

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodnicząca: **Małgorzata Rakowska**

Protokolantka: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 maja 2024 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 kwietnia 2024 r. przez wykonawcę **Zakład Sprzątania Wnętrz J.J. „MOP 83” Sp. z o.o. z siedzibą w miejscowości Gronowo Górne, ul. Szafirowa 7A, 82-310 Gronowo Górne** w postępowaniu prowadzonym przez **45 Wojskowy Oddział Gospodarczy w Wędrzynie, 69-211 Wędrzyn** przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – wykonawcy **Contact Sp. z o.o. z siedzibą w Wędrzynie, Wędrzyn 12/4A, 69-211 Wędrzyn**

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, ponowne badanie i ocenę ofert oraz odrzucenie oferty wykonawcy Contact Sp. z o.o. z siedzibą w Wędrzynie.
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawcę **45 Wojskowy Oddział Gospodarczy w Wędrzynie, 69-211 Wędrzyn** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Zakład Sprzątania Wnętrz J.J. „MOP 83” Sp. z o.o. z siedzibą w miejscowości Gronowo Górne, ul. Szafirowa 7A, 82-310 Gronowo Górne** tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez wykonawcę **Zakład Sprzątania Wnętrz J.J. „MOP 83” Sp. z o.o. z siedzibą w miejscowości Gronowo Górne, ul. Szafirowa 7A, 82-310 Gronowo Górne** tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.
 - 2.2. zasądza od **45 Wojskowego Oddziału Gospodarczego w Wędrzynie, 69-211 Wędrzyn** na rzecz wykonawcy **Zakładu Sprzątania Wnętrz J.J. „MOP 83” Sp. z o.o. z siedzibą w miejscowości Gronowo Górne, ul. Szafirowa 7A, 82-310 Gronowo Górne** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz 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 1501/24

Uzasadnienie

45 Wojskowy Oddział Gospodarczy w Wędrzynie, zwany dalej „Zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j.: z dnia 14 lipca 2023 r., Dz. U. z 2023 r., poz. 1605), zwanej dalej „ustawą Pzp”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia pn. „Usługi utrzymania porządku powierzchni wewnętrznych i zewnętrznych w obiektach i kompleksach administrowanych przez 45 WOG obsługiwanych przez Sekcję Obsługi Infrastruktury w m. Wędrzyn, Międzyrzecz, Skwierzyna, Krosno Odrzańskie, Czerwieńsk, Sulechów w podziale na 9 części”.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 7 lutego 2024 r. pod nr 2024/S 027-00079603.

W dniu 29 kwietnia 2024 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca Zakład Sprzątania Wnętrz J.J. „MOP 83” Sp. z o.o. z siedzibą w miejscowości Gronowo Górne, zwany dalej „Odwołującym”, wniósł odwołanie w zakresie dwóch części zamówienia n1 i nr 6, tj. Część nr 1 - obiekty i kompleksy obsługiwane przez SOI Wędrzyn i części 6 zamówienia, tj. Część nr 6 - obiekty i kompleksy obsługiwane przez SOI Sulechów, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

- 1.art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp w zw. z art. 239 ust. 1 ustawy Pzp - poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Contact w części 1 i 6, mimo że złożone przez wykonawcę wyjaśnienia w sprawie wyliczenia ceny potwierdzają, że oferta zawiera rażąco niską istotną część składową ceny - cenę za sprzątanie powierzchni wewnętrznych, która nie wystarcza na pokrycie kosztów realizacji tej usługi

bowiem nie uwzględnia składników kosztów pracy w postaci urlopów, oraz dodatkowych urlopów pracowników niepełnosprawnych, a także nie uwzględnia części kosztu zakupu środków czystości, środków higieny osobistej i odzieży roboczej;

2.art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 i art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w zw. z art. 239 ust. 1 ustawy Pzp - poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę Contact w części 1 i 6, mimo że została ona złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji polegającego na zaoferowaniu istotnej części składowej ceny nie uwzględniającej wszystkich składników kosztów pracy w postaci urlopów oraz dodatkowych urlopów pracowników niepełnosprawnych, a także nieuwzględniającej części kosztu zakupu środków czystości, środków higieny osobistej i odzieży roboczej w związku z założeniem korzystania z zapasów materiałowych z innych kontraktów - tj. poniżej kosztów świadczenia usługi w celu wyeliminowania z postępowania o udzielenie zamówienia pozostałych wykonawców.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty z dnia 19 kwietnia 2024 r. w części 1 i 6, powtórzenia czynności badania i oceny ofert w części 1 i 6 oraz odrzucenia oferty wykonawcy Contact w części 1 i 6 jako zawierającą rażąco niską część składową ceny oraz złożoną w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podniósł m.in.:

