

Sygn. akt: KIO 1756/23

WYROK
z dnia 4 lipca 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 lipca 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 czerwca 2023 r. przez wykonawcę: **AWIMA Sp.j. B. W., ul. 3-go Maja 2B/22, 05-410 Józefów** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **13 Wojskowy Oddział Gospodarczy, ul. Czwartaków 3, 86-300 Grudziądz,**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie - **Konsorcjum**

w składzie: DGP Clean Partner Sp. z o.o., CTG Sp. z o.o., 4 OP Sp. z o.o., Security 24 Sp. z o.o., ul. Żytnia 15/23 01-014 Warszawa zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 1756/23 po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawcę: AWIMA Sp.j. B. W., ul. 3-go Maja 2B/22, 05-410 Józefów, i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: AWIMA Sp.j. B. W., ul. 3-go Maja 2B/22, 05-410 Józefów tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019r. - Prawo Zamówień Publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.), na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie.**

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 1756/23

Uzasadnienie

Zamawiający, Skarb Państwa – 13 Wojskowy Oddział Gospodarczy z siedzibą w Grudziądzu, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r.- Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.), zwanej dalej „Pzp” w przedmiocie „Świadczenie usługi w zakresie sprzątnia w obiektach kubaturowych”. Zamówienie obejmuje następujące zadania: Zadanie nr 1: usługa sprzątnia w obiektach kubaturowych w Grudziądzu i Gardei, Zadanie nr 2: usługa sprzątnia w obiektach kubaturowych w Grupie, Zadanie nr 3: usługa sprzątnia w obiektach kubaturowych w Brodnicy, Zadanie nr 4: usługa sprzątnia w obiektach kubaturowych w Chełmie, Grubnie. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 24 marca 2023 r. pod nr 2023/S 060- 177240.

Zamawiający opublikował zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty w zadaniu nr 1 na swojej stronie internetowej w dniu 7 czerwca 2023 r. Jako najkorzystniejsza została wybrana oferta złożona przez Konsorcjum w składzie: DGP Clean Partner Sp. z o.o., CTG Sp. z o.o., 4 OP Sp. z o.o., Security 24 Sp. z o.o., zwane dalej „Konsorcjum DGP”.

Wykonawca AWIMA Sp.j. B. W. z siedzibą w Józefowie na podstawie art. 513 pkt 1 i 2 w zw. z art. 505 ust. 1 Pzp, wniósł odwołanie wobec czynności wyboru oferty złożonej przez Konsorcjum DGP, jako najkorzystniejszej i wobec zaniechania przez Zamawiającego czynności wezwania Konsorcjum DGP, wykonawcy ECO - PLAN S.A. z siedzibą w Słupsku, Konsorcjum: Praxima Krakpol Sp. z o.o., Impel Facility Services Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, wykonawcy ZAKŁAD SPRZĄTANIA WNEŹTRZ J. J. "MOP 83" Sp. z o.o. do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów:

1.art. 224 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1, 2 i 3 Pzp, poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum DGP oraz wykonawcy ECO - PLAN, wykonawcy IMPEL, wykonawcy MOP 83 do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny;

2.art. 239 ust. 1 Pzp, poprzez dokonanie wyboru oferty Konsorcjum DGP jako oferty najkorzystniejszej, podczas gdy w ramach procedury badania i oceny ofert - wykonawca ten powinien być wezwany do wyjaśnień rażąco niskiej ceny.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

a) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 7 czerwca 2023 r.;

b) powtórzenia czynności badania i oceny ofert i w tym zakresie wezwania wykonawców: DGP, ECO-PLAN, IMPEL oraz MOP 83 do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny.

Odwołujący wniósł o obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego i zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego zwrotu poniesionych kosztów.

Odwołujący wyjaśnił, że złożył ofertę, która jest ofertą najkorzystniejszą w postępowaniu spośród ofert niepodlegających odrzuceniu. Gdyby Zamawiający wezwał Konsorcjum DGP oraz wykonawców ECO - PLAN, IMPEL MOP 83 do wyjaśnień rażąco niskiej ceny i dokonał badania i oceny ww. ofert, zgodnie z wymogami ustawy Pzp, to oferta Odwołującego najpewniej zostałaby wybrana jako najkorzystniejsza. Odwołujący wyjaśnił, że uplasował się na piątej pozycji w rankingu ofert, ma jednak realną szansę na uzyskanie zamówienia, ponieważ w przypadku uwzględnienia odwołania Izba może nakazać unieważnienie czynności Zamawiającego zgodnie z żądaniami Odwołującego oraz wykonanie lub powtórzenie czynności w postępowaniu. Można zatem realnie zakładać, że po ponownym badaniu i ocenie ofert w wyniku wykonania wyroku Izby, Zamawiający dokona wyboru oferty Odwołującego.

Odwołujący wskazał, że przedmiotem zamówienia jest świadczenie usług w zakresie sprzątnięcia w obiektach kubaturowych w miejscowościach Grudziądz, Gardeja, Grupa, Brodnica, Grubno, zgodnie ze wskazanym przez Zamawiającego opisem, zakresem, w częstotliwościach oraz wymaganiami określonymi w Rozdziale 3 SWZ, Załączniku nr 1 do SWZ, Załączniku Nr 3 do SWZ i Załączniku nr 4. Zamawiający podał kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, tj. dla Zadania nr 1 - 9 814 931,86 zł.

