwencje

takiego sposobu wyceny. Sposób kalkulacji ceny mieści się w zwykłym ryzyku gospodarczym, ponoszonym przez każdego przedsiębiorcę na co dzień. Zarzuty przedstawiane przez Wykonawcę nie mają oparcia w podstawach opisanych w dokumentacji postępowania.

16. Istotnymi częściami składowymi ceny lub kosztu w rozumieniu art. 224 ust. 1 ustawy Pzp będą te części składowe ceny lub kosztu, które są istotne. Chodzi o znaczenie ze względu na wielkość lub rozmiar oraz wartość z punktu widzenia ustalania ceny. Istotna część składowa ceny to część, która w znacznym stopniu przyczynia się do powstawania kosztów po stronie wykonawcy i ma znaczący wpływ na całkowitą cenę oferty. Oceniając istotność części składowych ceny oferty, która podlega badaniu należy wykazać, że jej zaniżenie ma istotny wpływ na ostateczną wysokość ceny oferty.

17. Odwołujący podniósł, że kwestionowane pozycje (Usługi dodatkowe) Oferty najkorzystniejszej stanowią ponad 10% zamówienia. Odwołujący nie wykazał jednak co stanowiło podstawę przyjęcia takiej wartości. Z wyliczeń Zamawiającego wynika bowiem, że średnia cena łączna brutto wyciągnięta ze wszystkich złożonych ofert wynosi 207 654,99 zł zł, a średnie ceny brutto pozycji dodatkowych wynoszą dla dwukrotnego mycia okien 3.567,72 zł, a dla dwukrotnego prania wykładzin 8.788,34 zł, co daje odpowiednio 1,72 % i 4,23 %.

oniżej przedstawiono zestawienie zaoferowanych cen w postępowaniu, gdzie:

Cena brutto - cenom ofert bez Usług dodatkowych,

Okna - cena za wykonanie czynności dodatkowych – dwukrotne mycie okien

Wykładziny -cena za wykonanie czynności dodatkowych – dwukrotne pranie wykładzin

Cena oferty - Cena łączna oferty.

abela nr 1 zestawienie cen w Postępowaniu:

Wykonawca	Cena brutto	Okna	Wykładziny	Cena oferty
Amlux sp. z o.o.	184 500,00 zł	1 016,76 zł	7 511,00 zł	193 027,76 zł
AWIMA Sp. J B. Wiśniewski	222 435,84 zł	1 540,10 zł	6 206,28 zł	230 182,22 zł
ZU Centru-Usłua sp. z o.o.	197 429,76 zł	15 916,20 zł	24 969,00 zł	238 314,96 zł
Konsorcjum Security&Cleaning	254 164,25 zł	1 943,60 zł	8 614,38 zł	264 722,23 zł
Superlux M. Sokołowski	233 208,00 zł	3 690,00 zł	29 520,00 zł	266 418,00 zł
PU SOS Barwit B. Jakubczak	184 765,68 zł	1 301,32 zł	4 394,54 zł	190 461,54 zł
Jak-Bud J. Budziński	178 596,00 zł	6 150,00 zł	5 412,00 zł	190 158,00 zł
AMSA sp. z o.o.	190 773,00 zł	700,00 zł	8 000,00 zł	199 473,00 zł
SUCziP Piórko Łukasz	170 400,00 zł	9 400,00 zł	9 800,00 zł	189 600,00 zł
IN&OUT W. Wrzosek	188 485,20 zł	307,50 zł	307,50 zł	189 100,20 zł
Janka Serwis J. Murawska	160 187,33 zł	1 857,60 zł	6 902,00 zł	168 946,93 zł
Polished Cleaning Services sp. z o.o.	157 878,88 zł	1 680,00 zł	1 560,00 zł	161 118,88 zł
BKAGRUP sp. z o.o.	225 828,00 zł	1 845,00 zł	2 460,00 zł	230 133,00 zł
Full Cleaning A. Sadowska	185 533,20 zł	2 600,00 zł	7 380,00 zł	195 513,20 zł
Średnia	195 298,94 zł	3 567,72 zł	8 788,34 zł	207 654,99zł

18. Zdaniem Zamawiającego istotną częścią składową są koszty osobowe (koszty pracy), które stanowią w tego rodzaju zamówieniach ponad 80% całkowitej wartości zamówienia, a nie sztucznie kształtowane koszty poszczególnych pozycji cenowych. Jednocześnie merytoryczne znaczenie czynności dodatkowych (mycia okien i prania wykładzin) również nie jest istotne w kontekście całości zamówienia. Czynności dodatkowe trwające tylko 4 dni są nieistotne dla osiągnięcia zasadniczego celu jakim jest należyte wykonanie podstawowych prac porządkowych trwających 251 dni. W świetle powyższego taki element zamówienia nie może stanowić podstawy do badania oferty wybranego Wykonawcy w zakresie wskazanej w art. 224 ust. 1 ustawy Pzp.

19. Podkreślić należy, że całość prac w ramach umowy, realizowana będzie przez 12 miesięcy tj. przez 251 dni roboczych, natomiast z doświadczenia Zamawiającego wynika, że mycie okien oraz pranie wykładzin zajmuje dotychczasowym wykonawcom po jednym dniu każde – co daje w ramach trwania umowy dwa dni mycia okien i dwa dni prania wykładzin. Powyższe potwierdza nieistotność usług dodatkowych w skali realizacji całego zamówienia.