Odnosnie zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp w zw. z art. 239 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Contact w części 1 i 6, mimo że złożone przez wykonawcę wyjaśnienia w sprawie wyliczenia ceny potwierdzają, że oferta zawiera rażąco niską istotną część składową ceny, tj. cenę za sprzątanie powierzchni wewnętrznych, która nie wystarcza na pokrycie kosztów realizacji tej usługi bowiem nie uwzględnia składników kosztów pracy w postaci urlopów, oraz dodatkowych urlopów pracowników niepełnosprawnych, a także nie uwzględnia części kosztu zakupu środków czystości, środków higieny osobistej i odzieży roboczej Odwołujący podniósł, że ze złożonych przez wykonawcę Contact wyjaśnień wynika, że wykonawca ten znacznie zaniżył koszty pracy, powodując, że zaoferowana cena za sprzątanie powierzchni zewnętrznych w części 1 i 6 nie wystarcza na pokrycie kosztów realizacji tej usługi. Zamawiający jasno bowiem wskazał wymaganą liczbę pracowników do części 1 i 6 zamówienia oraz ustanowił wymóg zatrudnienia tych na podstawie umowy o pracę na pełen etat. Tak więc Zamawiający wymagał 48 pracowników na pełen etat w zakresie części 1 (SOI Wędrzyn) i 11 pracowników na pełen etat w zakresie części 6 (SOI Sulechów).

Jednocześnie Zamawiający na str. 55 OPZ Wędrzyn i str. 2 OPZ Sulechów wskazał, że wskazane wymagania dotyczące liczby etatów nie uwzględniały m.in. urlopów wypoczynkowych oraz absencji wynikających ze zdarzeń losowych np. zwolnień lekarskich:

Wymagana minimalna ilość personelu nie uwzględnia przy tym urlopów wypoczynkowych oraz zdarzeń losowych np. zwolnień lekarskich mających wpływ na realizację usługi. Tymczasem:

a) wykonawca Contact, jak wynika z pkt. 4 wyjaśnień, przewidział ilość etatów na poziomie minimalnego wymagania Zamawiającego: 48 pracowników w zakresie części 1 (SOI Wędrzyn) i 11 pracowników w zakresie części 6 (SOI Sulechów), a wartości podane w pkt 4 wyjaśnień wskazują, że wykonawca nie uwzględnił kosztu związanego z zapewnieniem pracownikom urlopów,

b) wykonawca Contact w wyjaśnieniach powołał się na uzyskiwanie dofinansowań z PFRON na podstawie ustawy z dnia 27 sierpnia 1997 r. o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych. Jednocześnie wykonawca Contact nie uwzględnił, że przepisy przywołanej ustawy regulują również obowiązki pracodawcy zatrudniającego osoby niepełnosprawne:

c) z wyjaśnień RNC złożonych przez wykonawcę Contact wynika, że wykonawca ten nie uwzględnił w ogóle kosztu związanego z zapewnieniem pracownikom urlopów - w sytuacji, gdy wymagana jest ciągłość zatrudnienia przez Zamawiającego. Znaczna część usługi w zakresie powierzchni wewnętrznych - jest wykonywana w systemie ciągłym. Natomiast zgodnie z OPZ sprzątanie powierzchni takich: pomieszczenia ogólnego przeznaczenia, pomieszczenia sanitarne, korytarze, klatki schodowe, hole, ma się odbywać codziennie (7 dni w tygodniu). Realizacja zamówienia w zakresie powierzchni wewnętrznych - trwa ponad rok. Powyższe oznacza, że pracownicy w okresie realizacji zamówienia niewątpliwie będą korzystali z urlopów, a wykonawca nie uwzględnił tego elementu w wycenie. Nadto wykonawca nie uwzględnił także dodatkowych urlopów przysługujących osobom z umiarkowanym i znacznym stopniem niepełnosprawności. Wykonawca nie uwzględnił również w kalkulacji, że pracownicy niepełnosprawni ze stopniem umiarkowanym i znacznym korzystają z dodatkowego urlopu wypoczynkowego w wymiarze 10 dni roboczych w roku kalendarzowym.

d) Brak uwzględnienia ww. kosztów (wskazanych w pkt. b) tiret i-iii powyżej) w cenie sprzątania powierzchni wewnętrznych w kompleksach SOI Sulechów i SOI Wędrzyn — obrazują przedstawione przez Odwołującego tabele wyliczeń.

