Sygn. akt: KIO 1231/24

WYROK

Warszawa, dnia 30 kwietnia 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca:Aleksandra Patyk

Protokolantka: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 kwietnia 2024 r. przez wykonawcę PreZero Bałtycka Energia Sp. z o.o. z siedzibą
w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez Miasto Stołeczne Warszawa - Zakład Gospodarowania Nieruchomościami w Dzielnicy Wawer m.st. Warszawy

orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu zawartego w punkcie 2.2 odwołania oraz w części w zakresie zarzutu zawartego w punkcie 2.3. odwołania dotyczącej oferty wykonawcy S.A..
2. Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu zawartego w punkcie 2.1 oraz 2.4 odwołania i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty wykonawcy R.R. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą ROBERT Pośrednictwo Handlowe R.R. w Warszawie na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.
3. Oddala odwołanie w pozostałym zakresie.
4. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego – Miasto Stołeczne Warszawę - Zakład Gospodarowania Nieruchomościami w Dzielnicy Wawer m.st. Warszawy i:

4.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę PreZero Bałtycka Energia Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez zamawiającego – Miasto Stołeczne Warszawę - Zakład Gospodarowania Nieruchomościami w Dzielnicy Wawer m.st. Warszawy tytułem wynagrodzenia pełnomocnika;

4.2. zasądza od zamawiającego – Miasta Stołecznego Warszawy - Zakładu Gospodarowania Nieruchomościami w Dzielnicy Wawer m.st. Warszawy na rzecz odwołującego – wykonawcy PreZero Bałtycka Energia Sp. z o.o. z siedzibą
w Warszawie kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione 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.

Przewodnicząca: ……..

Sygn. akt: KIO 1231/24

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający – Miasto Stołeczne Warszawa - Zakład Gospodarowania Nieruchomościami w Dzielnicy Wawer m.st. Warszawy [dalej „Zamawiający"] prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym, o którym mowa w art. 275 pkt 1 ustawy Pzp na *świadczenie usług w zakresie utrzymania czystości i porządku oraz pielęgnacji zieleni na terenie „Plaży Romantycznej" w Dzielnicy Wawer m.st. Warszawy* (znak postępowania: NZ 173/2024).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 4 marca 2024 r. pod numerem 2024/BZP 00229872.

W dniu 9 kwietnia 2024 r. wykonawca PreZero Bałtycka Energia Sp. z o.o. z siedzibą
w Warszawie [dalej „Odwołujący"] wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty „PH R.R.", pomimo faktu, że wyjaśnienia rażąco niskiej ceny złożone przez „PH R.R." wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny;

2. art. 224 ust. 1 oraz ust. 2 pkt 1 w zw. z art. art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania do wyjaśnień rażąco niskiej ceny S.A., pomimo iż zaoferowana przez tego wykonawcę cena jest niższa o więcej niż 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania oraz od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu, a w konsekwencji również zaniechanie odrzucenia tej oferty jako zawierającej rażąco niską cenę;

3. art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w związku z art. 3 oraz art. 15 ust. 1 pkt 1) ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji zwanej dalej „ustawą ZNK" poprzez zaniechanie odrzucenia ofert: PH R.R." oraz S.A., pomimo iż oferty tych wykonawców złożone zostały w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji,
a w konsekwencji
4. art. 239 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wybranie jako najkorzystniejszej oferty PH R.R. pomimo iż oferta ta podlega odrzuceniu oraz art. 16 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.
Wobec ww. zarzutów Odwołujący wniósł o merytoryczne rozpatrzenie przez Krajową Izbę Odwoławczą odwołania oraz jego uwzględnienie w całości i nakazanie Zamawiającemu:
1) unieważnienia czynności wyboru oferty PH R.R.;
2) ponowienia czynności badania i oceny ofert;
3) odrzucenia oferty PH R.R. jako oferty zawierającej rażąco niską cenę oraz stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji;
4) odrzucenia oferty S.A. jako oferty stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji;
5) ewentualnie wobec wniosku w punkcie 4) wezwanie S.A. do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny oraz treści ofert,
6) powtórzenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący przedstawił stan faktyczny sprawy.

Odnośnie zarzutu nr 1 Odwołujący wskazał na postanowienia rozdziału 10 SWZ dotyczące sposobu obliczenia ceny oferty oraz § 4 ust. 1 umowy stanowiącej załącznik nr 8 do SWZ.

Odwołujący wskazał, iż złożone przez PH R.R. wyjaśnienia pokazują, że
w przedstawionej kalkulacji całkowitego kosztu i zysku za usługi utrzymania czystości
i pielęgnacji zieleni na Plaży Romantycznej PH R.R. nie uwzględnił wielu koniecznych czynników cenotwórczych, które mają istotny wpływ na cenę sumaryczną oferty za realizację przedmiotowego zamówienia.
Przede wszystkim wskazał, że PH R.R., mając na uwadze złożone przez Niego wyjaśnienia z dnia 3 kwietnia 2024 r. r., nie uwzględnił w swojej ofercie, tak istotnych
i niezbędnych kosztów realizacji zamówienia jakimi są: koszty związane
z zagospodarowaniem odpadów, tj. zagospodarowanie odpadów 20 03 01 (odpady
z opróżniania koszy ulicznych i ręcznego zbierania odpadów, zagospodarowanie odpadów 20 02 01 (odpady zielone z koszenia i grabienia), koszty paliwa, koszty eksploatacji samochodów. Tymczasem PH R.R. w swoich wyjaśnieniach ograniczył się do podania informacji i czynników, które w żaden sposób nie wpływają na wyjaśnienia rażąco niskiej ceny jego oferty.
Odwołujący wskazał, że bez wpływu na cenę wykonania przedmiotu zamówienia ma fakt posiadania przez PH R.R. dwóch nieruchomości na własność, bowiem PH R.R. nie wykazał w jaki sposób brak płatności ewentualnych czynszów najmu/ dzierżawy mogło wpłynąć na zmniejszenie ceny oferty zaproponowanej przez PH R.R. w aukcji?

PH R.R. w swoich wyjaśnieniach (str. 2, pkt 1) pisze, że bliskość Plaży Romantycznej do siedziby firmy PH R.R. "bardzo minimalizuje koszty i znacząco skraca czas dojazdu". Wydaje się , że PH R.R. nie zauważa, że ten czynnik nie ma większego znaczenia dla kalkulacji ceny biorąc pod uwagę fakt, że przedmiotem zamówienia jest m.in. opróżnianie koszy na Plaży Romantycznej, które wymaga poruszania się pojazdami od jednego punktu (kosza z odpadami) do drugiego punktu (kosza z odpadami)
a więc wymaga uwzględnienia w kalkulacji kosztów paliwa. Stąd, bliskość Plaży Romantycznej do siedziby firmy PH R.R. pozostaje bez wpływu na koszty paliwa konieczne do uwzględnienia przy usłudze opróżniania koszy. Dodatkowo, należy wskazać, że PH R.R. zapomina także o tym, że do koszty paliwa powinien był wyliczyć także do usługi ręcznego koszenia trawy z pomocą kosiarek (zasilanych właśnie paliwem).