W dniu 11 maja 2023 r. (pismem datowanym na dzień 9 maja 2023 r.) Odwołujący zwrócił się do Zamawiającego z umotywowanym wnioskiem o wezwanie wykonawców: DGP, ECO-PLAN, IMPEL oraz MOP 83 do złożenia wyjaśnień dotyczących wyliczenia cen ich ofert. Odwołujący przedstawił wyliczenia, z których wynika, że zarówno oferta Konsorcjum DGP, jak i pozostałe oferty są znacząco niedoszacowane i nie uwzględniają wszystkich kosztów wymaganych przez Zamawiającego.

Pismem z dnia 24 maja 2023 r. Zamawiający poinformował Odwołującego, iż „prowadząc audyt wszystkich ofert, w tym w kontekście analiz cenowych, ekonomiczno-finansowych wykonuje bezwzględnie wszystkie obowiązki wynikające z ustawy PZP”, zarzucając Odwołującemu, że nie przedstawił żadnych merytorycznych, udowodnionych argumentów co do nierealności cen jednostkowych zaproponowanych przez ww. wykonawców, pomijając przy tym załączoną do pisma z dnia 9 maja 2023 r. kalkulację, która w sposób jednoznaczny wskazywała poziom niedoszacowania ofert.

W dniu 7 czerwca 2023 r. Zamawiający przekazał i opublikował informację o wyborze oferty najkorzystniejszej. Za najkorzystniejszą Zamawiający uznał ofertę Konsorcjum DGP.

W dniu 14 czerwca 2023 r. Odwołujący poinformował Zamawiającego o niezgodności jego postępowania z przepisami ustawy oraz o niezasadnym zaniechaniu czynności, do której był zobowiązany. W odpowiedzi Zamawiający wskazał, iż podtrzymuje dotychczasowe stanowisko, nie unieważnił czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i nie dokonał ponownej oceny i badania ofert, a tym samym nie podjął starań, by doprowadzić przebieg postępowania do stanu zgodnego z prawem.

1) Zarzut naruszenia art.224 ust.1 Pzp w zw. z art.16 pkt 1, 2 i 3 Pzp.

Powołując się na art. 224 ust. 1 Pzp i orzecznictwo Izby, Odwołujący wskazał, że badanie pod względem rażąco niskiej ceny lub kosztu dotyczy nie tylko sytuacji, gdy cena lub koszt wskazane w ofercie wydają się rażąco niskie i budzą wątpliwości zamawiającego, lecz także przypadku, gdy rażąco niskie wydają się ich istotne części składowe. Istotność części składowych należy interpretować jako istotność z punktu widzenia cenotwórczego. Zasadne jest zatem odnoszenie wartości danej części składowej do ceny ogółem (zob.np. wyrok KIO z dnia 3 kwietnia 2017r., sygn. akt: KIO 519/17, LEXnr2275700). Zatem o rażąco niskiej cenie można mówić, gdy rażąco niskie okażą się jedynie pewne ceny jednostkowe czy pewne ceny za poszczególne pojedyncze prace, niezależnie od tego, czy przekładają się na rażąco niską cenę w odniesieniu do całego zamówienia. Istotne, aby badanie cen jednostkowych dotyczyło wartości, które stanowią samodzielną podstawę rozliczania wynagrodzenia za wykonanie poszczególnych elementów składających się na zamówienie. Pojęcie istotności części składowej ceny lub kosztu należy interpretować m.in. przez odniesienie się do istotności części przedmiotu zamówienia, przynależnej danej części składowej ceny lub kosztu. Istotnymi częściami składowymi ceny lub kosztu będą te części składowe, które ze względu na ich wartość, a także wielkość lub rozmiar, a tym samym znaczący udział w całości zamówienia, mają wpływ na wykonanie zamówienia.

W orzecznictwie KIO (np. wyrok KIO z dnia 8 listopada 2021r., sygn.akt: KIO 3005/21) podkreśla się, że istotne 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 więc o elementy istotne pod względem wartościowym lub merytorycznym, mogące zaważyć na powodzeniu zamówienia jako całości.

Odwołujący podkreślił, że zarówno orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, jak i sądów okręgowych, opierające się na ugruntowanym orzecznictwie TSUE w powyższej materii, jednoznacznie potwierdza, że wykonawca, którego oferta budzi wątpliwości w zakresie oceny czy zaoferowana cena nie jest ceną rażąco niską, musi być wezwany do złożenia wyjaśnień (wraz z dowodami), dotyczących sposobu kalkulacji zaoferowanej ceny oraz czynników i okoliczności, które mają wpływ na wysokość zaoferowanej ceny (por. wyrok KIO z dnia 17 stycznia 2020r., sygn. akt: KIO 5/20).

Odwołujący oświadczył, że podtrzymuje swoje stanowisko, że Zamawiający powinien powziąć wątpliwości co do sposobu wyliczenia ceny zarówno przez Konsorcjum DGP, jak i pozostałych wykonawców tj. ECO-PLAN, IMPEL oraz MOP 83 i wezwać wskazane podmioty do złożenia wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny wskazanej w ofercie, gdyż nosi ona znamiona rażąco niskiej ceny.