Odwołujący podniósł, także że zestawienia te obrazują:

— w części 1 same koszty osobowe - związane tylko z urlopami i dodatkowymi urlopami pracowników niepełnosprawnych przekraczają o 382 351,50 zł ofertę Contact. Braku tego nie pokrywa kwota przewidziana przez wykonawcę na pokrycie kosztów pozostałych i jako rezerwa z tytułu ryzyka wynosząca 118.721,55 zł. Nawet gdyby do tego został skonsumowany cały zysk założony na poziomie 211.534,05 zł - również nie wystarcza to na pokrycie wskazanych kosztów.

— w części 6 same koszty osobowe — związane tylko z urlopami i dodatkowymi urlopami pracowników niepełnosprawnych przekraczają o 98 671,35 zł ofertę Contact. Braku tego nie pokrywa kwota przewidziana przez wykonawcę na pokrycie kosztów pozostałych i jako rezerwa z tytułu ryzyka wynosząca 22 515,30 zł. Nawet gdyby do tego został skonsumowany cały zysk założony na poziomie 44 778,00 zł - również nie wystarcza to na pokrycie wskazanych kosztów.

Tak więc zarówno w części 1, jak i części 6, wykonawca nie uwzględnił w wycenie kosztu urlopów i dodatkowych urlopów przysługujących pracownikom niepełnosprawnym.

Odwołujący w tym zakresie uwzględnił treść Specyfikacji Warunków Zamówienia, w tym postanowienia wskazane na str. 55 OPZ Wędrzyn i str. 2 OPZ Sulechów, gdzie Zamawiający określił jasno, że wymagania dotyczące liczby etatów nie uwzględniają m.in. urlopów wypoczynkowych oraz absencji wynikających ze zdarzeń losowych np. zwolnień lekarskich.

Wyliczenie Odwołującego w pkt. 7 tabel podanych powyżej oparte jest o założenie, że wszyscy pracownicy korzystają z urlopu wypoczynkowego w najkrótszym możliwym (przewidzianym w kodeksie pracy) wymiarze 20 dni w roku. W przypadku korzystania z urlopu w wymiarze 26 dni — koszt ten będzie odpowiednio wyższy.

Nadto wykonawca Contact nie uwzględnił w wycenie całości kosztów środków czystości, środków higieny, odzieży roboczej itp., bowiem bezzasadnie powołał się na wykorzystanie materiałów z innych umów do realizacji niniejszego zamówienia. W pkt. 6 wyjaśnień wykonawca Contact bowiem wskazał, że „Wykonawca przeznaczy ok. 10% zgromadzonych zapasów materiałowych niewykorzystanych/oszczędności kontraktowych - potrzebnych do realizacji całości zamówienia polegającego na świadczeniu usługi utrzymania porządku powierzchni wewnętrznych i zewnętrznych w obiektach i kompleksach administrowanych przez 45 WOG obsługiwanych przez Sekcję Obsługi Infrastruktury w m. Wędrzyn i Sulechów w okresie 15 miesięcy. Są to środki czystości, mydła w płynie, środki higieny, ręczniki, papier toaletowy, rękawice jednorazowe, odzież i obuwie robocze, itp. (załącznik nr 4). Wpływa to na znaczne oszczędności, na poziomie ok. 2500 zł /miesięcznie w Wędrzynie oraz ok 600 zł /miesięcznie w Sulechowie. Wykonawca planuje przeznaczyć zapasy materiałowe na realizację usługi kompleksowego sprzątnięcia w obiektach Zamawiającego.”

Oznacza to, że w przypadku:

- SOI Wędrzyn - Contact chce korzystać z zapasów materiałowych z innych kontraktów w wysokości 2.500 zł miesięcznie, co jest niedopuszczalne.
- SOI Sulechów - Contact chce korzystać z zapasów materiałowych z innych kontraktów w wysokości 600 zł miesięcznie, co jest również niedopuszczalne.