Nie sposób również nie odnieść się do informacji z wyjaśnień PH R.R., który wskazuje, że posiada swoja własną flotę samochodową, którą pakuje na swojej nieruchomości, zatem nie ponosi kosztów wynajęcia miejsc parkingowych. O ile te wyjaśnienia mogą wydawać się wiarygodnie, to trudno już uznać za takowe informacje, że „pojazdy są cały czas eksploatowane i każdy z nich gotowy jest do obsługi w/w zamówienia". Przede wszystkie, dlatego, że pojazdy, które są własnością PH R.R. to pojazdy stare i bardzo w związku z w tym wyeksploatowane. Jeden z pojazdów, co można wyczytać z załączanych do wyjaśnień dowodów rejestracyjnych ma 22 lata, kolejny np. 17 lat. Oczywistym jest, że te pojazdy wymagają większej ilości napraw i konserwacji. Natomiast
z wyjaśnień PH R.R. nie wynika, aby w swoich kalkulacjach uwzględnił on koszty eksploatacyjne pojazdów, do czego wyraźnie zobowiązuje także Zamawiający (vide: Rozdział 10 SWZ).
Odwołujący wskazał, iż zupełnie niezrozumiałą częścią wyjaśnień PH R.R. jest informacja, że aspektem wpływającym możliwość obniżenie ceny ofertowej jest fakt, że

„dzierżawię nieruchomość, na której składuję odpady powstałe w wyniku zbierania odpadów i ich segregowania oraz po pracach konserwatorskich na terenach zielonych, co wpływa na możliwość obniżenia przeze mnie ceny z uwagi na to, że Zamawiający nie musi ponosić kosztów związanych z organizacją powierzchni niezbędnej do składowania odpadów zielonych". Przedstawiona przez PH R.R. argumentacja oraz jego praktyki składowania odpadów na wydzierżawionej nieruchomości są nie tylko sprzeczne z powszechnie obowiązującymi przepisami prawa ale również sprzeczne z warunkami przedmiotowego zamówienia. To nie Zamawiający ma ponosić koszty składowania odpadów a wykonawcy w swoich ofertach winni uwzględnić koszty zagospodarowania tych odpadów (i przedstawiać na żądania odpowiednie umowy na ich zagospodarowanie). Odwołujący wskazał, że by zobrazować niebezpieczne praktyki PH R.R., które w żadnym wypadku nie powinny być zaakceptowane przez Zamawiającego wskazał, że w obowiązującym stanie prawnym składowanie odpadów odbywa się na składowisku odpadów. Zgodnie z art. 3 ust 1 pkt 25 ustawy o odpadach [Dzu.U.2023.1578 t.j. z dnia 2023.08.10 – dalej „u.o."] składowisko odpadów to obiekt budowlany przeznaczony do składowania odpadów. W obszarze środowiskowym na prowadzenie składowiska wymagane jest pozwolenie zintegrowane oraz instrukcja prowadzenia składowiska wraz z monitoringiem wizyjnym miejsc unieszkodliwiania odpadów. W obszarze poza środowiskowym: składowisko, jako obiekt budowlany wymaga pozwolenia na budowę, ponadto ustalenia warunków realizacji przedsięwzięcia i uwzględnienia w Miejscowym Planie Zagospodarowania Przestrzennego. Dzierżawiona przez PH R.R. nieruchomość nie spełnia ww. wymogów, zatem PH R.R. nie ma możliwości składowania odpadów na niej. Co więcej zbieranie odpadów i przetwarzanie odpadów (segregowanie) - w obowiązującym stanie prawnym (art. 41. u.o.) wymaga uzyskania odpowiednio zezwolenia na zbieranie i zezwolenia na przetwarzanie odpadów w zakresie odzysku (proces R12 – przygotowanie do recyklingu = sortowanie), które uzyskuje się po uzyskaniu pozytywnych opinii (wymaga kontroli) WIOŚ, PSP oraz związane jest z monitoringiem wizyjnym miejsc magazynowania odpadów. PH R.R. nie posiada wymaganych zezwoleń, posiada jedynie wpis w Dziale VII [transport odpadów], ale już bez kodu 20 03 01. Zatem PH R.R. może być transportującym odpady a nie je składującym. Innymi słowy zagospodarowanie odpadów o kodach 20 03 01 oraz 20 02 01, które powstaną w związku z realizacją nn. zamówienia PH R.R. winien zlecieć podmiotowi profesjonalnie się tym zajmującym, a istotne koszty zagospodarowania odpadów wkalkulować do ceny oferty, czego nie zrobił!

W swoich wyjaśnieniach PH R.R. uwzględnił koszty produktu do czyszczenia powierzchni, które wydaje się być w ogólne nie adekwatne do przedmiotu zamówienia (niewielka ilość środka zużywana do czyszczenia takich powierzchni).

Poza tym bez związku z przedmiotem zamówienia pozostają dołączone do wyjaśnień PH R.R. faktury za telefon, faktury za odbiór odpadów, które w dodatku nie wiedzieć dlaczego, dotyczą odbioru stali i żelaza z nieruchomości PH R.R. (co istotne z roku 2021 !). Nie wiadomo jakie koszty zostały uwzględnione w pozycji „koszt usług" – czy tu PH R.R. wliczył np. koszty ubezpieczenia OC pojazdów i działalności gospodarczej?

Zdaniem Odwołującego niezrozumiała jest także kalkulacja tak istotnych kosztów jak koszty pracownicze. Z przedstawianych wyliczeń w ogóle nie wynika ile etatów lub roboczogodzin PH R.R. przeznacza na realizację zamówienia. Nie wynika również, czy w swoich kalkulacjach uwzględnił wysokość minimalnego wynagrodzenia z pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej, która w roku 2024 zmieni się aż dwa razy, tzn. od 1 stycznia br. wynosi 4242 zł, a od 1 lipca br. wynosić 4300 zł brutto. Wskazana płaca minimalna jest prawnie ustalonym najniższym dopuszczalnym wynagrodzeniem za pracę. Wynagrodzenie poniżej najniższej płacy krajowej stanowi naruszenie praw pracowniczych i jest niedozwolone. Osobom zatrudnionym na podstawie umowy o pracę przysługuje tym samym co najmniej wynagrodzenie wyliczane z minimalnej płacy – niezależnie od tego czy podpisali oni umowę o pracę ze stawką godzinową czy miesięczną, a także bez względu na wymiar czasu pracy (pełny etat, pół etatu), miejsce pracy, czy też rodzaj pracy np. usługi. Minimalna płaca ma charakter krajowy i jest punktem odniesienia dla wszystkich pracujących. Jednak wskazać należy także, że zatrudnienie na „umowę o pracę" zobowiązuje Wykonawcę (pracodawcę) do tego, że nawet minimalne wynagrodzenie pracownika musi być obciążane szeregiem narzutów wynikających z przepisów o zabezpieczeniu społecznym i wraz z narzutami wynikającymi ze stosowania prawa pracy. Do tych obciążeń należą obciążenia wymagane ustawą takie jak składka emerytalna, składka rentowa, składka wypadkowa, fundusz pracy, fundusz gwarantowanych świadczeń pracowniczych - co powoduje, że przy średniomiesięcznym czasie pracy minimalna stawka godzinowa wynosi będzie znacznie wyższa niż ustawowa. Dokonując badania złożonych wyjaśnień należało ze szczególną wnikliwością sprawdzić czy i w jaki sposób uwzględniono inne elementy, który kreują stawkę. Dodatkowym obciążeniem stawki pracownika zatrudnionego na umowę o pracę jest koszt urlopu wypoczynkowego (20-26 dni) czy też kosztów związanych ze świadczeniami chorobowymi (33 dni w roku – płaci pracodawca), wymaganymi świadczeniami wynikającymi z przepisów BHP, czy też możliwość wyboru PPK (Pracownicze Plany Kapitałowe), przerw