20. Ustawa Pzp nie określa które z części lub elementów ceny należy uznać za istotne. W ocenie orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej, oceny takiej należy dokonywać w kontekście stosunku danej części lub elementu ceny składowej do ceny oferty całkowitej lub oceny wartości merytorycznej. Tak np. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 lutego 2023 r. o sygn. akt KIO 185/23 „Przepisy Pzp nie określają, jakie części składowe ceny należy uznać za istotne ani według jakich kryteriów należy dokonywać oceny istotności części składowej ceny. Zdaniem Izby oceny tej nie należy dokonywać wyłącznie na podstawie określania stosunku danej części składowej ceny do ceny oferty, a istotną częścią składową zaoferowanej ceny w rozumieniu art. 224 ust. 1 Pzp jest nie tylko taka część składowej ceny, która stanowi istotny ułamek ceny oferty, ale również część składowa ceny oferty, będąca ceną (wynagrodzeniem) za spełnienie świadczenia, które ma istotne znaczenie merytoryczne. (…) żądanie (…) wyjaśnień w zakresie wyliczenia istotnych

części składowych ceny powinno być poprzedzone analizą, które części składowe ceny stanowią istotne części składowe, a samo żądanie powinno dotyczyć wszystkich części składowych ceny, które Zamawiający uznał za istotne części składowe". Jak również potwierdza to wyrok KIO 1543/22 - „Istotnymi są te elementy, których wartościowy udział w przedmiocie zamówienia jest znaczny lub od których ze względu na ich merytoryczne znaczenie – zależy osiągnięcie zasadniczych celów, dla których zamówienie jest udzielane. Chodzi o elementy istotne pod względem wartościowym lub merytorycznym, mogące zaważyć na powodzeniu zamówienia jako całości.

21. Potwierdzono w orzecznictwie, że nie jest zasadnym skupianie się na każdym pojedynczym elemencie cenowym oferty oraz analiza tych składników w oderwaniu od całości oferty, np. Wyrok KIO z dnia 16 września 2022 r. sygn. akt KIO 2259/22 „W ocenie Izby nawet jeśli pomimo dosyć niskiej wyceny jednego czy dwóch składników całe zamówienie pozostaje dla konkretnego wykonawcy dalej opłacalne, to w tym przypadku nie może być mowy o wystąpieniu rażąco niskiej ceny. Decydujące znaczenie należy przypisać zależności pomiędzy jednostkowymi zaniżeniami a ceną całej oferty, a nie traktować ceny pojedynczych składników oferty, choćby były one na niskim poziomie, w sposób wyizolowany i oderwany od całej oferty." Powyższy wyrok ma również znaczenie w kontekście okoliczności, że cena oferty Odwołującego jest bardzo zbliżona do ceny oferty IN&OUT, różni je bowiem jedynie kwota 499,80 zł (!).
22. Ustawodawca przewidział badanie rażąco niskiej ceny istotnej części zamówienia, przy czym o rażąco niskiej cenie danego elementu można mówić wówczas jeśli wycena ta istotnie przekłada się na zaniżenie ceny całkowitej oferty czyniąc ją nierealistyczną, a Odwołujący nie wykazał, że kwestionowane pozycje mają istotny, znaczący wpływ na całkowitą cenę oferty. Takie stanowisko zostało zaprezentowane między innymi w wyroku SO w Warszawie, z dnia 31.08.2021 r., sygn. akt Zs 42/21 gdzie Sąd wskazał, że „(...) jeżeli poszczególne ceny jednostkowe są niskie, ale nie znajduje to przełożenia na cenę oferty oraz możliwość wykonania całej umowy, brak jest podstaw do wyjaśniania tej ceny. Innymi słowy, zarzut „niewykonalności" danego elementu oferty za określoną cenę jest niewystarczający sam w sobie dla uznania go za uzasadniający wyjaśnianie ceny.", a także w wyroku z dnia 22.11.2021r., sygn. akt: KIO 3190/21: „(…) aby można było badać części składowe ceny oferty należy ustalić czy mają one charakter istotny. Istotna część składowa ceny to część, która w znacznym stopniu przyczynia się do powstawania kosztów po stronie wykonawcy i ma znaczący wpływ na całkowitą cenę oferty. Oceniając istotność części składowych ceny oferty, która podlega badaniu, należy wykazać, że jej zaniżenie ma istotny wpływ na ostateczną wysokość ceny oferty".
23. Odwołujący domaga się by Zamawiający przeprowadził procedurę badania części składowych ceny oferty w kontekście elementów nieistotnych. Na gruncie obowiązującej ustawy nie jest to możliwe. Potwierdzone to jest również przez orzecznictwo tak np. KIO w wyroku z dnia 25 stycznia 2022 r. sygn. akt KIO 69/22 „W konsekwencji, w sytuacji, gdy przedmiot zamówienia obejmuje wykonanie różnych świadczeń, możliwe byłoby kształtowanie oferty w taki sposób, aby cena za wykonanie danego świadczenia objętego przedmiotem zamówienia nie stanowiła istotnego ułamka ceny oferty, a więc nie była istotną częścią składową zaoferowanej ceny. Zatem to wykonawca sporządzając ofertę faktycznie decydowałby, która część składowa ceny jest istotna. Przyjmując, że art. 224 ust. 1 Pzp nie uprawnia zamawiającego do badania i oceny oferty w zakresie tej części ceny, która nie jest istotna, w przypadku złożenia w postępowaniu więcej niż jednej oferty, skutkowałoby to dokonywaniem badania i oceny poszczególnych ofert w sposób odmienny, co jest nie do pogodzenia z obowiązkiem przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający równe traktowanie wykonawców, określonym w art. 16 Pzp (…) W konsekwencji oceny, czy dana część składowa ceny stanowi część istotną, należy dokonywać z uwzględnieniem treści dokumentów zamówienia."
24. Zamawiający wprost wskazał w dokumentacji postępowania, że wynagrodzenie obejmujące prace podstawowe i czynności dodatkowe jest wynagrodzeniem obejmującym wszystkie koszty związane z wykonaniem zamówienia, w szczególności koszty robocizny, środków czystości i środków higienicznych oraz materiałów i zużycia urządzeń niezbędnych do należytego wykonania Umowy (tak § 2 ust. 2 PPU). Dodatkowo Zamawiający opisując sposób obliczenia ceny, którym powinni kierować się wykonawcy, podkreślił, że cena oferty powinna być kompletna, jednoznaczna i ostateczna, zastrzegając że ewentualne upusty oferowane przez wykonawców winny być uwzględnione w cenach jednostkowych, które powinny obejmować wszystkie koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia (tak ppkt 1.6 pkt 1 Części III SWZ, str. 20). W świetle powyższego Zamawiający dopuścił możliwość przenoszenia upustów w ramach wyodrębnionych cen jednostkowych.
25. Każdy z wykonawców ubiegających się o zamówienie miał pełną swobodę kształtowania cen jednostkowych w zakresie udzielonego upustu, przy czym wykonawcy mieli prawo udzielić upustu na poziomie cen jednostkowych, a nie na poziomie ceny całkowitej za realizację zamówienia. W konsekwencji każdy wykonawca mógł udzielić całkowitego upustu obciążając nim wszystkie ceny jednostkowe pozycji cenowych (upust cenowy równomierny), jak i mógł udzielić tegoż samego upustu obciążającego wyłącznie jedną lub kilka wybranych pozycji cenowych (upust cenowy nierównomierny). W przypadku upustu cenowego nierównomiernego udzielony całkowity upust obciążał