Wykonawca w wyjaśnieniach podał więc wartości odnoszące się do kosztu środków czystości, które nie zostaną pokryte z ceny ofertowej. Powyższe świadczy o tym, że oferta została zawarta w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, to jednocześnie potwierdza to zaoferowanie rażąco niskiej istotnej części składowej ceny - nie uwzględniającej wszystkich kosztów realizacji usługi w zakresie powierzchni wewnętrznej.

Cena za usługę - odbiega od jej rzeczywistej wartości, bowiem nie uwzględnia części kosztów pracy, jak również części kosztów zakupu środków czystości i higieny osobistej. W przypadku wartości odnoszących się do kosztu środków czystości - wyjaśnienia potwierdzają, że wykonawca założył, że element ten będzie pokrywany z innych źródeł niż wynagrodzenie umowne.

W wyjaśnieniach wykonawcy Contact zawarto również blankietowe, niepoparte żadnym dowodem twierdzenia dotyczące korzystania z atrakcyjnych rabatów na zakup materiałów eksploatacyjnych, chemii i sprzętu.

Wykonawca nie złożył także żadnych dowodów potwierdzających posiadanie własnego sprzętu, o którym mowa w pkt. 5 wyjaśnień.

a) W pkt. 7 wyjaśnień wskazano:

„Wykonawca jako firma wykonująca swoje usługi na terenie całej Polski korzysta z atrakcyjnych rabatów (często nawet 30%) na zakup materiałów eksploatacyjnych, chemii i sprzętu, działając w znacznej skali współpracuje z bezpośrednimi producentami. W związku z tym optymalizujemy koszty zakupu tychże produktów proponując konkurencyjne ceny usług.” - jest to twierdzenie niemożliwe do weryfikacji. Wykonawca Contact nie złożył żadnego dowodu na okoliczność uzyskiwania rabatów. Nie złożył np. ofert na zakup środków chemicznych czy sprzętu do realizacji usługi czy też faktur potwierdzających ich zakup.

b) Ponadto w pkt. 5 wyjaśnień w odniesieniu do sprzętu - w wyjaśnieniach zawarto jedynie deklarowany opis zasobów własnych wykonawcy, jednak nie złożono żadnych dowodów potwierdzających, że wykonawca taki sprzęt w ilościach podanych w wyjaśnieniach posiada na własność.

Cena usługi sprzątania powierzchni zewnętrznych niewątpliwie jest istotną częścią składową ceny. Zgodnie z par. 4 ust. 6 Projektu umowy zamawiający określił kosztorysowy charakter wynagrodzenia - a rozliczenia będą następować na podstawie stawek jednostkowych. Ponadto - wprost w SWZ Zamawiający wskazał: rozdział XVI ust. 6 SWZ - w cenie jednostkowej należy ująć wszystkie koszty związane z realizacją zamówienia.

Cena netto za powierzchnie wewnętrzne - nawet w przypadku oferty wykonawcy Contact (gdzie została zaniżona) stanowi aż 62% ceny netto całej oferty w części 1 i aż 58% ceny netto oferty w części 6. Nadto Zamawiający w wezwaniu wskazał, że jeżeli ocena złożonych wyjaśnień potwierdzi, że oferta lub jej istotna część składowa zawiera rażąco niską cenę, Zamawiający dokona jej odrzucenia na podstawie art. 224 ust. 6 ustawy Pzp.