Zgodnie z zasadą uczciwej konkurencji, dobrymi obyczajami kupieckimi w przetargach publicznych, w postępowaniach tych, jak i w wszystkich innych, wymagana jest uczciwa strategia cenowa, która polega na kreowaniu łącznej ceny na usługi w oparciu o realne ceny jednostkowe zapewniające pokrycie kosztów i zysk dla każdej z usług objętych zamówieniem (zarówno dla usług ciągłych, jak i usług okresowych - incydentalnych). W takich okolicznościach, są to ceny pokrywające wszystkie koszty wymagane w SWZ i zapewniające zysk. Zysk na usługach okresowych może być nieco niższy, zaś na usługach ciągłych może być wyższy, ale każda z usług musi być rentowna, realna i może być samodzielnie realizowana z zyskiem. Odstępstwo od prawidłowego skalkulowania cen za daną grupę czynności (cen jednostkowych stanowiących samodzielną podstawę rozliczenia) bez powiązania z ich realnymi kosztami, stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. W tym stanie rzeczy, biorąc pod uwagę zasadę uczciwej konkurencji, każdy wykonawca zobowiązany był zadeklarować realne ceny jednostkowe, a tym samym rzeczywiste koszty każdej z usług, wskazanych w Formularzu cenowym, składających się na przedmiot zamówienia.

W rozdziale 3 pkt. 4 SWZ określono, iż „Zamawiający wymaga od Wykonawcy lub jego podwykonawcy (o ile występuje) aby zatrudnił / zatrudniał na umowę o pracę, wszystkie osoby bezpośrednio wykonujące usługi utrzymania czystości w zakresie obejmującym przedmiotowe postępowanie w okresie realizacji zamówienia - wykonanie tych czynności polega na wykonywaniu pracy w sposób określony w art. 22 § 1 ustawy z dnia 26 czerwca 1974r.-Kodeks pracy (Dz.U. z 2022r.poz.1510j.t.). Wykonawca lub podwykonawca jest zobowiązany zatrudniać na umowę o pracę osoby co najmniej na czas realizacji umowy zawartej pomiędzy wykonawcą a Zamawiającym - art. 95 Pzp.

W oparciu o wymagania zawarte w SWZ oraz Załączniku nr 1 do SWZ Odwołujący przygotował szczegółowe zestawienie stanowiące załącznik do pisma z dnia 9 maja 2023 r. r. Gdyby Zamawiający rzeczywiście przeanalizował je pod kątem wskazanym przez Odwołującego najprawdopodobniej zorientowałby się, że oferty te rzeczywiście są niedoszacowane. Brak jakiegokolwiek reakcji Zamawiającego na dane przedstawione przez Odwołującego może skutkować bardzo wysokim ryzykiem zawarcia umowy z wykonawcą, który nie będzie w stanie zrealizować zamówienia bez uszczerbku dla jakości świadczonych usług.

Jak już wcześniej wskazano, przedmiotem zamówienia – zgodnie z rozdziałem 3 pkt 1 SWZ - jest świadczenie usług w zakresie sprzątnięcia w obiektach kubaturowych w miejscowości Grudziądz, Gardeja, Grupa, Brodnica i Chełmno, Grubno, zgodnie ze wskazanym przez Zamawiającego opisem, zakresem, w częstotliwościach oraz wymaganiami określonymi w Rozdziale 3 SWZ, Załączniku Nr 1 do SWZ oraz Załączniku Nr 3 do SWZ i Załączniku nr 4 według zadań Zadanie nr 1 usługa sprzątnięcia w obiektach kubaturowych w Grudziądzu i Gardai (...). Przedmiot zamówienia wyszczególniono w formularzu ofertowym, stanowiącym załącznik nr 3 do SWZ w dwunastu pozycjach.

Jak wynika z postanowień dokumentacji postępowania tj. opisu sposobu obliczenia ceny, projektowanych warunków umowy oraz formularza cenowego stanowiącego Załącznik nr 2 do SWZ, obliczenie ceny winno nastąpić dla każdej pozycji formularza ofertowego, uwzględniając przy tym ceny jednostkowe (ceny ustalone za jednostkę miary, określoną przez Zamawiającego w formularzu ofertowym), stawkę VAT w %, cenę za usługę bez podatku VAT oraz cenę całkowitą. Cena podana w ofercie musi obejmować w kalkulacji wszystkie koszty i składniki związane z wykonaniem przedmiotu zamówienia oraz warunkami stawianymi przez Zamawiającego w treści projektowanych warunków umowy.

Uwzględniając powyższe, każdy z wydzielonych i opisanych w SWZ rodzajów sprzątnięcia, wykonawca zobowiązany był wycenić jako odrębną grupę czynności i ująć jako część sumy w wycenie (cenie ofertowej). Wycena jednostkowa (za jeden metr kwadratowy – 1m²) każdego z ww. poszczególnych rodzajów sprzątnięcia, sklasyfikowanych według powierzchni, stanowi podstawę do rozliczeń umownych w toku realizacji umowy (§ 5 ust. 4, ust.9, ust.10 Projektowanych warunków umownych).

Mając na uwadze powyższe postanowienia, wskazać należy, iż w niniejszym przypadku wynagrodzenie wykonawcy ma charakter mieszany (kosztorysowo-ryczałtowy). W takiej sytuacji zasadnym jest, aby koszty prac, w tym koszty zakupu materiałów, sprzętu, robocizny ujęto w odpowiednich adekwatnych dla nich pozycjach kosztorysu ofertowego lub w pozycjach ściśle z nimi związanych. W kontekście ww. postanowień Projektu umowy oraz SWZ, ceny jednostkowe każdej z usług wskazanych w Formularzu cenowym i wyliczone na ich podstawie koszty tych usług mają

niebagatelne znaczenie z punktu widzenia właściwej realizacji umowy w sprawie, gdyż są podstawą do:

a. rozliczeń pomiędzy stronami umowy w ramach wynagrodzenia miesięcznego;

b. obliczenia wynagrodzenia w przypadku korekt powierzchni do sprzątnięcia;

c. obliczenia wynagrodzenia w wypadku trwałego lub czasowego zmniejszenia lub zwiększenia utrzymywania w czystości powierzchni;

d. pomniejszenia wynagrodzenia o iloczyn nieposprzątniętej powierzchni i stawki za 1m² w przypadku nieposprzątnięcia określonej powierzchni z przyczyn leżących po stronie wykonawcy.