wyłącznie wybrane pozycje cenowe. Z treści SWZ wynika wiec, że dozwolona jest kalkulacja pozycji cenowych, w której wybrane pozycje cenowe zostaną obciążone całym upustem oferowanym Zamawiającemu (np. cały oferowany upust obciąża pozycje mycia okien lub prania wykładzin). W związku z tak przyjętym w SWZ modelem kalkulacji ceny, to cena brutto za realizację całego zamówienia jest ceną „realną" uwzględniającą pełną pulę kosztów, zaś poszczególne ceny za wykonanie poszczególnych pozycji (prace podstawowe i dodatkowe) kalkulowane są na podstawie zasad, formuł określonych w SWZ.

26. Przyjęty w SWZ model kalkulacji ceny, uzasadnia stwierdzenie, że każdy wykonawca miał prawo swobodnie kształtować wysokość upustów na poszczególnych pozycjach cen jednostkowych, co ostatecznie mogło doprowadzić do dystrybucji kosztów w ramach ceny całkowitej. Dopuszczony w SWZ mechanizm udzielenia całkowitego upust na jednej lub kilku pozycjach kalkulacyjnych w konsekwencji prowadzi do dystrybucji kosztów danych pozycji kalkulacyjnych w ramach ceny całkowitej, w tym i ceny usług podstawowych, co też potwierdza treść § 1 ust. 2 Projektowanych Postanowień Uumowy, w którym wskazano, że to łączne wynagrodzenie za należytą realizację całego przedmiotu obejmuje wszelkie koszty związane z wykonaniem przedmiotu umowy, w szczególności koszty robocizny, środków czystości i środków higienicznych oraz materiałów i zużycia urządzeń niezbędnych do należytego wykonania umowy, a nie ceny poszczególnych pozycji cenowych wchodzących w skład tej ceny.

27. Jednocześnie należy podkreślić, że ciężar wykazania, że Zamawiający winien wziąć pod uwagę określone elementy ceny jako istotne części zamówienia w kontekście badania rażąco niskiej ceny obciążają Odwołującego. Potwierdza to wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 kwietnia 2021 r. o sygn. akt KIO 820/21, którego treść pozostaje aktualna również w kontekście art. 224 ustawy Pzp „*Podkreślenia wymaga, że w postępowaniu odwoławczym ciężar dowodu, że zaistniały określone w art. 90 ust. 1 Pzp przesłanki wezwania do wyjaśnień, obciążał - na zasadach ogólnych - Odwołującego. Odwołujący był więc zobowiązany wykazać, że cena całkowita oferty lub takie jej elementy składowe, które mają charakter istotny, są tak niskie, że obiektywnie powinny wzbudzić wątpliwości co do ich realności*. (…) *Odwołujący przedstawił w tym zakresie nie tylko porównanie do cen obowiązujących na rynku, ale także wskazał na konieczność uwzględnienia w cenie ww. pozycji wszystkich czynników kosztotwórczych, tj. kosztów pracy, sprzętu i chemii. Odwołujący całkowicie pominął jednak najważniejszy aspekt, od którego ustawa uzależnia obowiązek przeprowadzenia procedury wyjaśniającej, tj. aspekt istotności kwestionowanych pozycji cenowych. Odwołujący ani w odwołaniu, ani podczas rozprawy nie podjął nawet próby wykazania, że objęte zarzutami składniki ceny mają w jakimkolwiek znaczeniu charakter istotny*."

28. Odwołujący natomiast nie sprostał temu ciężarowi, co więcej nie podjął nawet próby wykazania, że składniki te są istotne w kontekście całego zamówienia. Zamawiający na etapie badania ofert nie miał wątpliwości co do możliwości należytej realizacji zamówienia za zaoferowaną przez wybranego Wykonawcę cenę. Ponadto należy zwrócić uwagę, że cena całkowita brutto zaoferowana przez Odwołującego wynosi 189.600,00 zł brutto, natomiast cena ofertowa wybranego Wykonawcy wynosi 189.100,20 zł brutto, różnica zaś stanowi 499,80 zł brutto. Zdaniem Zamawiającego zaoferowane ceny za realizację całego zamówienia przez Odwołującego i wybranego Wykonawcę są realne i umożliwiają należyte wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów

29. W ramach Zarzutu nr 3, Odwołujący zarzuca naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp w związku z nieodrzuceniem oferty wybranego Wykonawcy, która zawiera błędy w obliczeniu ceny w zakresie wyceny czynności dodatkowych w Ofercie najkorzystniejszej. Z treści SWZ Odwołujący wywodzi, że wykonawcy powinni uwzględnić wszystkie koszty związane z realizacją zamówienia dla każdej pozycji Formularza ofertowego i nie było możliwości, by w jakikolwiek sposób przenosić ceny. Wbrew gołosłownym twierdzeniom Odwołującego Wybrany Wykonawca, spełnia wszystkie warunki SWZ, w szczególności skalkulował on cenę oferty i poszczególne składowe ceny zgodnie z zasadami wskazanymi w SWZ.