Odnosnie zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 Pkt 7 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 i art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w zw. z art. 239 ust. 1 Pzp - poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę Contact w części 1 i 6, mimo że została ona złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji polegającego na zaoferowaniu istotnej części składowej ceny nieuwzględniającej wszystkich składników kosztów pracy w postaci urlopów oraz dodatkowych urlopów pracowników niepełnosprawnych, a także nieuwzględniającej części kosztu zakupu środków czystości, środków higieny osobistej i odzieży roboczej w związku z założeniem korzystania z zapasów materiałowych z innych kontraktów — tj. poniżej kosztów świadczenia usługi w celu wyeliminowania z postępowania o udzielenie zamówienia pozostałych wykonawców. Niezależnie od podstawy odrzucenia oferty jako zawierającej rażąco niską cenę - zaoferowanie istotnej części składowej ceny nieuwzględniającej wszystkich składników kosztów pracy w postaci urlopów, dodatkowych urlopów pracowników niepełnosprawnych, a także nieuwzględniającej części kosztu zakupu środków czystości, środków higieny osobistej, odzieży roboczej w związku z założeniem korzystania z zapasów materiałowych z innych kontraktów - czyli wycena usługi poniżej kosztów świadczenia usługi - stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Tak więc działanie wykonawcy Contact jest działaniem co najmniej naruszającym dobre obyczaje kupieckie - zgodnie z którymi usługodawca/sprzedawca w warunkach uczciwej konkurencji oferuje cenę realną - uwzględniającą wszystkie elementy świadczenia usługi. Działanie tego wykonawcy narusza również interes innych przedsiębiorców - w tym przypadku wykonawców, którzy wycenili swoje oferty w sposób realny - uwzględniając przy tym wszystkie obligatoryjne koszty świadczenia usługi. Działanie wykonawcy należy również zakwalifikować jako czyn nieuczciwej konkurencji stypizowany w art. 15 ust. 1 pkt 1 Uznk. Tak więc działanie wykonawcy Contact miało charakter utrudniania innym przedsiębiorcom dostępu do rynku - bowiem sprowadzało się do utrudnienia wykonawcom, którzy rzetelnie wycenili swoje oferty - dostępu do zamówienia, poprzez zaoferowanie wynagrodzenia, z którym nie sposób konkurować w sposób uczciwy i zgodny z zasadami uczciwej konkurencji. Działanie takie zakłóca w sposób oczywisty konkurencję, wyklucza całkowicie możliwość konkurowania i jako takie - nie odpowiada zasadom i celom postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Co istotne w niniejszym postępowaniu — Zamawiający w żaden sposób nie dopuścił zewnętrznego finansowania kosztów związanych ze świadczeniem usługi. W warunkach tego zamówienia - Zamawiający wymagał wprost w wycenie cen jednostkowych - ujęcia wszystkich kosztów wykonywania usługi, jakie poniesie wykonawca.

Tymczasem wykonawca Contact zaoferował istotną część składową ceny nieuwzględniającą części kosztów pracy związanych z zapewnieniem pracownikom urlopów oraz związanych z zapewnieniem dodatkowych urlopów pracownikom niepełnosprawnych, a także nieuwzględniającą części kosztów zakupu środków czystości, środków higieny osobistej, odzieży roboczej itp. w związku z założeniem korzystania z zapasów materiałowych z innych kontraktów. Powyższe oznacza, że w przypadku wyboru oferty wykonawcy Contact, wykonawca ten będzie pokrywał część kosztów realizacji zamówienia z innych źródeł niż wynagrodzenie umowne.

Tymczasem tzw. „finansowanie skrośne” - jest jednym z czynów nieuczciwej konkurencji - co podkreśla się w orzecznictwie Izby. Skoro Zamawiający wymagał w warunkach zamówienia, aby wykonawcy w cenach jednostkowych ujęli wszystkie koszty wykonywania zamówienia, jakie poniosą w związku z jego realizacją, to nie było dopuszczalne założenie finansowania skrośnego. Natomiast w przypadku założenia finansowania skrośnego przy wycenie oferty - oferta ta zawiera rażąco niską cenę oraz złożona została w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji. W świetle powyższych okoliczności - oferta wykonawcy Contact w części 1 i 6 została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, zatem powinna zostać odrzucona w myśl przepisu art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

W dniu 29 kwietnia 2024 r. Zamawiający zamieścił na platformie zakupowej Zamawiającego, na której prowadzone jest postępowanie o udzielenie przedmiotowego zamówienia.

W dniu 30 kwietnia 2024 r. (pismem z tej samej daty), wykonawca Contact Sp. z o.o. z siedzibą w Wędrzynie, zwany

dalej „wykonawcą Contact”, zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego, po stronie Zamawiającego.

W dniu 15 maja 2024 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o oddalenie odwołania w całości oraz zasądzenie od Odwołującego na rzecz Zamawiającego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego.

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

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

Izba również stwierdziła, że wypełniono przesłanki istnienia interesu Odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia wykonawcy Contact Sp. z o.o. z siedzibą w Wędrzynie, zwanego dalej „Przystępującym”, do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie Zamawiającego.