w pracy, na badania lekarskie. Przyjmuje się, że tzw. płace uzupełniające to 10% narzut do stawki podstawowej. Wydaje się również, że
w ofercie i wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny oferta PH R.R. nie uwzględnia powyższych czynników.
Celem lepszego zobrazowania twierdzeń Odwołującego o tym, że oferta PH R.R. jest ofertą zawierającą rażąco niską ceną, uniemożliwiającą PH R.R. realizację zamówienia w sposób zgodny z przepisami prawa i w sposób, który pozwoli na osiągniecie zysku, w dodatku nie uwzgledniającą najistotniejszych czynników cenotwórczych takich jak: koszty zagospodarowania odpadów, koszty paliwa, eksploatacji pojazdów i ich amortyzacji oraz kosztów pracowniczych, Odwołujący przygotował tabelaryczne zestawienie ponoszonych kosztów związanych z realizacja zamówienia. Tabela ta zawiera kalkulacje przedstawione przez R.R. oraz kalkulacje Odwołującego uwzględniające wszystkie czynniki kosztotwórcze, o których mowa powyżej. W dodatku Tabela zawiera także 3 wersje wyliczeń kosztów rzeczywistych, tj. pierwsza wersja: uwzględniająca ponad wyliczenia PH R.R. koszty zagospodarowania odpadów, rzeczywiste roboczogodziny, koszty paliwa i koszty amortyzacji, druga wersja: nie uwzględnia kosztów amortyzacji i paliwa,
a trzecia wersja: nie uwzględnia kosztów amortyzacji i paliwa ale uwzględnia koszty pracownicze wyliczone przez PH R.R.. Uzasadniał, że analiza powyższych danych prowadzi do jednoznacznego wniosku, że bez względu na wersje rzeczywistych kosztów , które należy wziąć pod uwagę, PH R.R. nie jest w stanie zrealizować przedmiotowego zamówienia z zyskiem, a wręcz przeciwnie w każdej z wersji wyliczeń PH R.R. będzie ponosić straty miesięczne.
Odwołujący wskazał ponadto, iż wyjaśnienia PH R.R. w tym zakresie jednoznacznie i wprost wskazują na nieskalkulowanie w cenie tej usługi wszystkich kosztów jakie jej towarzyszą, a tym samym na manipulację cenową. Z powyższego wynika jednoznacznie, że zaoferowana przez PH R.R. cena w wysokości 60 299,99 brutto jest niewystraczająca na pokrycie podstawowych kosztów wykonania usługi, nie wspominając o marży czy ewentualnym zapasie na wypadek wzrostu kosztów z uwagi konieczność zapłaty kar umownych. Nie jest więc możliwym zrealizowanie przedmiotowej usługi zgodnie z warunkami zamówienia za cenę zaoferowaną przez PH R.R.. Stąd, w ocenie Odwołującego, PH R.R. nie sprostał zadaniu udowodnienia
w wyjaśnieniach składanych w trybie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, że zaoferowana przez Niego cena nie jest rażąco niska. Natomiast analiza przedstawiona przez Odwołującego jednoznacznie wskazuje, iż cena PH R.R. jest rażąco niska i w związku z tym oferta PH R.R. powinna podlegać odrzuceniu.
Zarzut 2 został wycofany przez Odwołującego.
W zakresie zarzutu nr 3 Odwołujący przywołał brzmienie art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, art. 3 ust. 1 i art. 15 ust. 1 pkt 1 uznk. Uzasadniał, iż w świetle art. 15 ust. 1 pkt 1 uznk, czynem nieuczciwej konkurencji jest m. in. utrudnianie dostępu do rynku. Wskazał, że "Utrudnianie dostępu do rynku" to taki sposób zachowania się na konkurencyjnym rynku, który w sposób sprzeczny z prawem lub dobrymi obyczajami dąży co najmniej do stworzenia niekorzystnych warunków dla innego przedsiębiorcy działającego na tym samym lub innym rynku. Przy czym utrudnianie dostępu do rynku należy rozumieć szeroko jako wszelkie działania przeszkadzające w prowadzeniu normalnej działalności gospodarczej. Nie muszą one zawsze być na tyle intensywne, aby eliminowały konkurentów z obrotu. Powołał się na wyrok KIO 2067/13.
Odwołujący wskazał, iż wśród stypizowanych ustawą ZNK czynów nieuczciwej konkurencji znajduje się, wymieniona w art. 15 ust. 1 pkt 1) tej ustawy, sprzedaż usług poniżej kosztów ich świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców.
Zdaniem Odwołującego okoliczność, iż cena PH R.R. i S.A. za świadczenie usług będących przedmiotem zamówienia jest znacząco niższa niż koszty jej wykonania została przez odwołującego wykazana w pkt 3 uzasadnienia zarzutów odwołania. Ponadto – mając na uwadze konieczność zaistnienia drugiej
z przesłanek wyrażonych w art. 15 ust 1 pkt 1 ustawy ZNK, tj. działanie w celu eliminacji innych przedsiębiorców, odwołujący podnosi, iż o takim celu PH R.R. i S.A. świadczą jednoznacznie okoliczności w jakich została zaoferowana przedmiotowa cena. Należy tu bowiem jeszcze raz powtórzyć za cytowanym wyżej wyrokiem KIO 2067/13, że eliminowaniem z rynku jest m. in. pozbawianie możliwości uzyskania konkretnego zamówienia na skutek zastosowania nieuczciwych praktyk rynkowych przez jednego z wykonawców. Stąd mając na uwadze, iż: zgodnie z uzasadnieniem zawartym
w pkt 3 uzasadnienia odwołania, PH R.R. i S.A. zaoferowali za świadczenie usług w ramach zamówienia ceny znacząco niższe niż koszty ich wykonania, co oznacza, że okoliczności te wskazują na celowe działanie PH R.R. oraz jak się wydaje także S.A. zmierzające do eliminacji przedsiębiorców z rynku. Nie ulega wątpliwości, iż mamy tu do czynienia ze złożeniem oferty w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji.
Odwołujący zwrócił uwagę, że w literaturze i orzecznictwie podkreśla się też, że czyn nieuczciwej konkurencji może nie odpowiadać żadnemu z przykładowo wskazanych
w ustawie ZNK. Wystraczającym jest bowiem, że jego charakter odpowiada klauzuli generalnej wyrażonej w art. 3 ust. 1 tej ustawy. Przykładowo Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 9 czerwca 2009 r., sygn. Akt II CSK 44/09, wskazał, iż art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji może stanowić także samodzielną podstawę uznania określonego