Wobec powyższego, mając na względzie podstawowe zasady obowiązujące w zamówieniach publicznych, w szczególności zasadę uczciwej konkurencji, każdy wykonawca miał obowiązek zaferować realne ceny jednostkowe, a tym samym rzeczywiste koszty każdej poszczególnej usługi, będącej przedmiotem zamówienia i wskazanej w Formularzu cenowym. Zarówno bowiem rozliczenie umowne za faktycznie wykonane prace w oparciu o zaferowane ceny jednostkowe usług, jak i realizacja postanowień ww. umowy w przypadku ograniczenia zakresu zamówienia (umowy) albo czasowego zmniejszenia lub zwiększenia ilości utrzymywanej w czystości powierzchni, czy też pomniejszenia wynagrodzenia o iloczyn nieposprzątniętej powierzchni i stawki za 1m², są zgodne z obowiązującymi przepisami, intencjami i postanowieniami SWZ jedynie wtedy, gdy wszystkie ceny jednostkowe są realne, wiarygodne i poprawnie obliczone, co ma miejsce tylko wtedy kiedy:

a. każda z ww. usług jest rentowna tj. zawiera zysk oraz wszystkie koszty wymagane postanowieniami SWZ i odrębnymi przepisami;

b. żadna z cen nie jest rażąco niska i nierealna;

c. żadna z cen jednostkowych nie jest zawyżona w wyniku przeniesienia na nią kosztów z innej usługi, skalkulowanej rażąco nisko.

Podkreślenia wymaga, iż w niniejszym przypadku ceny jednostkowe nie stanowią jedynie składnika ceny łącznej (wynagrodzenia wykonawcy) - pełnią również funkcje samodzielnych cen, w oparciu o które w każdym miesiącu realizacji usługi jest naliczane wynagrodzenie.

Przejawem manipulacji cenowej nie jest jedynie przyjmowanie rażących dysproporcji w stosunku do kosztu poszczególnych cen składowych oferty - w niegodziwym celu - wyeliminowania w ten sposób konkurencji, ale wszelkie znaczące i wyraźnie wskazujące na taki zamiar - odstępstwa od prawidłowego kalkulowania cen - bez powiązania z ich realnymi kosztami uzyskania.

Wobec powyższego, wskazane ceny jednostkowe, jako ceny do zapłaty, muszą być oceniane w kategorii rażąco niskiej ceny (tak: m.in. uchwała KIO z 16 kwietnia 2014r. sygn. akt: KIO/KD 30/14, wyrok KIO z dnia 28 marca 2017r. sygn. akt: KIO 473/17).

Zgodnie z doktryną i judykaturą, w przypadku ww. sposobu rozliczania, każda z oferowanych cen jednostkowych, będąca podstawą rozliczeń:

a. musi zawierać wszystkie koszty, niezbędne do jej wykonania, zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia i wymaganiami określonymi przez Zamawiającego oraz wynikającymi z odrębnych przepisów;

b. musi być rentowna, tzn. musi zawierać zysk.

W postępowaniach, gdzie cenę oferty tworzy suma cen jednostkowych, poprawność obliczenia cen jednostkowych ma istotne znaczenie, zwłaszcza w sytuacji, gdy ceny te stanowią element rozliczenia między zamawiającym a wykonawcą. Zasadą jest bowiem zapłata wynagrodzenia za prace rzeczywiście wykonane (wyrok KIO z dnia 17 października 2016r. sygn. akt: KIO 1823/16). Przy kosztorysowym charakterze wynagrodzenia istotnym jest, aby koszty prac, w tym koszty zakupu materiałów, sprzętu, robocizny, były ujęte w odpowiednich, adekwatnych dla nich pozycjach kosztorysu ofertowego lub w pozycjach ściśle z nimi związanych. Związanie to może mieć charakter technologiczny, funkcjonalny etc. Przy wynagrodzeniu kosztorysowym, którego istotą jest rozliczanie prac według faktycznie zrealizowanych robót w oparciu o stawki ujęte w kosztorysie ofertowym wykonawcy, rzetelna wycena poszczególnych pozycji kosztorysowych ma doniosłe znaczenie (wyrok KIO z dnia 24 lipca 2017r. sygn. akt: KIO 1379/17).

W świetle powyższych rozważań należy stwierdzić, iż nieujęcie jakiegokolwiek z kosztów w cenie jednostkowej, a tym samym w koszcie usługi sprzątnięcia poszczególnych powierzchni, stanowi o obowiązku odrzucenia oferty, na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 i 8 Pzp.

W niniejszym przypadku istnieje wysokie ryzyko, że zarówno wykonawca DGP, jak i wykonawcy ECO-PLAN, IMPEL oraz MOP 83 nie ujęli w wycenach poszczególnych pozycji wszystkich kosztów związanych z realizacją zamówienia. Zamawiający, mimo, iż miał świadomość, że oferty tychże wykonawców mogą zawierać rażąco niskie ceny, zaniechał wezwania ich do wyjaśnień.