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

z 2020 r. poz. 2453) stanowią odwołanie wraz z załącznikami oraz dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia w postaci elektronicznej lub kopia dokumentacji, o której mowa w § 7 ust. 2, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma kierowane przez Izbę lub Prezesa Izby w związku z wniesionym odwołaniem.

Izba zawnioskowany przez Odwołującego i złożony na rozprawie dowód – opracowanie własne „Poziom składek ZUS pracodawcy”, uznała za stanowisko je składającego.

Izba uwzględniła także stanowiska złożone ustnie przez Strony oraz Przystępującego do protokołu posiedzenia i rozprawy.

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

Izba ustaliła następujący stan faktyczny – tożsamy dla obydwu zarzutów:

Zamawiający rozdziale XVI do SWZ „Opis sposobu obliczenia ceny” podał m.in., że *„Cena ofertowa brutto musi zawierać wszystkie koszty związane z realizacją zamówienia”* jak również, że *„W cenie jednostkowej należy ująć wszystkie koszty związane z realizacją zamówienia (transport, załadunek, opłaty wynikające z obowiązujących przepisów prawa itp.)”*.

Zamawiający - zgodnie z rozdziałem IX d o SWZ „Wykaz oświadczeń lub dokumentów, potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw wykluczenia” - wymagał m.in. złożenia Formularza ofertowego (załącznik nr 1).

Zamawiający przed otwarciem ofert podał kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia łącznie 12 681 056,64 zł brutto, w tym dla Części nr 1 kwotę 3 802 537,12 zł brutto a dla Części nr 6 kwotę 1 146 211, 75 zł brutto.

W postępowaniu dla Części nr 1 złożono 2 oferty, a ich ceny brutto były następujące: oferta złożona wykonawcą Zakład Sprzątnia Wnętrz J.J. MOP 83 Sp. z o.o. - cena oferty 6 721 428,98 zł i oferta nr 2 złożona przez wykonawcę CONTACT Sp. z o.o. – cena oferty 6 632 715,36 zł.

W postępowaniu dla Części nr 6 złożono 2 oferty, a ich ceny brutto były następujące: oferta złożona przez wykonawcę Zakład Sprzątnia Wnętrz J.J. MOP 83 Sp. z o.o. - cena oferty 1 711 340,00 zł i oferta złożona przez wykonawcę CONTACT Sp. z o.o. – cena oferty 1 497 510,18 zł.

Zamawiający, pismem z dnia 12 kwietnia 2024 r. wezwał wykonawcę Contact, działając na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień elementów mających wpływ na wysokość zaproponowanej ceny w zakresie Części nr 1 i Części nr 6 w celu ustalenia czy oferta/istotna część składowa nie zawiera rażąco niskiej ceny. Zamawiający wskazał, że *„przedstawiona kalkulacja cenowa w szczególności dotycząca ceny i kosztów usług sprzątnia wewnętrznego (zwana dalej istotną częścią składową) wydaje się rażąco niska i budzi wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia. W związku z powyższym Zamawiający wnosi o wyjaśnienie, w tym złożenia dowodów dotyczących ceny i kosztów istotnej części składowej mających wpływ na wysokość zaproponowanej ceny, w szczególności:*

- 1. zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy (...) wraz z przedstawieniem wyliczeń w tym zakresie,*
- 2. kosztów zakupu środków czystości oraz środków higieny niezbędnych do realizacji przedmiotu zamówienia,*

3.kosztów zakupu/amortyzacji sprzętu,

4.zysku Wykonawcy.”

W odpowiedzi na powyższe wykonawca Contact, pismem z dnia 16 kwietnia 2024 r., złożył wyjaśnienia, załączając do nich: Politykę bezpieczeństwa informacji w CONTACT Sp. z o.o., Zobowiązanie do zachowania poufności, referencje (2), list referencyjny, Certyfikat (2), Listę przypadków pomocy publicznej otrzymanej przez beneficjenta oraz Stan magazynowy środków i materiałów eksploatacyjnych (załącznik nr 4).

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp stanowi, że „Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (...) zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia”.

Art. 224 ust. 6 ustawy Pzp stanowi, że „Odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu”.