zachowania za czyn nieuczciwej konkurencji (także np. KIO 1924/11). W świetle tej klauzuli do popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji wymagane jest wystąpienie dwóch elementów w działaniu wykonawcy: czyn musi być niezgodny z prawem lub dobrymi obyczajami oraz czyn taki zagrażać musi lub naruszać interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Jak wynika
z powyższego, dla popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji, o którym mowa w klauzuli generalnej (art. 3 ust. 1) ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji nie jest wymagane działanie sprzeczne z prawem. Dla wypełnienia dyspozycji tego przepisu wystarczy, że zachowanie jest sprzecznie z dobrymi obyczajami. Przez dobre obyczaje rozumie się zaś pozaprawne reguły, normy postępowania, odwołujące się do zasad słuszności, moralności, etyki, norm współżycia społecznego, które powinny cechować przedsiębiorców prowadzących działalność gospodarczą. Należy też podkreślić, że obowiązek wykonywania działalności gospodarczej zgodnie z zasadami uczciwej konkurencji oraz poszanowania dobrych obyczajów wynika z art. 9 ustawy prawo przedsiębiorców, zaś niewątpliwie ubieganie się o udzielenie zamówienia publicznego mieści się w zakresie prowadzenia działalności gospodarczej. Bez wątpienia zatem za czyn nieuczciwej konkurencji można uznać nie tylko działania wykonawcy niezgodne z powszechnie obowiązującymi normami prawa. Do tego typu czynów należy również zakwalifikować działania, które są naganne
z punktu widzenia praktyk rynkowych. Podobny pogląd wyraziła KIO w wyroku z dnia
17 września 2020 r., sygn. KIO 2048/20.
Uwzględniając powyższe, Odwołujący podkreślił, że tak rozumiane jak wyżej znamiona czynu nieuczciwej konkurencji z art. 3 ust 1 ustawy ZNK wyczerpuje działanie PH R.R. i jak się wydaje także S.A. polegające na zaniżeniu cen za wykonanie usług – o czym mowa była w uzasadnieniu zawartym w pkt 3 uzasadnienia zarzutów odwołania. Czynem nieuczciwej konkurencji jest więc takie działanie przedsiębiorcy, które będąc sprzeczne z dobrymi obyczajami prowadzi do chociażby zagrożenia interesu innego przedsiębiorcy w uzyskaniu zamówienia publicznego.
W niniejszym przypadku niewątpliwie, wskutek sprzecznego z dobrymi obyczajami działania PH R.R. i jak się wydaje także S.A., doszło – co najmniej – do zagrożenia interesu Odwołującego, którego oferta jest sklasyfikowana jako trzecia w rankingu ofert.
W konsekwencji jedynymi logicznymi wyjaśnieniami tej sytuacji jest wykonywanie zamówienia po zaniżonej, nierealnej i poniżej kosztów cenie (czyli cenie rażąco niskiej).
W tej sytuacji oferty PH R.R. i jak i S.A. powinny podlegać odrzuceniu.
Odnośnie zarzutu nr 4 Odwołujący wskazał, że zarzutten jest konsekwencją zarzutów powyższych. W sytuacji, gdy wybór oferty następuje w warunkach naruszenia przepisów ustawy Pzp mających wpływ na wynik Postępowania, oczywistym jest, że i ta czynność (wybór) narusza ustawę, tj. jej art. 239 ust. 1. Niewątpliwie także ustalenie wyniku Postępowania z naruszeniem przepisów art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp stanowi jednoczesne naruszanie podstawowych zasad zamówień publicznych wyrażonych w art. 16, w szczególności zasady zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz przejrzystości.
Zamawiający w dniu 25 kwietnia 2024 r. złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania odwoławczego, na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba oceniła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawną przesłankę dopuszczalności odwołania,
o której mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp. Wskazać należy, iż wniesionym odwołaniem Odwołujący, którego oferta znalazła się na trzecim miejscu listy rankingowej, kwestionował czynność wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy PH R.R. podnosząc, iż oferta tego wykonawcy winna zostać odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7 i 8 ustawy Pzp, jak również zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy S.A. na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, która uplasowała się na drugim miejscu rankingu. Nadto w odniesieniu do oferty wykonawcy S.A. zarzucono naruszenie art. 224 ust. 1 oraz ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp przez zaniechanie wezwania wykonawcy do wyjaśnień rażąco niskiej ceny.
Niewątpliwie zatem Odwołujący, jako wykonawca, który złożył ofertę w przedmiotowym postępowaniu
o udzielenie zamówienia, wnosząc środek ochrony prawnej dążył do unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, odrzucenia oferty wykonawcy PH R.R.
z uwagi na rażąco niską cenę i czyn nieuczciwej konkurencji, jak również oferty sklasyfikowanej na drugiej pozycji listy rankingowej z uwagi na jej złożenie w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji (względnie nakazania Zamawiającemu wezwania wykonawcy S.A. do złożenia wyjaśnień poziomu ceny), przez co wykazał, iż posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp.

Do postępowania odwoławczego nie zgłoszono przystąpień.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy Izba uwzględniła dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego, w szczególności ogłoszenie o zamówieniu, specyfikację warunków zamówienia wraz z załącznikami oraz wyjaśnieniami i modyfikacjami, ofertę wykonawcy PH R.R. wraz z wyjaśnieniami i uzupełnieniami, wezwania kierowane do wykonawcy PH R.R. oraz zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej.

Skład orzekający Izby wziął pod uwagę również stanowiska i oświadczenia Stron złożone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy.

Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego dowody złożone przez Odwołującego, tj.:

1. Koszt w ujęciu całkowitym „TOTAL" – kalkulacja własna Odwołującego;
2. Koszt zagospodarowania odpadów komunalnych zmieszanych o kodzie 20 03 01 z ręcznego zbierania odpadów i opróżniania koszy wyliczony zgodnie z fakturą nr NN/24/02/1236 z dnia 29.02.2024 firmy Lekaro wraz z materiałami źródłowymi objętymi tajemnicą przedsiębiorstwa - kalkulacja własna Odwołującego;
3. Koszt zagospodarowania odpadów bio o kodzie 20 02 01, zebranych w ramach koszenia trawy i grabienia roślinności na pow. 2,40 ha, obliczony z wykorzystaniem informacji zawartych w Wykazie nr 8/D/2023, informującym o przeznaczeniu terenu do przekazania w dzierżawę tymczasową (teren przeznaczony jest na przechowanie drewna i gałęzi) wraz z materiałami źródłowymi objętymi tajemnicą przedsiębiorstwa – kalkulacja własna Odwołującego;
4. Koszt pracowników – kalkulacja własna Odwołującego.

Izba ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest świadczenie usług w zakresie utrzymania czystości i porządku oraz pielęgnacji zieleni na terenie „Plaży Romantycznej" w Dzielnicy Wawer m. st. Warszawy.

Szczegółowy opis i zakres usług zawiera opis przedmiotu zamówienia, stanowiący załącznik nr 1 do SWZ.