30. Przyjęty w SWZ model kalkulacji ceny uwzględniający upusty w cenach jednostkowych dopuszcza dystrybucję kosztów pozycji kalkulacyjnych (usługi podstawowe i dodatkowe) w ramach ceny całkowitej, w tym i w ramach ceny usług podstawowych, co też zostało szczegółowo wyjaśnione powyżej. Jednocześnie, uwzględniając treść § 12 ust. 2 PPU, łączne wynagrodzenie za należytą realizację całego zamówienia zaoferowane przez wybranego Wykonawcę obejmuje wszelkie koszty związane z wykonaniem przedmiotu umowy, w szczególności koszty robocizny, środków czystości i środków higienicznych oraz materiałów i zużycia urządzeń niezbędnych do należytego wykonania umowy.

31. Jedynie na marginesie wskazać należy, że Zamawiający w dokumentacji postępowania nie wskazał, że osoby realizujące zakres zamówienia podstawowego nie są uprawnione do realizacji czynności dodatkowych. W tym też zakresie Wykonawca IN&OUT mógł rozłożyć koszty zatrudnienia pracowników, na które wskazuje Odwołujący. Realizacja wszystkich usług w ramach zamówienia dotyczy tej samej lokalizacji Zamawiającego. Analogiczną zasadę przyjęto również w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 września 2023 r. sygn. akt KIO 2555/23 „*Nie wynika bowiem z dokumentów zamówienia chociażby okoliczność, że te same osoby nie mogą wykonywać również zakresu*

wskazanego w pkt 1 kalkulacji cenowej, a odnoszącego się do sprzątania i utrzymania porządku na terenie posesji oraz przylegających do niej chodników. Wówczas koszty ich pracy będą proporcjonalnie odnoszone do obu pozycji zamówienia. Izba w tym momencie zwraca uwagę na wykaz powierzchni stanowiący załącznik nr 1 do wzoru umowy, z którego wynika, że oba zakresy zamówienia dotyczą tych samych lokalizacji z tą różnicą, że nie wszystkie lokalizacje mają trawniki do koszenia."

[Zarzut 1 – Naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp]

32. Istota odwołania w zakresie Zarzutu nr 1 sprowadza się do wskazania przez Odwołującego, że w Ofercie najkorzystniejszej dopuszczono się do manipulacji cenowej w postaci zastosowania nierealnie niskich stawek w pozycjach dodatkowych, a w konsekwencji doprowadziło to do pozbawienia szansy na pozyskanie zamówienia przez innych wykonawców. W ocenie Odwołującego przerzucenie cen względem pozycji dodatkowych a resztą zamówienia jest nieuprawnione oraz stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej jako „ZNK").
33. Zamawiający wskazuje, że zarzut ten jest nieuzasadniony oraz w całości bezpodstawny. Zgodnie z art. 3 ust. 1 ZNKU, 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 ZNKU jedynie przykładowo wymienione zostały działania kwalifikowane jako czyn nieuczciwej konkurencji.
34. *W kontekście okoliczności szczegółowo określonych w powyżej wykazujących, że czynności dodatkowe nie stanowiły istotnej części zamówienia, a wykonawca był uprawniony do swobodnego określania cen, nie może być mowy o ofercie złożonej w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji. Każdy z wykonawców miał pełną swobodę w zaoferowaniu ocenianej jednej ceny. Rozłożenie akcentów cenowych na poszczególny rodzaj czynności leżało po stronie wykonawców. Każdemu z nich Zamawiający udostępnił dokładnie te same szacunkowe dane i informacje, które zostały przyjęte w oparciu o przeprowadzone zgodnie z zasadami Pzp szacowanie wartości zamówienia.*
35. Wykonawca, który złożył Ofertę najkorzystniejszą bez względu na to, w jaki sposób rozłożył akcenty cenowe, jego oferta i tak byłaby najkorzystniejsza. Zamawiający bowiem oceniał oferty pod kątem łącznej ceny brutto. Wykonawcy nie uzyskiwali w postępowaniu żadnych dodatkowych punktów w ramach czynności usług dodatkowych. Nie doszło zatem w Postępowaniu do jakiejkolwiek manipulacji cenami. Wykonawca nie uzyskał wyższej punktacji, nie wyeliminował przez to z postępowania innych wykonawców, nie uzyska w ten sposób żadnych wymiernych korzyści finansowych. Nie utrudnił tym samym innym wykonawcom możliwości pozyskania zamówienia. Jedynym efektem jakiegokolwiek rozłożenia cen jest jedynie w innych terminach wyrównanie kosztów na daną usługę, do czego ma prawo. Taki czyn nie jest czynem sprzecznym z żadnym przepisem prawa, ani żadnym zwyczajem, czy obyczajem. Nie ma przecież ani przepisów ani zwyczajów nakazujących przy rozliczaniu za każdą jednostkową usługę w ramach jednej, dużej usługi, aby zawsze zapłata odpowiadała kosztom. Rozłożenie płatności to pełne uprawnienie każdego przedsiębiorcy.
36. Na Odwołującym, który powołuje się na naruszenie art. 3 ust. 1 ZNK ciąży obowiązek powołania się i wskazania przepisów prawa lub sprecyzowania dobrych obyczajów, które narusza wybrany Wykonawca, jak również do wykazania, że działania te zagrażają lub naruszają jego interes. Odwołujący natomiast ograniczył się do ogólnych stwierdzeń oraz cytowania orzeczeń, które nie znajdują związku z niniejszym stanem faktycznym.
37. Wykonawca nie uzasadnił na czym miało polegać czyn nieuczciwej konkurencji wybranego Wykonawcy, czy polegał on na działaniu sprzecznym z prawem, czy też na działaniu sprzecznym z dobrym obyczajem, a jeżeli tak to jakie to prawa lub obyczaje naruszył wybrany Wykonawca. Ponadto nie wskazał w jaki sposób te czynności zagrażały lub naruszyły interes innego przedsiębiorcy.
38. Powyższe potwierdza np. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 października 2020 r. o sygn. akt KIO 1975/20 „Odwołujący powinien był udowodnić, że zachowanie Przystępującego wypełnia dyspozycję art. 3 ust. 1 u.z.n.k., a zatem wykazać, że jest ono sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami oraz że zagraża ono lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta lub dyspozycję art. 15 ust. 1 pkt 1 u.z.n.k., a zatem wykazać, że mamy do czynienia ze sprzedażą towarów (usług) poniżej kosztów ich wytworzenia, przez co dochodzi do utrudnienia innym przedsiębiorstwom dostępu do rynku, a nadto utrudnienie to ma za swój cel eliminację innych przedsiębiorców."
39. Wybrany Wykonawca skalkulował cenę oferty zgodnie z założeniami SWZ, w szczególności zgodnie z modelem kalkulacji kosztów określonej przez Zamawiającego. Jego działania nie są sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, w szczególności nie naruszają dobrych obyczajów kupieckich, a przed wszystkim nie zagrażają lub nie naruszają interesów innych przedsiębiorców.