Oznacza to, że wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień zobowiązany jest wykazać, że zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niska. Złożone wyjaśnienia nie mogą mieć charakteru ogólnego. Składane są bowiem celem stwierdzenia, że podejrzenie Zamawiającego dotyczące rażąco niskiej ceny było nieuzasadnione. Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa bowiem na wykonawcy. Wezwanie takie, tj. wezwanie do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny, wiąże się więc z określonymi konsekwencjami dla wykonawcy. Powoduje bowiem, że to po stronie wykonawcy powstaje obowiązek wykazania realności i prawidłowości kalkulacji ceny i obliguje go do złożenia wyczerpujących i popartych dowodami wyjaśnień.

W niniejszym stanie faktycznym Zamawiający, co jest bezsporne, skierował do wykonawcy Contact wezwanie do wyjaśnień rażąco niskiej ceny „w celu ustalenia czy oferta/istotna część składowa nie zawiera rażąco niskiej ceny”, gdyż - jak dalej wskazał Zamawiający - przedstawiona kalkulacja w szczególności dotycząca ceny i kosztów usług sprzątnia wewnętrznego „wydaje się rażąco niska i budzi wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia” i wskazując elementy, których wyjaśnienia oczekuje. Skierowane do wykonawcy wezwanie było precyzyjne i wprost wskazywało jakie elementy oferty wzbudziły wątpliwości Zamawiającego a więc jakich wyjaśnień Zamawiający oczekuje. Wykonawca zobowiązany był nie tylko, że do przedstawienia szczegółowych wyjaśnień w wyspecyfikowanym przez Zamawiającego zakresie, ale i złożenia dowodów na poparcie zawartych w nich twierdzeń dotyczących ceny lub kosztu oferty/istotnych części składowych oferty bo to właśnie część składowa oferty a w zasadzie jej istotna część była kwestionowana. Oznacza to więc, że wykonawca Contact, składając wyjaśnienia, powinien odnieść się do tych elementów ceny, które zgodnie ze skierowanym do niego wezwaniem budziły wątpliwości Zamawiającego.

Pierwszym z elementów, do których miał odnieść się wykonawca Contact, była kwestia „zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy (...) wraz z przedstawieniem wyliczeń w tym zakresie”. Wykonawca Contact, co jest niewątpliwie, wskazał jaką wysokość wynagrodzeń w określonych miesiącach dla podanej liczby pracowników uwzględnił, wskazał także wysokość dofinansowania z PFRON jaką uzyskuje z tytułu zatrudnienia osób posiadających orzeczenie o niepełnosprawności. Niemniej jednak poza tymi informacjami i podaniem ogólnych kosztów pracowników według przewidzianych etatów po doliczeniu PFRON nie przedstawił w tym zakresie żadnych wyliczeń, których – jak wynika z treści wezwania – oczekiwał Zamawiający. Zamawiający wymagał bowiem podania zgodności zaproponowanej ceny „z przepisami dotyczącymi kosztów pracy (...) wraz z przedstawieniem wyliczeń w tym zakresie”.

Okolicznością sprzyjającą wykonawcy a tym samym powodującą obniżenie kosztów będzie niewątpliwie zatrudnienie osób zamieszkujących w miejscowości wykonywania zamówienia, wprowadzenie systemu ISO, jak również zatrudnienie w oparciu o stawkę najniższego wynagrodzenia. Tym niemniej nawet w przypadku uwzględniania dla potrzeb kalkulacji stawki najniższego wynagrodzenia koniecznym jest także uwzględnienie wszelkich kosztów pracy z tym związanych. Przykładem takiego elementu, którego wliczenia w koszty pracy wykonawca nie wykazał są koszty urlopu. Wykorzystanie większości urlopu do końca lutego br. przez osoby, które są już zatrudnione przez przystępującego nie zostały niczym udokumentowane. Twierdzenia te są więc gołosłowne. Wykonawca Contact nie przedstawił informacji i wyliczeń związanych z urlopami, jak również z dodatkowymi urlopami osób niepełnosprawnych.