Odwołujący wskazał, że cena wybranej oferty, złożonej przez DGP, w wysokości 20 551 942,07 zł jest ceną o prawie 2,5 miliona złotych niższa niż kwota, którą Zamawiający zamierzał przeznaczyć na realizację zamówienia. Podobna sytuacja ma miejsce w przypadku ofert złożonych przez wykonawców ECO-PLAN, IMPEL oraz MOP 83. Cena oferty ECO-PLAN jest niższa od kwoty, którą Zamawiający zamierzał przeznaczyć na realizację zamówienia również o ponad 2 miliony złotych, zaś cena oferty MOP 83 oraz IMPEL o niemalże milion złotych.

Zdaniem Odwołującego, nawet bez dokonywania szczegółowych analiz, w oparciu o wymagania osobowe stawiane przez Zamawiającego w Załączniku nr 1 do SWZ (m.in. Karty Opisowe do budynków) można zauważyć, że ceny jednostkowe zaoferowane przez ww. wykonawców dla pozycji nr 2 – „Pomieszczenia w obiektach kubaturowych Utrzymywanie w czystości – serwis dzienny 7 dni w tygodniu” nie dają możliwości realizacji umowy zgodnie z wymogami Zamawiającego.

Obrazuje to prosty szacunek Odwołującego oparty o wytyczne Zamawiającego, zawarte w Załączniku nr 1 do SWZ, w którym na podstawie roboczogodzin obliczono minimalną ilość etatów, a następnie, celem uzyskania wartości minimalnych miesięcznych kosztów zatrudnienia, pomnożono wskazaną ilość etatów oraz całkowity koszt zatrudnienia pracownika (uwzględniający wartość płacy minimalnej obowiązującej od 1 lipca 2023 roku oraz wszelkie koszty zatrudnienia włącznie z PPK, urlopami i zastępstwami na wypadek choroby).

Zgodnie z Rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 13 września 2022 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2023 r. w 2023 r. minimalne wynagrodzenie za pracę wzrasta w dwóch etapach. Od 1 stycznia 2023 r. najniższa pensja wynosi 3490 zł (§ 1 Rozporządzenia), a od 1 lipca 2023 r. będzie wynosić – 3600 zł (§ 3 Rozporządzenia).

Według kalkulacji Odwołującego, całkowity minimalny koszt zatrudnienia w okresie trwania umowy wynosi 516 978,23 zł. Dokonując porównania te same kwoty z kwotami zaproponowanymi przez wykonawców DGP, ECO-PLAN, IMPEL oraz MOP 83 można dostrzec skalę niedoszacowania ofert, którą ukazano w kolumnie nr 4 z Tabeli 3.

Co więcej, składowe cenotwórcze to nie tylko sama kwota zatrudnienia pracowników, lecz także inne koszty takie jak koszty zakupu materiałów (papier toaletowy, ręczniki papierowe, mydło, odświeżacze i inne) urządzeń oraz, co bardzo ważne, koszty ogólnozakładowe jak i zysk przedsiębiorstwa.

Powyższe okoliczności od razu winny skłonić Zamawiającego do szczegółowej weryfikacji złożonych ofert pod kątem możliwości wystąpienia rażąco niskiej ceny. Zamawiający winien przeanalizować również pozostałe pozycje, oprócz wskazanej przez Odwołującego, które prócz podstawowych kosztów zatrudnienia winny swym zakresem także objąć ww. koszty.

Zdaniem Odwołującego, poziom niedoszacowania ceny oferty u wskazanych wykonawców, z uwagi na konieczność poniesienia także dodatkowych kosztów, będzie znacznie większy niż ukazano w załączonych do niniejszego pisma kalkulacjach, w związku z tym wykonawcy nie mają obiektywnej możliwości zrealizowania umowy w ramach ceny swoich ofert, a zatem w ramach wynagrodzenia za tę usługę. Zarówno DGP, jak i ECO-PLAN, IMPEL oraz MOP 83, w ocenie Odwołującego, poczynili nieracjonalne założenia, skutkujące tym, że w swoich kalkulacjach nie uwzględnili wszystkich kosztów niezbędnych do wykonania zamówienia, m.in. takich jak:

- koszty zakupu sprzętu, maszyn i ich napraw,
- koszty amortyzacji sprzętu,
- kosztów ogólnozakładowych, tj. w szczególności prowadzenia rozliczeń księgowych, opłat za ubezpieczenia OC, opłat za używanie telefonów, materiałów biurowych i innych.

Zdaniem Odwołującego, niemożliwe jest wykazanie realności kosztów, a tym samym cen jednostkowych usług sprzątnięcia pomieszczeń, zawartych w ofercie złożonej przez wybranego wykonawcę, tym bardziej, że w kalkulacji nie uwzględniono wszystkich niezbędnych kosztów.

Już na podstawie samych tylko kosztów pracowniczych można zauważyć, że realność deklarowanych przez ww. wykonawców cen jest wysoce wątpliwa. Mimo to Zamawiający zaniechał dokonania weryfikacji.

Odwołujący zaznaczył, że ma świadomość, iż w przypadku różnych podmiotów koszty związane z realizacją zamówień mogą kształtować się odmiennie, aczkolwiek, nie powinny one występować w takiej dysproporcji, jak chociażby w przypadku DGP, a zakładając, że zaoferowane ceny są realne, wykonawcy składając wyjaśnienia mogliby wytłumaczyć Zamawiającemu co wpływa na tak korzystne warunki świadczenia usług i tym samym rozwiązać wszelkie wątpliwości.