Zgodnie z załącznikiem nr 1 do SWZ: przedmiotem zamówienia są usługi związane z utrzymaniem czystości i zieleni na terenach m.st. Warszawy. Zamówienie obejmuje 2 części: zakres prac prowadzonych od dnia podpisania umowy przez okres 6 miesięcy oraz zakres prac w kolejnych 3 miesiącach.

Szczegółowy zakres dotyczący poszczególnych obszarów:

1. Teren rekreacyjny Plaży Romantycznej oraz towarzyszące mu pasy drogowe i dwa parkingi, o łącznej powierzchni terenu: 2 7500 m^2, zakres prac w przeciągu 6 miesięcy od 29.03.2024r. do 28.09.2024:
a) ręczne zbieranie odpadów i ich utylizacja - prace prowadzone z częstotliwością 7 razy w tygodniu.
b) opróżnianie koszy na śmieci (47 szt.) 7 razy w tygodniu.
c) ścieranie ław ma mokro z użyciem detergentów i dezynfekcja (6 szt.), 2 razy w tygodniu.
d) ścieranie stołów ma mokro z użyciem detergentów i dezynfekcja (3 szt.), 7 dni w tygodniu.
e) oczyszczanie palenisk z popiołów i resztek drewna - 1 x w tygodniu, poniedziałek (przez cały okres obowiązywania umowy).
f) koszenie trawy i grabienie roślinności, usuwanie samosiewów, podcinanie gałęzi drzew, oczyszczanie terenu z zarośli prace realizowane 6 razy w okresie 6 miesięcy na zlecenie zamawiającego.
2. Teren rekreacyjny Plaży Romantycznej oraz towarzyszące mu pasy drogowe i dwa parkingi, o łącznej powierzchni terenu: 2 7500 m^2, zakres prac w przeciągu 3 miesięcy od 29.09.2024r. do 29.12.2024 r.:
a) ręczne zbieranie odpadów i ich utylizacja - prace prowadzone z częstotliwością 2 razy w tygodniu.
b) grabienie roślinności, usuwanie samosiewów, podcinanie gałęzi drzew, oczyszczanie terenu z zarośli prace realizowane 1 raz w okresie 3 miesięcy.
c) opróżnianie koszy na śmieci (47 szt.) 2 razy w tygodniu.
d) ścieranie ław ma mokro z użyciem detergentów i dezynfekcja (6 szt.), 7 dni w tygodniu.
e) ścieranie stołów ma mokro z użyciem detergentów i dezynfekcja (3 szt.), 2 razy w tygodniu.
f) oczyszczanie palenisk z popiołów i resztek drewna - 1 x w tygodniu, poniedziałek (przez cały okres obowiązywania umowy).

Wzór umowy stanowił załącznik nr 8 do SWZ.

Wartość szacunkowa zamówienia powiększona o należny podatek VAT wynosiła 328 980 zł brutto.

W przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia oferty złożyło trzech wykonawców, tj.:

1. PH R.R. z ceną 323 400 zł,
2. S.A. z ceną 441 720 zł,
3. Odwołujący z ceną 145 152,96 zł.

Po przeprowadzonej w dniu 29 marca 2024 r. aukcji elektronicznej zaoferowane przez wykonawców ceny ofertowe kształtowały się następująco:

1. PH R.R. – 60 299,99 zł;
2. S.A. – 60 310,05 zł.
3. Odwołujący – 144 152,96 zł

W dniu 29 marca 2024 r. Zamawiający wezwał wykonawcę PH R.R. na podstawie art. 224 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień oraz dowodów w zakresie wyliczenia zaoferowanej ceny/kosztów istotnych części składowych oferty złożonej w dniu 29 marca 2024 r. w toku aukcji.

Pismem z dnia 2 kwietnia 2024 r. wykonawca R.R. złożył wyjaśnienia rażąco niskiej ceny wraz z dowodami, które w części objęte zostały tajemnicą przedsiębiorstwa.

W dniu 4 kwietnia 2024 r. Zamawiający zawiadomił wykonawców o wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy R.R. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Pośrednictwo Handlowe R.R. z siedzibą w Warszawie. Na drugim miejscu
w rankingu ofert znalazła się oferta wykonawcy S.A. N.N.. Na miejscu trzecim oferta Odwołującego.

W dniu 8 kwietnia 2024 r. Zamawiający zawiadomił wykonawcę PH R.R.
o odtajnieniu następujących dokumentów złożonych wraz z wyjaśnieniami ceny oferty, tj.:

1. Faktury LEKARO; 2. E-faktura Internet; 3. Dowody rejestracyjne; 4. Polisy pojazdów;
5. Działka dzierżawa wartość; 6. Działka dzierżawa; 7. F-v eon; 8. Plik Excel kosztorys miesięczny usług; 9. Pełna lista płac pracownicy; 10. Akty notarialne; 11. Koszty biura;
12. Wymiar podatków dla nieruchomości.

W dniu 12 kwietnia 2024 r. Zamawiający zawiadomił o odrzuceniu oferty wykonawcy S.A. na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp.

W toku posiedzenia Zamawiający potwierdził, że wyjaśnienia rażąco niskiej ceny wykonawcy PH R.R. zawarte w kopercie przekazanej Izbie zostały ostatecznie odtajnione i udostępnione Odwołującemu.

Izba zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba wskazuje, iż wobec złożonego przez Odwołującego w toku posiedzenia z udziałem Stron oświadczenia o wycofaniu zarzutu zawartego w punkcie 2.2. odwołania oraz w części w zakresie zarzutu zawartego w punkcie 2.3. odwołania dotyczącej oferty wykonawcy S.A. - postępowanie odwoławcze w tym zakresie podlegało umorzeniu. Powyższe znalazło odzwierciedlenie w punkcie 1. sentencji.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, że odwołanie zasługiwało na uwzględnienie w zakresie zarzutu określonego w punkcie 2.1 oraz 2.4 odwołania, czemu Izba dała wyraz w punkcie 2. sentencji.

Potwierdziły się zarzuty naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy PH R.R., pomimo faktu, że wyjaśnienia rażąco niskiej ceny złożone przez Wykonawcę wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny, a w konsekwencji art. 239 ustawy Pzp przez wybranie jako najkorzystniejszej oferty ww. Wykonawcy oraz art. 16 ustawy Pzp przez naruszenie zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Osią sporu była czynność wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy
PH R.R., która – zdaniem Odwołującego - winna zostać odrzucona na podstawie
art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, bowiem złożone przez ww. Wykonawcę wyjaśnienia poziomu ceny wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny.

Przywołując kluczowe podstawy prawne zarzutu Izba wskazuje, że zgodnie z art. 16 ustawy Pzp, zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny.

Stosownie do art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

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

Stosownie do ust. 2 ww. przepisu, w przypadku gdy cena całkowita oferty złożonej

w terminie jest niższa o co najmniej 30% od:
1) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia;
2) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania, w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych, zamawiający może zwrócić się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1.

Po myśli art. 224 ust. 3 ustawy Pzp, wyjaśnienia, o których mowa w ust. 1, mogą dotyczyć w szczególności:
1) zarządzania procesem produkcji, świadczonych usług lub metody budowy;
2) wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków dostaw, usług albo związanych z realizacją robót budowlanych;
3) oryginalności dostaw, usług lub robót budowlanych oferowanych przez wykonawcę;
4) zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz.U. z 2020 r.) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie;
5) zgodności z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej;
6) zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;
7) zgodności z przepisami z zakresu ochrony środowiska;
8) wypełniania obowiązków związanych z powierzeniem wykonania części zamówienia podwykonawcy.