W świetle powyższego treść odwołania, podobnie jak twierdzenia zawarte przez Odwołującego w złożonych przez niego wyjaśnieniach, są gołosłowne, nieumotywowane oraz niewykazane, a w konsekwencji odwołanie winno zostać oddalone w całości.

Do postępowania odwoławczego przystąpienia nie zgłosił żaden z wykonawców. Termin na takie zgłoszenie - uwzględniając informację Zamawiającego pisma z dnia 10.06.2024 [*„kopię odwołania przesłano w dniu 29.05.2024 r. w postaci elektronicznej przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, za pośrednictwem platformy zakupowej, na której prowadzone jest Postępowanie*"] – upłynął 3 czerwca 2024 r.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołujący – wykonawca Ł.P. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą: Serwis Utrzymania Czystości i Porządku P.Ł. w odwołaniu podniósł zarzuty naruszenia:

1)art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp wskazując na niezasadne zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy W.W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą IN&OUT W.W., z siedzibą w Umiastowie (wykonawca W. Wrzosek), która to oferta została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;

2)art. 226 ust. 1 pkt 8 oraz art. 226 ust. 5 ustawy Pzp z uwagi na zaniechanie odrzucenia oferty wskazanego w punkcie 1 wykonawcy W. Wrzosek, której istotne części zawierają rażąco niską cenę;

3)art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp z uwagi na zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę W. Wrzosek która to oferta zawiera błędy w obliczeniu ceny.

W związku z powyższymi naruszeniami Odwołujący wniósł (...) *o uwzględnienie odwołania w całości oraz o nakazanie Zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i odrzucenie oferty Wykonawcy W.W. na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7, art. 226 ust. 1 pkt 8 oraz art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp, względnie wezwania Wykonawcy W.W. do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oferty w zakresie rażąco niskiej ceny dla usług dodatkowych dwukrotnego mycia okien i dwukrotnego prania wykładzin"*.

Przedmiotem zamówienia w tym postępowaniu zgodnie z punktem 3 cz. I SWZ jest:

3.1.(...) stałe utrzymanie czystości pomieszczeń w budynku Głównego Inspektoratu Farmaceutycznego położonego w Warszawie przy ul. Senatorskiej 12. W Głównym Inspektoracie Farmaceutycznym pracuje około 160 osób. Całkowita powierzchnia budynku 2461 m2, w tym:

Powierzchnia biurowa	ok 1756,58 m^2	Wykładzina dywanowa 100%
Ciągi komunikacyjne -korytarze	159,42 m^2	Wykładzina dywanowa 100%
Archiwów i techniczna	161 m^2	Wykładzina PCV
Magazynowa	ok. 110 m^2	Posadzka betonowa
Toalety	ok. 100 m^2	Posadzka
Kuchnie	ok. 60 m^2	Posadzka
Sala konferencyjna	114 m^2	Wykładzina dywanowa 100%

3.1.Szczegółowy opis oraz określenie warunków realizacji przedmiotu zamówienia zawarte są w Załączniku nr 1 do SWZ - Opisie przedmiotu zamówienia oraz w Załączniku nr 2 do SWZ – Projektowanych postanowieniach umowy.

3.3.Zamawiający nie dokonał podziału zamówienia na części. Przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia bez podziału na części nie narusza konkurencji, tj. nie ogranicza dostępu do przedmiotowego postępowania mniejszym podmiotom, w szczególności małym i średnim przedsiębiorstwom. Usługa utrzymania czystości jest usługą powtarzającą się, a przeprowadzone poprzednio postępowania o udzielenie zamówienia potwierdzają, że zakres zamówienia odpowiada potencjałowi małych i średnich podmiotów. Ponadto niezasadny podział zamówienia na części, który doprowadziłby do udzielenia zamówienia w częściach o niewielkim zakresie, doprowadziłby do nadmiernego wzrostu kosztów (wyższa marża przy zmniejszonym zakresie zamówienia) i udzielenia zamówienia z naruszeniem zasady efektywności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego".

W projekcie umowy § 1 ust.2 Projektowanych postanowieniach umowy (PPU) podano:

„2.Usługa utrzymania czystości będzie polegać w szczególności na:

1) podstawowych pracach porządkowych wykonywanych w pomieszczeniach biurowych, sanitarnych, kuchennych oraz ciągach komunikacyjnych;

2) czynnościach dodatkowych: myciu okien oraz praniu wykładzin.(...)