Kolejnym elementem, do którego miał odnieść się wykonawca, dokonując wyjaśnień rażąco niskiej ceny była kwestia dotycząca kosztów zakupu środków czystości oraz środków higieny niezbędnych do realizacji przedmiotu zamówienia. Wykonawca Contact podał bowiem, że „przeznaczy ok. 10% zgromadzonych zapasów materiałowych niewykorzystanych /oszczędności kontraktowych” do realizacji przedmiotowego zamówienia. Pozwoli mu to na „znaczące oszczędności na poziomie ok 2500 zł/ miesięcznie w Wędrzynie oraz ok. 600 zł/ miesięcznie w Sulechowie”. Oznacza to więc, że koszty służące do realizacji części zamówienia nie zostaną pokryte z ceny ofertowej, gdyż środki te znajdują się już w posiadaniu wykonawcy a pochodzą z innych postępowań. Tymczasem każdy koszt musi być ujęty w kalkulacji kosztów dla danego postępowania a jego brak całkowity bądź też częściowy świadczy o niedofinansowaniu danego

zamówienia. Takie działanie wykonawcy jest niedopuszczalne. Realizacja zamówienia nie powinna być bowiem pokrywana – jak słusznie podniósł Odwołujący – z innych źródeł niż z przysługującego wykonawcy wynagrodzenia. Podobnie należy ocenić deklarację wykonawcy Contact dotyczącą „korzystania a atrakcyjnych rabatów (często nawet 30%) na zakup materiałów eksploatacyjnych, chemii i sprzętu”, co z kolei ma powodować optymalizację kosztów. Jednak poza głośnym stwierdzeniem wykonawcy ten nie złożył żadnych dowodów na okoliczność uzyskiwania tak atrakcyjnych rabatów. Skoro bowiem powodem obniżenia ceny oferty były uzyskane przez wykonawcę rabaty to okoliczność ta w sposób nie budzący wątpliwości powinna być wykazana celem pokazania realności zaoferowanej ceny. A tego brak jest w złożonych wyjaśnieniach.

Ostatnim z elementów, na który uwagę zwrócił Odwołujący jest kwestia kosztów zakupu/amortyzacji sprzętu. Wykonawca Contact poza wyspecyfikowaniem sprzętu, który posiada („wykonawca posiada własny sprzęt”) nie przedstawił żadnych przekonujących wyjaśnień a także dowodów, potwierdzających jego posiadanie. Nie wskazał również czy jest on już zamortyzowany, czy też nie, mimo iż takich informacji Zamawiający oczekiwał od tego wykonawcy w skierowanym do niego wezwaniu.

Dlatego też Izba uznała, że zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp w zw. z art. 239 ust. 1 ustawy Pzp (zarzut nr 1 odwołania) potwierdził się.

Potwierdził się także art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 i art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w zw. z art. 239 ust. 1 ustawy Pzp (zarzut nr 2 odwołania).

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

Oznacza to, że przepis ten dotyczy sytuacji, w których oferta została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Czynem nieuczciwej konkurencji – w myśl ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji - jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.

Z kolei art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji stanowi, że *„Czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta”*. Natomiast przywołany przez Odwołującego art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji stanowi, że *„Czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez: 1) sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odsprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców,”*.

Przenosząc powyższe na stan faktyczny niniejszej sprawy stwierdzić należy, że wykonawca Contact, składając wyjaśnienia w zakresie wyliczenia istotnego elementu ceny w celu ustalenia czy jego oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia jak wykazał Odwołujący nie uwzględnił w cenie obligatoryjnych elementów ceny składających się na koszty pracy. W konsekwencji powyższego zaoferował usługę, która na skutek nie uwzględniania tych elementów, jak również nie ujęcia kosztów środków czystości i higieny powoduje sprzedaż tej usługi poniżej kosztów własnych. Bez znaczenia dla oceny tego zdarzenia są koszty przeciętne, koszty ponoszone przez konkurentów, czy też ponoszone przez przedsiębiorcę dotkniętego tym czynem (w tym przypadku przez Odwołującego). Istotne jest natomiast to, że powyższe a więc utrudnienie związane z pominięciem określonych kosztów nie wynika z prowadzonej przez wykonawcę dozwolonymi metodami walki konkurencyjnej.

Dlatego też Izba uznała, że zarzut ten potwierdził się.

Izba stwierdziła naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp wskazanych przez Odwołującego w treści wniesionego odwołania.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 574 ustawy Prawo zamówień publicznych (tj.: z dnia 14 lipca 2023 r., Dz. U. z 2023 r., poz. 1605) oraz w oparciu o przepisy § 7 ust. 1 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 2) lit. b) rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r., poz. 2437), ograniczając wysokość wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego do kwoty 3 600,00 zł.

Przewodnicząca:.....