W przypadku zamówień na roboty budowlane lub usługi, zamawiający jest obowiązany żądać wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, co najmniej w zakresie określonym w ust. 3 pkt 4 i 6 (art. 224 ust. 4 ustawy Pzp). W myśl art. 224 ust. 5 ustawy Pzp, obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy. 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 (art. 224 ust. 6 ustawy Pzp).

Wymaga podkreślenia, iż uruchomienie przez zamawiającego procedury wyjaśnień ceny oferty, bez względu na to czy podstawą wezwania jest art. 224 ust. 1 czy art. 224 ust. 2 ustawy Pzp, stwarza podejrzenie co do ceny rażąco niskiej i wywołuje doniosłe konsekwencje po stronie wykonawcy, na którego nałożono obowiązek wykazania, iż cena jego oferty nie jest rażąco zaniżona (por. art. 224 ust. 5 ustawy Pzp). Odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp podlega nie tylko oferta, której cena jest niewiarygodna, znacznie odbiegającą od cen rynkowych innych, takich samych lub podobnych rodzajów zamówień, wskazująca na możliwość wykonania zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi, dostawy lub roboty budowlanej lub oferta zawierająca cenę nierealną z punktu widzenia logiki, doświadczenia życiowego oraz racjonalnego gospodarowania, ale również oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu (arg. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp). Tym samym sytuacja prawna wykonawcy, który w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego do złożenia wyjaśnień, w tym dowodów, w przedmiocie rażąco niskiej ceny, w ogóle ich nie złożył oraz wykonawcy, który złożył wyjaśnienia ogólnikowe, niepoparte dowodami, nieprzedstawiające metody kalkulacji ceny, jest taka sama. W obu takich przypadkach oferta wykonawcy podlega odrzuceniu.

Zgodnie z utrwalonym w orzecznictwie Izby poglądem złożone przez wykonawcę wyjaśnienia w zakresie ceny oferty lub kosztu, lub ich istotnych części składowych, winny być konkretne, wyczerpujące i rozwiewające wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w specyfikacji lub wynikającymi z odrębnych przepisów. To na wykonawcy bowiem ciąży obowiązek wykazania, jakie obiektywne czynniki pozwoliły mu na obniżenie ceny oferty oraz w jakim stopniu dzięki tym czynnikom cena oferty została obniżona. Tym samym efektem złożonych wyjaśnień winno być stworzenie podstaw do uznania przez zamawiającego, że podejrzenie w zakresie rażąco niskiej ceny nie było uzasadnione. Wykonawca, chcąc wyeliminować ryzyko odrzucenia jego oferty, powinien udzielić zamawiającemu odpowiednich wyjaśnień zgodnie z wymogami określonymi w wezwaniu.

Przenosząc powyższe rozważania prawne na grunt przedmiotowej sprawy Izba wskazuje, iż wykonawca PH R.R. wbrew obowiązkowi wynikającemu z art. 224

ust. 5 ustawy Pzp nie sprostał ciężarowi wykazania, że złożona przez niego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny składając wyjaśnienia w toku postępowania o udzielenie zamówienia. Ciężarowi dowodu – zgodnie z art. 537 pkt 2 ustawy Pzp - w powyższym zakresie nie sprostał również Zamawiający na etapie postępowania odwoławczego.
W konsekwencji Izba zgodziła się z Odwołującym, że złożone przez Przystępującego wyjaśnienia ceny oferty z dnia 2 kwietnia 2024 r. nie zasługiwały na pozytywną ocenę, co
z kolei uzasadniało nakazanie Zamawiającemu odrzucenie oferty Wykonawcy na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp.
Na wstępie w ocenie Izby zauważyć należy, iż wybór oferty najkorzystniejszej wykonawcy PH R.R. poprzedzony został aukcją elektroniczną. Wykonawca PH R.R. pierwotnie w złożonej ofercie za realizację przedmiotu zamówienia zaoferował cenę 323 400 zł. Następnie, w wyniku przeprowadzonej w dniu 29 marca 2024 r. aukcji elektronicznej, obniżył cenę ofertową za wykonanie zamówienia do kwoty 60 299,99 zł. Konsekwencją powyższego było wystosowane przez Zamawiającego do ww. Wykonawcy wezwanie do wyjaśnień poziomu ceny, w tym przedstawienia dowodów, dotyczących wyliczenia kosztów istotnych części składowych oferty złożonej w toku aukcji. Skierowane do Wykonawcy wezwanie miało charakter szczegółowy. Oprócz elementów określonych
art. 224 ust. 3 ustawy Pzp, Zamawiający wymagał od Wykonawcy przedstawienia szczegółowych wyliczeń kosztów prowadzonej działalności gospodarczej w zakresie:
1. Przyjętej technologii oraz organizacji usług; 2. Kosztów wynagrodzeń osób zatrudnionych na umowę o pracę, umowę o dzieło, umowę zlecenie pracowników oraz czy poszczególne stanowiska są dofinansowane czy nie; 3. Kosztów podwykonawców; 4. Kosztów zarządzania firmą; 5. Kosztów stałych w tym (kosztów paliwa, kosztów energii elektrycznej, kosztów zużycia gazu itp.); 6. Kosztów zabezpieczenia należytego wykonania umowy; 7. Kosztów związanych z ubezpieczeniem; 8. Kosztów związanych z odprowadzaniem składek do ZUS lub KRUS oraz chorobowych i zdrowotnych; 9. Kosztów związanych z należnymi podatkami; 10. Czy wykonawca przy wyliczeniu ceny oferty uwzględnił ryzyka związane z realizacją umowy w tym (koszty przedłużenia terminu realizacji umowy, naliczenia kar umownych
z tytułu nienależytego wykonania umowy); 11. Przedstawienia rezerwy oraz zysku. Tym samym ocena złożonych przez wykonawcę PH R.R. wyjaśnień poziomu ceny z dnia 2 kwietnia 2024 r. winna zostać dokonana z uwzględnieniem wiążącego wezwania Zamawiającego.
Przechodząc do oceny wyjaśnień poziomu ceny złożonych przez wykonawcę PH R.R. Izba stwierdziła, że wyjaśnienia nie uzasadniały podanej w ofercie ceny. Wyjaśnienia złożone przez ww. Wykonawcę nie zostały przedstawione w sposób wyczerpujący i rzetelny, nie czyniły zadość wymaganiom Zamawiającego wskazanym
w treści wezwania z dnia 29 marca 2024 r., a ich ocena została przeprowadzona przez Zamawiającego z uchybieniem należytej staranności. Zdaniem składu orzekającego Wykonawca PH R.R. jedynie formalnie udzielił wyjaśnień poziomu ceny. Nie odniósł się jednak w treści wyjaśnień do kluczowych elementów cenotwórczych, w tym wyznaczonych wezwaniem Zamawiającego oraz nie przedstawił szczegółowej kalkulacji ceny oferty w zakresie oczekiwanym przez Zamawiającego. Złożone przez Wykonawcę wyjaśnienia ceny oferty opierały się w dużej mierze na nic nie wnoszących do sprawy ogólnikach, deklaracjach wykonawcy często formułowanych w ramach procedury wyjaśnień rażąco niskiej ceny, referujących do bogatego doświadczenia wykonawcy, ugruntowanej pozycji na rynku, współpracy z zamawiającym, jak też posiadania wykwalifikowanej kadry oraz zaplecza technicznego.
Izba wskazuje, iż uwagę zwraca nad wyraz ogólna kalkulacja ceny oferty zawarta na s. 5 wyjaśnień z dnia 2 kwietnia 2024 r., podczas gdy Zamawiający w wezwaniu z dnia
29 marca 2024 r. oczekiwał przedstawienia szczegółowych wyliczeń w przywołanym wyżej zakresie. Wykonawca PH R.R. ujął w kalkulacji w istocie pięć pozycji składowych, tj. podatki od faktury, koszty pracowników, koszt usług, zysk bez ryzyka oraz zysk z założeniem ryzyka na poziomie 10%. Na podstawie przedstawionych danych oraz złożonych dowodów nie sposób zdaniem składu orzekającego wywieść, że zaoferowana przez wykonawcę PH Roberta Retka cena za realizację przedmiotu zamówienia jest wystarczająca do pokrycia kosztów, prawidłowego wykonania zamówienia publicznego zgodnie z wymaganiami określonymi w SWZ oraz osiągnięcia zysku. Szczątkowa kalkulacja ceny oferty ww. Wykonawcy nie stwarza podstaw do uznania, że kalkulacja ceny oferty po przeprowadzonej aukcji elektronicznej została sporządzona należycie.
Odnosząc się do poszczególnych, kwestionowanych przez Odwołującego, pozycji rzeczonej kalkulacji cenowej wskazać należy, iż w przypadku pozycji „koszt usług" nie wiadomo w istocie jakie elementy cenotwórcze zostały w niej uwzględnione przez wykonawcę PH R.R.. Podkreślić należy, iż to właśnie w ramach wyjaśnień poziomu ceny wykonawca winien przedstawić zamawiającemu sposób budowy ceny oferty. Zadaniem wykonawcy jest wykazanie z jakich elementów kalkulacyjnych składa się oferowana ceny oferty oraz jakie przyjęto w danym zakresie założenia kosztowe. Nie jest zatem wystarczające podanie ogólnej pozycji „koszt usług" bez skonkretyzowania kluczowych czynników cenotwórczych wchodzących w jej skład determinowanych opisem przedmiotu zamówienia.