W Opisie przedmiotu zamówienia(OPZ) w zakresie *Czynności dodatkowych* wskazano:

1.	Okna drewniane, dzielone listewką. Okna składają się z dwóch skrzydeł okiennych, otwieranych do wewnątrz. Kilka okien 1 skrzydłowych. Mycie dwustronne okien wraz z ramami. Szyby dzielone listewką. Wykonanie usługi mycia okien nie wymaga korzystania z metod specjalistycznych (np. alpinistycznych). Metraż okien jednostronny 171,75 m ².	2 razy w czasie trwania umowy (Preferowany weekend. Godziny mycia okien w pomieszczeniach z ograniczonym dostępem zostaną ustalone indywidualnie- w godzinach pracy Urzędu)
2	Pranie wykładzin maszyną i środkami dostosowanymi do podłoża.	2 razy w czasie trwania umowy we wcześniej ustalonych terminach

Izba, rozpoznając zarzut związany z błędem w obliczeniu ceny (art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp) w zakresie wyceny

czynności dodatkowych w ofercie wykonawcy W. Wrzosek, miała na uwadze również postanowienia pkt 1 części III SWZ. W myśl w szczególności punktu 1.2 oraz 1.5, 1.6. i 1.7: (...)

1.2. Cena oferty obejmuje wszystkie koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia.

(...)

1.5. Wykonawca w Formularzu ofertowym (Załącznik nr 6 do SWZ) podaje:

- cenę brutto za wykonanie usługi utrzymania czystości polegającej na podstawowych pracach porządkowych wykonywanych w pomieszczeniach biurowych, sanitarnych, kuchennych oraz ciągach komunikacyjnych,

- cenę brutto za wykonanie czynności dodatkowych - dwukrotnego mycia okien (mycie dwustronne) w trakcie realizacji zamówienia,

- cenę brutto za wykonanie czynności dodatkowych – dwukrotnego prania wykładzin w trakcie realizacji zamówienia,

- cenę brutto za realizację całego zamówienia, będącą sumą trzech ww. pozycji.

1.6. Wykonawca w przedstawionej ofercie winien zaoferować ceny kompletne, jednoznaczne i ostateczne. Ewentualne upusty oferowane przez Wykonawcę winny być uwzględnione w cenach jednostkowych, które winny obejmować wszystkie koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia.

1.7. Wykonawca, dokonując kalkulacji warunków cenowych swoich ofert jest zobowiązany do przestrzegania zasad uczciwej konkurencji z zastrzeżeniem, że cena oferty nie może być rażąco niska. (...)

Izba w pierwszej kolejności rozpoznała zarzut z punktu 3 odwołania odnoszący się do błędu w obliczeniu ceny w ofercie wykonawcy W. Wrzosek.

Zamawiający, zgodnie ze wskazanym pkt 1 cz. III SWZ wymagał, aby w cenie oferty zostały uwzględnione wszystkie koszty związane z realizacją zamówienia. To wymaganie, odnosi się do każdej z trzech pozycji, a nie tylko jak sugerował Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie i na rozprawie do ceny całkowitej oferty w odniesieniu tylko do Podstawowych prac porządkowych. Do takiej wykładni prowadzi postanowienie § 12 ust. 2 PPU w związku z jego ust.1. W myśl powołanych postanowień:

„§ 12. 1. Strony ustalają następujące wynagrodzenie Wykonawcy za należyte wykonanie przedmiotu Umowy:

1) łączne wynagrodzenie za należytą realizację całego przedmiotu Umowy w okresie jej trwania w wysokości brutto (z podatkiem VAT) (....), w tym:

a) miesięczne zryczałtowane wynagrodzenie za należyte wykonanie usług, o których mowa w § 1 ust. 2 pkt 1(...),

b) wynagrodzenie za dwukrotne mycie okien w wysokości brutto (z podatkiem VAT) (....)

c) wynagrodzenie zadwukrotne pranie wykładzin w wysokości brutto (z podatkiem VAT) (....)

2. *Wynagrodzenie określone w ust. 1 pkt 1 obejmuje wszelkie koszty związane z wykonaniem przedmiotu Umowy, w szczególności koszty robocizny, środków czystości i środków higienicznych oraz materiałów i zużycia urządzeń niezbędnych do należytego wykonania Umowy”.*

Wskazany zatem w § 12 ust.2 jego ust.1 pkt 1 odnosi się zarówno do Prac podstawowych jak i Czynności dodatkowych. Zatem kalkulując cenę całkowitą oferty - wynagrodzenie zarówno za Usługę utrzymania czystości polegającą podstawowych pracach porządkowych wykonywanych w pomieszczeniach biurowych, sanitarnych, kuchennych oraz ciągach komunikacyjnych jak i za Czynności dodatkowe związane z myciem okien oraz praniem wykładzin - wykonawca był zobowiązany uwzględniać w każdej części wszystkie koszty związane z wykonaniem przedmiotu Umowy, w szczególności koszty robocizny, środków czystości i środków higienicznych oraz materiałów i zużycia urządzeń niezbędnych do należytego wykonania Umowy. Natomiast odrębną kwestię stanowią podnoszone przez Zamawiającego okoliczności związane ze sposobem świadczenia pracy przez tych samych pracowników w tej samej lokalizacji i jej organizacją zarówno co do podstawowych prac porządkowych jak i co do dodatkowych czynności związanych z myciem okien i praniem wykładzin. Te kwestie dotyczą relacji pracownik – przedsiębiorca regulowanych stosowną umową, a nie kwestii relacji wykonawca składający ofertę – zamawiający w kontekście wymaganego sposobu kalkulacji ceny oferty w zakresie wszystkich jej składników. Tym samym postanowienia zarówno SWZ jak i PPU nie dawały wykonawcom możliwości przenoszenia kosztów w sposób interpretowany przez Zamawiającego. Zatem przykładowo, co do kosztów robocizny wykonawca kalkulując cenę za Czynności dodatkowe nie mógł przenieść kosztów zatrudnienia pracowników w zakresie tych czynności do kosztów pracy podstawowych prac porządkowych.