Obowiązkiem Zamawiającego jest prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z poszanowaniem zasad zamówień publicznych oraz w zgodzie z obowiązkami nałożonymi na niego przez ustawę. Wykonawcy mają prawo oczekiwać, że złożone w postępowaniu oferty zostaną ocenione zgodnie z wymaganiami Zamawiającego wskazanymi w dokumentacji postępowania, z poszanowaniem wymogów stawianych przez powszechnie obowiązujące przepisy prawa, zaś Zamawiający wykona ciążące na nim ustawowe obowiązki, rzetelnego

zbadań złożonych ofert, gwarantując tym samym zabezpieczenie interesów uczestników procesu udzielania zamówień publicznych.

Zaniechaniem wezwania DGP do złożenia wyjaśnień i wybór jej oferty pozbawiło Odwołującego możliwości wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej, co z pewnością nastąpiłoby, gdyby Zamawiający z należytą starannością przystąpił do badania i oceny ofert. Wszystkie działania i zaniechania Zamawiającego przedstawione powyżej stanowią dowód na fakt, iż postępowanie było przez niego prowadzone w sposób naruszający zasadę równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji oraz przejrzystości, a tym samym Zamawiający naruszył art. 16 pkt 1, 2 i 3 Pzp.

W ocenie Odwołującego, wbrew twierdzeniom Zamawiającego, w niniejszym przypadku nie są potrzebne żadne szczegółowe analizy, symulacje czy też precyzyjnie przyjęte metodyki - już bowiem proste obliczenia wskazują na to, że za zaoferowane ceny nie ma możliwości zrealizowania zamówienia.

Na uwagę zasługuje również fakt, iż informacje o możliwości wystąpienia rażąco niskich cen w ofertach Zamawiający otrzymał od podmiotu profesjonalnie zajmującego się świadczeniem usług sprzątnięcia, który zna realia rynkowe i dysponuje doświadczeniem, umożliwiającym dostrzeżenie pewnych ryzyk. Być może wyjaśnienia wykonawców rozwiązałyby zaistniałe wątpliwości i zamówienie mogłoby zostać z powodzeniem zrealizowane.

Powyżej opisane naruszenia przepisów ustawy Pzp doprowadziły ostatecznie również do naruszenia art. 239 ust. 1 Pzp. Oferta DGP została wybrana nieprawidłowo. Procedura wyboru oferty najkorzystniejszej nie została bowiem poprzedzona prawidłowo przeprowadzoną procedurą badania i oceny oferty, w ramach której Zamawiający winien wezwać wykonawców do wyjaśnień rażąco niskiej ceny. To doprowadziło do naruszenia art. 239 ust. 1 Pzp.

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie – Konsorcjum w składzie: DGP Clean Partner Sp. z o.o., CTG Sp. z o.o., 4 OP Sp. z o.o., Security 24 Sp. z o.o., z siedzibą lidera w Warszawie - zgłosili przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie po stronie Zamawiającego.

Zamawiający, pismem z dnia 29 czerwca 2023 r., złożył odpowiedź na odwołanie. Wniósł o oddalenie odwołania w całości z uwagi na dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej w zadaniu nr 1 złożonej przez Konsorcjum: DGP Clean Partner Sp. z o.o., CTG Sp. z o.o., 4 OP Sp. z o.o., Security 24 Sp. z o.o. w sposób zgodny z przepisami ustawy Pzp. Zamawiający podniósł brak zaistnienia przesłanek określonych art. 224 ust. 1 Pzp w zadaniu nr 1, które powodowałyby powstanie obowiązku żądania od wykonawców wyjaśnień i dowodów w zakresie wyliczenia ceny oferty — jej istotnej części, ponieważ zarzut Odwołującego nie znajduje żadnego uzasadnienia prawnego ani faktycznego w przedmiocie prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zdaniem Zamawiającego, oferty złożone w zadaniu nr 1, kwestionowane przez Odwołującego nie zawierają rażąco niskiej ceny całkowitej, nie wystąpiły po stronie Zamawiającego żadne wątpliwości w zakresie zarówno cen ogółem wynikających z ofert ani w zakresie oferowanych cen jednostkowych czynności składających się na całość oferty — wyszczególnionych w treści Załącznika nr 3 do Specyfikacji Warunków Zamówienia (pozycje od nr 1 do nr 12: sprzątnięcie wewnętrzne pomieszczeń z określoną częstotliwością serwisu i utrzymania porządku), ani też nie budzą wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia.

Przedstawiona argumentacja, mająca uzasadnić słuszność podnoszonego zarzutu, w żadnej mierze nie powoduje powzięcia chociażby nikłych wątpliwości co do wysokości oferowanych cen jednostkowych i cen całkowitych - czterech wyszczególnionych w odwołaniu wykonawców. Ponadto, zdaniem Zamawiającego, Odwołujący nie ma i nie miał interesu w uzyskaniu tego zamówienia ani nie poniósł i nie może ponieść szkody w tym zakresie;

Przedstawione stanowisko Odwołującego, podnoszone zarówno w toku procesu badania i oceny ofert zgłoszenie Zamawiającemu informacji o czynności niezgodnej z dnia 09.05.2023 r. oraz 13.06.2023 r. jak i w odwołaniu wraz z zobrazowaniem danych liczbowych ma charakter własnej opinii opartej na przyjętych indywidualnych założeniach i ogólnej metodyce obliczeń przez samego Odwołującego, nie uzasadnia twierdzeń i zarzutów Odwołującego. Taki stan sprawy powoduje, że wniesione zarzuty są bezzasadne a kreowanie danych liczbowych i przedstawianie ich części w zakresie korzystnym dla Odwołującego jest niedopuszczalne.