Przechodząc następnie do pozycji dotyczącej „kosztów pracowników" wskazać należy, że i w tym zakresie wyjaśnienia Wykonawcy *de facto* są nieweryfikowalne. Nie wiadomo bowiem jakie założenia cenotwórcze w zakresie kosztów osobowych przyjął wykonawca PH R.R.. Z przedstawionych wyjaśnień ceny oferty nie wynika np. ile etatów, czy roboczogodzin Wykonawca przyjął na potrzeby realizacji niniejszego zamówienia publicznego. Okoliczność, iż wykonawca PH R.R. w ramach prowadzonej działalności gospodarczej zatrudnia na podstawie stosunku pracy 9 osób nie wyjaśnia
w żaden sposób kalkulacji ceny oferty dokonanej na potrzeby tego zamówienia. Co więcej, koszt pracowników w skali miesiąca podany przez Wykonawcę w tabeli zawartej na s. 5 wyjaśnień nie pokrywa nawet kosztów minimalnego wynagrodzenia za pracę dla jednego etatu wraz z narzutami pracodawcy wynikającymi z odrębnych przepisów. Powyższe budzi wątpliwości w kontekście określonego w SWZ wymogu, aby do realizacji zamówienia wykonawca każdego dnia dysponował min. 3 osobami zdolnymi do wykonania zamówienia (pkt 6.1.2 SWZ) oraz obowiązku zatrudnienia na podstawie umowy o pracę 3 osób przeznaczonych do ręcznego zbierania odpadów, zamiatania, koszenia trawy, grabienia roślinności, podcinania gałęzi krzewów, opróżniania koszy na śmieci (pkt 6.4.3 SWZ). Nie sposób również pominąć, iż przedmiotem zamówienia objęty jest teren o powierzchni niespełna 3 hektarów, a część czynności opisanych w załączniku nr 1 do SWZ, winna być realizowana przez wykonawcę 7 dni w tygodniu. Co więcej, jak wykazał w toku rozprawy Odwołujący, przyjęty przez wykonawcę PH R.R. koszt pracowników w okresie
6 - miesięcy realizacji zamówienia, przy minimalnej stawce godzinowej 27,70 zł, oznacza czasochłonność na poziomie 4,37 rbg dziennie dla potrzeb wykonania zamówienia, co
w kontekście przywołanych wyżej warunków zamówienia jedynie potęguje wątpliwości
w zakresie rzetelności kalkulacji. Powyższe wyliczenia Odwołującego nie zostały podważone przez Zamawiającego w toku rozprawy ani nawet skomentowane.
Ponadto rację miał zdaniem składu orzekającego Odwołujący, iż wykonawca PH R.R. nie wykazał w złożonych wyjaśnieniach kosztów związanych
z zagospodarowaniem odpadów powstałych w związku z realizacją przedmiotu świadczenia, w szczególności odpadów o kodzie 20 03 01 oraz odpadów o kodzie 20 02 01, które stanowiły kluczowy element przedmiotu zamówienia, a zarazem istotny składnik cenotwórczych, czemu nie przeczył Zamawiający. Ze złożonych wyjaśnień poziomu ceny nie wynika czy, i jakie założenia kalkulacyjne w tym zakresie przyjął wykonawca PH R.R.. W szczególności założone koszty zagospodarowania zebranych odpadów lub przekazania ich podmiotowi posiadającemu stosowne zezwolenia na ich zagospodarowanie nie wynikają z przedstawionej kalkulacji ceny oferty. Nie można zatem odtworzyć sposobu zbudowania ceny oferty wykonawcy PH R.R. w omawianym zakresie. Za niewystarczającą dla wykazania kosztów zagospodarowania odpadów Izba uznała wskazaną w wyjaśnieniach ceny oferty oraz odpowiedzi na odwołanie okoliczność, że wykonawca PH R.R. dzierżawi nieruchomość będącą własnością miasta stołecznego Warszawy
z przeznaczeniem pod miejsce na składowanie oraz dalszą obróbkę gałęzi i zrębków drewna zgromadzonych w związku z konserwacją terenów zielonych, co potwierdza złożony wraz
z wyjaśnieniami akt notarialny z dnia 14 kwietnia 2023 r., rep. A nr 3340/2023. Nie zostało bowiem wykazane w jakim stopniu ww. czynnik pozwolił wykonawcy PH R.R. na tak znaczące obniżenie ceny oferty zaoferowanej w toku aukcji. Kosztów zagospodarowania odpadów związanych z realizacją zamówienia nie potwierdza również załączona do wyjaśnień z dnia 2 kwietnia 2024 r. FV nr NN/24/02/1236. Bez wyjaśnień wykonawcy PH R.R. dotyczących zagospodarowania odpadów powstałych w związku z realizacją przedmiotu świadczenia, w tym zakładanej przez wykonawcę liczby odebranych odpadów oraz kosztów globalnych związanych z zagospodarowaniem odpadów, przedmiotowy dowód jest nieprzydatny dla oceny prawidłowości kalkulacji. Ponadto Izba wskazuje, iż Zamawiający nie zakwestionował w toku rozprawy wyliczeń przedstawionych przez Odwołującego dotyczących kosztów zagospodarowania odpadów komunalnych o kodzie 20 03 01 wyliczonych zgodnie przedstawioną przez wykonawcę PH R.R. fakturą nr NN/24/02/1236 oraz kosztów zagospodarowania odpadów bio o kodzie 20 02 01 obliczonych z wykorzystaniem informacji zawartych w Wykazie nr 8/D/2023 wskazujących na rynkowy poziom ww. kosztów związanych z wykonaniem przedmiotu zamówienia.
Trafne było również stanowisko Odwołującego, iż w złożonej kalkulacji poziomu ceny brak jest wyliczeń Wykonawcy w zakresie kosztów paliwa przyjętych na potrzeby realizacji niniejszego zamówienia publicznego, których wykazania oczekiwał Zamawiający zgodnie
z wezwaniem z dnia 29 marca 2024 r. Nie znane są założenia wykonawcy PH R.R. w tym zakresie. Zaniechanie wyjaśnienia ww. kosztów obciąża Wykonawcę. Ponadto wbrew twierdzeniom Zamawiającego oraz wykonawcy PH R.R. z załączonej karty paliwowej nie wynika wysokość rabatu naliczonego za każdy litr paliwa.
Nie zostały również przedstawione zakładane koszty eksploatacji pojazdów, których uwzględnienia w cenie oferty wymagał Zamawiający zgodnie z postanowieniami rozdziału 10 SWZ. Analogicznie jak w przypadku omówionych wyżej kosztów wykonawca PH R.R. i w tym zakresie nie przedstawił założeń cenotwórczych, w szczególności zakładanego