W przedstawionych okolicznościach podnoszony w odwołaniu zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp podlega uwzględnieniu. Także mając na uwadze wskazane okoliczności podlega uwzględnieniu zarzut z punktu 2 odwołania – naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp

Izba w pierwszej kolejności wskazuje, że powołany w odwołaniu art. 224 ust. 1 ustawy Pzp przewiduje, że zamawiający może badać pod kątem wystąpienia ceny rażąco niskiej cenę całkowitą lub koszt, oraz istotne części składowe ceny lub kosztu. Wymaga zatem ustalenia w danym stanie faktycznym, czy dany element stanowi istotną część składową całkowitej ceny. Pozytywny wynik ustaleń uzasadnia następnie badanie czy zaniżona cena jednostkowa – istotna - skutkuje nierynkowym obniżeniem ceny oferty, a to z kolei może stać się faktyczną przyczyną odrzucenia

oferty. Izba zwraca uwagę na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej jak również Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Zamówień Publicznych. W tym przypadku Izba miała na uwadzerozstrzygnięcie organu drugo-instancyjnego, który w wyroku SO z dnia 4 stycznia 2023 r. sygn. akt XXIII Zs 147/22, XXII Zs 148/22 wskazał, że*(...) rażąco niska wycena pojedynczego elementu przedmiotu zamówienia może uzasadniać odrzucenie oferty w sytuacji, gdy dotyczy elementów istotnych, wpływających na możliwość zrealizowania przedmiotu zamówienia jako całości.*

Ustawa Pzp nie określa, według jakich kryteriów należy oceniać kwestię istotności elementu składowego ceny. Zatem – kierując się dorobkiem orzeczniczym - należy przyjąć, że istotne są m.in. te elementy, których wartościowy udział w przedmiocie zamówienia jest znaczny lub od których – ze względu na ich merytoryczne znaczenie – zależy osiągnięcie zasadniczych celów, dla których zamówienie jest udzielane. Chodzi więc o elementy istotne pod względem wartościowym lub merytorycznym, mogące zaważyć na powodzeniu zamówienia. Odwołujący w uzasadnieniu wskazał na okoliczność istotności tych cen w kontekście ich wpływu na cenę realizacji usługi odpowiednio mycia okien i prania wykładzin. W tym przypadku wskazał, że (...) *usługi dodatkowe stanowią ponad 10% wartości całego zamówienia należy; (...) stanowią one istotną część całego zamówienia; (...) mają istotny wpływ na złożone oferty.* Wskazując na analizę kosztów usług dodatkowych podał, (...) *że przyjmując minimalne zaangażowanie personelu, przy minimalnej stawce godzinowej obowiązującej od 1.07.2024 r., tj. 28,10 zł/h zaoferowana przez W.W. nie pokrywa nawet samego wynagrodzenia pracowników: 1) usługa 2-krotnego mycia okien (29 h) wynosi 1629,80 zł; 2) usługa 2-krotnego prania wykładzin (81,2 h) wynosi 4563,44 zł".* Zwrócił również uwagę, że w cenie łącznej każdego z rodzaju czynności dodatkowych należy uwzględnić ponoszone przez wykonawcę koszty urządzeń i środków myjących.

Z treści SWZ i PPU wynika, że te usługi – Czynności dodatkowe - są odrębnymi od usług podstawowych zadaniami. Mycie okien oraz pranie wykładzin, zgodnie z zaleceniami SWZ, będzie odbywać się w weekendy, czyli poza świadczeniem usług podstawowych. Zamawiający ponadto nie kwestionował twierdzeń Odwołującego ani co do liczby godzin przyjętych w kalkulacji, ani co do wskazywanych stawek wynagrodzenia. Te usługi wykonywane na podstawie odrębnych zleceń i uzgodnień z Zamawiającym zostaną odrębnie opłacone według procedur przewidzianych w § 12 ust. 4 i 5 PPU. Zgodnie z tymi postanowieniami:

„4.*Zapłata należności określonej w ust. 1 pkt 1 lit b) dokonywana będzie w dwóch ratach: po należytym wykonaniu każdej usługi jednokrotnego mycia okien, na podstawie prawidłowo wystawionej przez Wykonawcę faktury VAT.*

5.Zapłata należności określonej w ust. 1 pkt 1 lit c) dokonywana będzie w dwóch ratach: po należytym wykonaniu każdej usługi jednokrotnego prania wykładzin, na podstawie prawidłowo wystawionej przez Wykonawcę faktury VAT."

Natomiast za Prace podstawowe zgodnie z ust. 3 § 12 PPU: „3 *Zapłata należności określona w ust. 1 pkt 1 lit a) dokonywana będzie po upływie cyklu rozliczeniowego (miesiąca kalendarzowego), na podstawie prawidłowo wystawionej przez Wykonawcę faktury VAT za usługi wykonane w okresie danego cyklu rozliczeniowego (miesiąca kalendarzowego*). (...)

Izba zwraca uwagę również, że usługa mycia okien dotyczy okien drewnianych, obejmuje mycie dwustronne okien wraz z ramami, a metraż okien jednostronny wynosi 171,75 m². Doświadczenie życiowe wskazuje, że nie jest prawdopodobne – uwzględniając koszty pracy i środków - wykonanie tej usługi jednorazowo za kwotę 153,75 zł. Podobnie wykonanie usługi prania wykładzin w obiekcie dla powierzchni ok. 2030 m2 za cenę analogiczną 153,75 zł nie jest prawdopodobne dla których dodatkowo wymagane są stosowne urządzenie oraz środki dostosowane do podłoża. Zatem prawidłowe ustalenie tych cen, zdaniem Izby, w kontekście powyższych ustaleń i cen wynikających z ofert złożonych w tym przetargu uzasadnia wniosek, że podane ceny mają wpływ na realność całkowitej ceny tej oferty. Zastosowanie bowiem prawidłowej kalkulacji w tych dwóch elementach powodowałoby uzasadniony wzrost ceny całkowitej zmieniający ranking ofert. Tym samym Usługi dodatkowe, zarówno w kontekście zakresu rzeczowego jak również w zakresie wartości świadczeń mogły zostać uznane za stanowiące istotną część składową ceny w rozumieniu art. 224 ust.1 ustawy Pzp. Tym samym zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp również podlega uwzględnieniu