Dokonując oceny cen jednostkowych (poz.nr 2) za poszczególne czynności Odwołujący błędnie uznał je za istotne składniki ceny, nie podejmując nawet próby wykazania takiej istotności. Zestawienie różnych cen nie może stanowić też dowodu, że tylko cena najwyższa jest realna a pozostałe są nierynkowe. Nie świadczy to o zaoferowaniu ceny rażąco niskiej lecz jedynie o prawidłowym funkcjonowaniu gospodarki rynkowej.

Zamawiający podkreślił, że każdy z wykonawców kalkuluje cenę oferty z uwzględnieniem stosowanej przez siebie polityki cenowej i zewnętrznych warunków prowadzonej działalności, doświadczenia w realizacji takich usług jak i znajomości potrzeb i wymagań Zamawiającego, do czego Odwołujący również merytorycznie się nie odniósł w kontekście wykazania zasadności żądania wyjaśnień i dowodów od wszystkich pozostałych wykonawców w zakresie wysokości elementów cenotwórczych. To, że Odwołujący oferuje bardzo wysokie ceny nie oznacza, że inny wykonawca

nie może zaoferować niskiej ceny (np. wyrok KIO z 24.02.2022 r. KIO 207/22).

Zamawiający w treści SWZ nie żądał od wykonawców kalkulacji cen ani kosztów. Generalnie wykonawcy w takiej sytuacji mogą więc swobodnie przenosić koszty pomiędzy poszczególnymi pozycjami formularza ofertowego, gdyż SWZ nie zawiera w tym przedmiocie żadnych zakazów ani zastrzeżeń, tym bardziej, że wykonawcy realizując taką usługę, poszczególne czynności łączą ze sobą, wykonując je prawie jednocześnie. Poszczególne czynności realizacji usługi są ze sobą związane — strategia logistyczna wykonawcy, zamysł i sposób realizacji usługi, umiejętne wykorzystanie maszyn i urządzeń, zasobów ludzkich, jest w tym przypadku istotne i ma wpływ na cenę, minimalizowanie kosztów i nakładów pracy przy osiągnięciu tzw. rezultatu.

Zamawiający wskazał, że każdy z wykonawców miał możliwość udziału w wizji lokalnej (Rozdział 3 ust. 10 SWZ), gdzie poznanie obiektów, układ lokacyjny, odległości do pokonania pozwala na minimalizowanie kosztów pracy urządzeń, czasu pracy personelu, umożliwia realizację czynności w ciągłości na kilku budynkach danego kompleksu.

Zamawiający w treści Załącznika nr 4 do SWZ wyraźnie i jednoznacznie wskazał, że „W gestii Wykonawcy pozostaje zorganizowanie realizacji usługi w taki sposób, że zapewniona zostanie cykliczna weryfikacja przez Wykonawcę stanu czystości (dogłębne, sprawdzanie) w konsekwencji czego podjęte będą niezwłocznie czynności mające na celu zlikwidowanie ujawnionych nieprawidłowości w realizacji usługi” oraz Wykonawca jest zobowiązany do dysponowania wystarczającą liczbą osób przeznaczonych do realizacji usługi /i/ lub do wykonywania poszczególnych czynności w sposób niezakłócony i ciągły i w wymaganym przez Zamawiającego czasie oraz do dysponowania wystarczającymi środkami, urządzeniami, narzędziami, sprzętem, środkami czystości i transportem gwarantującym kompleksową realizację usługi”.

Zamawiający w Rozdziale 12 ust. 3 SWZ wskazał, iż „Cena podana w ofercie musi obejmować w kalkulacji wszystkie koszty i składniki związane z wykonaniem przedmiotu zamówienia oraz warunkami stawianymi przez Zamawiającego w treści projektowanych warunków umowy. Cena może być tylko jedna, nie dopuszcza się wariantowości cen.” Cena stanowiąca cenę oferty a nie pojedynczych cen jednostkowych, które zostały zdefiniowane w Rozdziale 12 ust. 2 pkt. 1) SWZ. Zamawiający nie określił, że cena jednostkowa ma obejmować wszystkie czynniki cenotwórcze. Zamawiający nie narzucał wykonawcom sposobu ujęcia - uwzględnienia kosztów ani zysku, ani przyjęcia metodologii kalkulacji ceny i wszystkich elementów cenotwórczych.

Zamawiający podkreślił, że treść umowy nie wskazuje, iż każda pozycja składająca się na dane zadanie będzie rozliczana osobno, stanowiąc samodzielne wynagrodzenie wykonawcy. Specyfika usługi wskazuje wprost na wielotorowe realizowanie usług w tym samym czasie (rozliczanie miesięczne za pełen zakres usług) określonym w SWZ.

Kwestionowane przez Odwołującego ceny jednostkowe — poz. nr 2 - nie stanowią istotnych części składowych w stosunku do „globalnego przedmiotu zamówienia” bo w rzeczywistości stanowią wyłącznie podstawę ustalenia ceny za zrealizowaną określoną część usługi, która została określona przez Zamawiającego przedmiotowo i wielkościowo /m²/.