poziomu kosztów eksploatacji pojazdów. Kosztów tych w ocenie Izby nie potwierdza załączona do wyjaśnień faktura za zakup kosiarki. Jednocześnie wbrew twierdzeniom Zamawiającego zawartym w odpowiedzi na odwołanie z wyjaśnień wykonawcy PH R.R. nie wynika, aby wymianą części w pojazdach miał zająć się sam Wykonawca oraz że części zamienne do pojazdów są tanie na rynku wtórnym.

Na koniec Izba wskazuje, iż twierdzenia Zamawiającego jakoby wykonawca PH R.R. z tytułu realizacji zamówienia osiągnął zysk na poziomie ok. 36 000 zł (zysk bez ryzyka) nie znajdują potwierdzenia w wyjaśnieniach ceny z dnia 2 kwietnia 2024 r.

Z tabeli zawartej na s. 5 wyjaśnień wynika, iż miesięczny zysk skalkulowany przez Wykonawcę stanowił kilkaset złotych.

Konkludując powyższe Izba stwierdziła, iż wyjaśnienia ceny ofertyzłożone przez wykonawcę PH R.R. pismem z dnia 2 kwietnia 2024 r. były ogólnikowe i nie wyjaśniały sposobu zbudowania ceny ofertowej. Przede wszystkim Wykonawca nie przedstawił wymaganej przez Zamawiającego szczegółowej kalkulacji ceny oferty w zakresie kluczowych elementów cenotwórczych. Tym samym Wykonawca nie dołożył należytej staranności w wyjaśnieniu Zamawiającemu sposobu kalkulacji ceny oferty, przez co nie wykazał, że zaoferowana przez niego cena nie jest ceną rażąco niską. Oferta ww. Wykonawcy podlegała zatem odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp.

W konsekwencji czynność wyboru oferty wykonawcy PH R.R. była wadliwa
i naruszała zarzucane przepisy ustawy Pzp.

Za niewykazany Izba uznała zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp
w związku z art. 3 oraz art. 15 ust. 1 pkt 1 uznk poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy PH R.R., pomimo iż oferta wykonawcy została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji.

Stosownie do art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Z art. 3 ust. 1 uznk wynika, że czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Z kolei stosownie do treści 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 wytworzenia lub świadczenia albo ich odsprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców. Z powyższego wynika zatem, że aby można było mówić o czynie nieuczciwej konkurencji stypizowanym w art. 15 ust. 1 pkt 1 uznk łącznie muszą zostać spełnione dwie przesłanki, tj. po pierwsze, dany podmiot musi utrudniać inny przedsiębiorcom dostęp do rynku, w szczególności przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów wytworzenia lub świadczenia albo ich odsprzedaż poniżej kosztów zakupu oraz po drugie, sprzedaż ta musi mieć na celu eliminację innych przedsiębiorców. Tym samym dla stwierdzenia czynu nieuczciwej konkurencji, o którym mowa w art. 15 ust. 1 pkt 1 uznk, nie wystarczy stwierdzenie, iż dany podmiot sprzedaje towary lub usługi poniżej kosztów wytworzenia lub świadczenia, czy też je odsprzedaje poniżej kosztów zakupu.

W ocenie Izby w okolicznościach przedmiotowej sprawy nie zostało wykazane, że działanie wykonawcy PH R.R. prowadzone było w określonym przez ustawę
o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji celu – tj. w celu eliminacji innych przedsiębiorców.

Zdaniem składu orzekającego z samego faktu złożenia przez wykonawcę wyjaśnień rażąco niskiej ceny, które nie uzasadniają podanej w ofercie ceny nie sposób wywieść jeszcze, że wykonawca popełnił czyn nieuczciwej konkurencji. Okoliczność, że wykonawca nie złożył Zamawiającemu wyczerpujących, wszechstronnych wyjaśnień dotyczących budowy ceny oferty, skutkuje negatywnymi konsekwencjami dla wykonawcy, o których mowa w art. 226 ust. 1 pkt 8 i art. 224 ust. 6 ustawy Pzp i nie stanowi *a priori* podstawy odrzucenia oferty, o której mowa w art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

Wziąwszy pod rozwagę powyższe, w ocenie Izby, w okolicznościach niniejszej sprawy, brak było podstaw do nakazania Zamawiającemu odrzucenia oferty wykonawcy PH R.R. z uwagi na okoliczność, iż jej złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Tym samym zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w związku z art. 3 oraz art. 15 ust. 1 pkt 1 uznk podlegał oddaleniu, czemu Izba dała wyraz w punkcie 3. sentencji.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp w zw. z § 5 pkt 1 oraz § 7 ust. 2 pkt 1 oraz § 7 ust. 5 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 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437), zasądzając od Zamawiającego na rzecz Odwołującego koszty postępowania w całości z uwagi na wagę zarzutu uwzględnionego dla rozstrzygnięcia odwołania - zarzut ten doprowadził bowiem do realizacji najdalej idącego żądania odwołania w postaci nakazania Zamawiającemu odrzucenia oferty wykonawcy PH R.R..

Przewodnicząca: ……..