Izba także stwierdza, że ustalenia w zakresie pierwszego z zarzutów i niezasadnego stanowiska Zamawiającego co do możliwego przenoszenia przez wykonawcę kosztów powoduje, że podlega uwzględnieniu zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. W tym przypadku bowiem wykonawca W. Wrzosek kalkulując cenę za Czynności dodatkowe mógł zastosować niedopuszczoną przepisami prawa, ani dokumentacją w tym postępowaniu inżynierię cenową polegającą na manipulacji składnikami cenowymi dla usługi mycia okien i prania wykładzin. Za takim stanowiskiem przemawiają również ceny, których zestawienie przedłożył wykonawca w tabel w *pkt 17 odpowiedzi na odwołanie:*

Wykonawca	Cena brutto	Okna	Wykładziny	Cena oferty
Amlux sp. z o.o.	184 500,00 zł	1 016,76 zł	7 511,00 zł	193 027,76 zł
AWIMA Sp. J B. Wiśniewski	222 435,84 zł	1 540,10 zł	6 206,28 zł	230 182,22 zł
ZU Centru-Usłua sp. z o.o.	197 429,76 zł	15 916,20 zł	24 969,00 zł	238 314,96 zł

Konsorcjum Security&Cleaning	254 164,25 zł	1 943,60 zł	8 614,38 zł	264 722,23 zł
Superlux M. Sokołowski	233 208,00 zł	3 690,00 zł	29 520,00 zł	266 418,00 zł
PU SOS Barwit B. Jakubczak	184 765,68 zł	1 301,32 zł	4 394,54 zł	190 461,54 zł
Jak-Bud J. Budziński	178 596,00 zł	6 150,00 zł	5 412,00 zł	190 158,00 zł
AMSA sp. z o.o.	190 773,00 zł	700,00 zł	8 000,00 zł	199 473,00 zł
SUCziP Piórko Łukasz	170 400,00 zł	9 400,00 zł	9 800,00 zł	189 600,00 zł
IN&OUT W. Wrzosek	188 485,20 zł	307,50 zł	307,50 zł	189 100,20 zł
Janka Serwis J. Murawska	160 187,33 zł	1 857,60 zł	6 902,00 zł	168 946,93 zł
Polished Cleaning Services sp. z o.o.	157 878,88 zł	1 680,00 zł	1 560,00 zł	161 118,88 zł
BKAGRUP sp. z o.o.	225 828,00 zł	1 845,00 zł	2 460,00 zł	230 133,00 zł
Full Cleaning A. Sadowska	185 533,20 zł	2 600,00 zł	7 380,00 zł	195 513,20 zł
Średnia	195 298,94 zł	3 567,72 zł	8 788,34 zł	207 654,99zł

Z tej tabeli wynika, że średnia cena mycia okien stanowi kwotę 3.567,72 zł, prania wykładzin 8.788,34 zł. Także analiza tych cen pozwala na założenie, że zastosowanie – na co już wskazano powyżej w zakresie zarzutu z pkt 2 - prawidłowej kalkulacji w tych dwóch elementach powodowałoby uzasadniony wzrost ceny całkowitej, a w konsekwencji nieuprawnione zaniżenie kalkulacji powodowało, że spośród nieodrzuconych oferta Odwołującego plasowała się na drugim a nie pierwszym miejscu. Izba nie kwestionuje swobody wykonawców w „rozłożeniu *akcentów cenowych na poszczególny rodzaj czynność*, jednakże sposób kalkulacji stawek dla Czynności dodatkowych dopuszczający przerzucenie kosztów względem pozycji dodatkowych – jak to przedstawiał Zamawiający - nie został wynikał ani w SWZ ani PPU. Izba również podnosi, że manipulacje ceną oferty, co do podstaw rozliczaniaumowy - w tym przypadku z pominięciem zasad jej kalkulacji – w celu osiągnięcia wynagrodzenia za prace niewykonane – stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, sprzeczny z dobrymi obyczajami, wskazany art. 3 ust.1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W konkluzji Izba stwierdza, że okoliczności tej sprawy nie wykluczają, że wykonawca W. Wrzosek skalkulował cenę za Usługi dodatkowe niezgodnie SWZ, a to działanie może naruszać interesy innych wykonawców, w tym przypadku Odwołującego.

Reasumując Izba wskazuje, że uwzględniając zarzuty odwołania nakazała (1) unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy: W.W. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą IN&OUT W.W. z siedzibą w Umiastowie oraz (2) ponowne badanie tej oferty i ponowną ocenę niepodlegających odrzuceniu ofert. Badanie tej oferty powinno być związane z żądaniem wyjaśnień od wykonawcy W. Wrzosek co do podstaw kalkulacji ceny za Czynności dodatkowe uwzględniając postanowienia SWZ i PPU.Podkreślenia wymaga bowiem, że wykonawca W. Wrzosek nie jest uczestnikiem tego postępowania odwoławczego (nie zgłosił przystąpienia do postępowania odwoławczego) i tym samym w toku postępowania odwoławczego nie było możliwe poznanie przez Izbę stanowiska tego wykonawcy, co do spornych kwestii. Także Zamawiający nie przekazał takiego stanowiska uzyskanego od wykonawcy w toku procedury wyjaśniającej, co było możliwe również po wniesieniu odwołania. Kolejną czynnością natomiast powinna być ocena niepodlegających odrzuceniu ofert.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp w zw. z § 5 pkt 1 oraz § 8 ust. 2 zdanie pierwsze rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

W świetle powyższego orzeczono jak w sentencji.

……