Odwołujący działa w przekonaniu co do słuszności swojego zarzutu, bez poparcia go jakimikolwiek dowodami.

Twierdzenia Odwołującego nie są poparte konkretnymi danymi liczbowymi ani żadną szczegółową klasyfikacją rodzajową kosztów. Odwołujący uzasadnia swoje stanowisko przez pryzmat cen, jakie sam zaoferował, odnosząc się do jednej pozycji z 12-stu, tj. do nr 2 formularza ofertowego, w której cena Odwołującego wyraźnie odbiega, jako jedyna, od cen pozostałych oferentów: pomieszczenia w obiektach kubaturowych utrzymywanie w czystości - serwis dzienny 7 dni w tygodniu, gdzie Odwołujący miał cenę jednostkową zdecydowanie wysoką 10,32 zł, Zamawiający wycenił tę pozycję na 3,57 zł, a pozostali oferenci ECOPLAN - 4,51 zł, DGP-3,60 zł, Praxima-5,68 zł i MOP-8,80 zł. Odwołujący odniósł się natomiast do pozycji, w których był najtańszy np. poz. nr 3 - serwis dzienny w dni robocze - Odwołujący 2,89 zł, oferta z najwyższą ceną jednostkową MOP - 7 70 zł.

Analiza wykonana przez Zamawiającego wskazuje na realną i porównywalną ocenę ofert m.in. w zakresie elementów składowych wobec zakresu usług. Przedstawienie natomiast przez Odwołującego argumentacji wraz z załączoną bardzo ogólną tabelą nie jest miarodajne, i uwzględnia tylko subiektywny, jednostronny punkt widzenia Odwołującego. Odwołujący pominął również fakt, iż zakwestionowane ceny co do ich wysokości nie odbiegały istotnie od cen innych oferentów ale to ceny Odwołującego odbiegały od cen pozostałych oferentów. Odwołujący ocenił ceny jednostkowe bardzo wybiórczo i do tego według własnych ogólnych założeń, pomijając możliwości metod przyjętych przez pozostałych oferentów m.in. w zakresie założeń kalkulacyjnych i przyjętych — dopuszczalnych metod organizacji prac oraz kategorii ponoszonych przez wykonawców (zakładanych) kosztów zależnych od działalności gospodarczej, sposobu realizacji świadczeń, organizacji przedsiębiorstwa (koszty bezpośrednie jak i pośrednie mające wpływ na realizację zamówienia). Powyższy brak zasadniczych elementów w twierdzeniach Odwołującego w sposób oczywisty nie stanowił i nie stanowi dla Zamawiającego podstawy do powzięcia uzasadnionych wątpliwości co do wysokości elementów cenowych pozostałych oferentów.

Zamawiający wyjaśnił, że dokonał m.in. porównania procentowego udziału powierzchni i wartości w całości oferty

firmy DGP i AWIMA. W ofercie DGP istnieje korelacja pomiędzy procentowym udziałem powierzchni do sprzątnięcia i procentowym udziałem wartości w całości oferty. Ponadto, procentowy udział kosztów w ofercie DGP jest bardziej zbliżony do procentowego podziału powierzchni niż w ofercie firmy AWIMA.

Przypuszczenia Odwołującego, które wyraża w treści uzasadnienia, nieobiektywne i niewyczerpujące, fragmentaryczne założenia kalkulacyjne, subiektywna ocena — w głównej mierze sprowadzająca się do analizy postanowień SWZ i warunków umowy oraz polemiki w odniesieniu do znajomości prawodawstwa, orzecznictwa w przedmiocie zasad przeprowadzania analiz cenowych zamiast do faktów, nie uprawniają Odwołującego do kierowania zarzutów, które same w sobie są bezpodstawne.

Wykonawca kwestionujący inną ofertę (oferty) nie może poprzestać na ogólnym zanegowaniu prawidłowości ceny, bez choćby uprawdopodobnienia własnych twierdzeń czy poparcia ich szczegółowymi danymi i obliczeniami — wyrok z 03.04.2017 r., KIO 519/17.

Argumentacja Odwołującego jest wybiórcza, ogólna, dotyczy w zasadzie jednej z dwunastu pozycji oferowanych usług sprzątnięcia pomieszczeń (pozycja nr 2) i jest oparta na błędnych założeniach, nieuwzględniających specyfiki warunków realizacyjnych — założeń w opisie przedmiotu zamówienia, zawartych przez Zamawiającego w dokumentacji postępowania (SWZ).

Zarzut rażąco niskiej ceny w pozycji numer 2 formularzy ofertowych w zadaniu nr 1 jest gołosłowny i pozbawiony jakiegokolwiek znaczenia dla oceny, iż ceny w tej pozycji są rażąco niskie i budzą wątpliwości co do możliwości realizacji zamówienia. Ceny ofertowe w pozycji nr 2 (zadanie nr 1) nie stanowią istotnej części składowej oferty, ponieważ ich wartość nie wpływa w znaczący sposób na cenę całkowitą ofert, a więc nie przyczyniają się w znacznym stopniu do powstania kosztów wykonawców. Również nie ma ona wpływu na wykonanie zamówienia ze względu na całkowitą cenę za zadanie nr 1, jak i ze względu na rozmiar kubatury do realizacji usługi w tej części zadania.

Zarzut Odwołującego, że „Wykonawcom nie wystarczy wynagrodzenie nawet na pokrycie kosztów osobowych” jest nielogiczny, zupełnie niezrozumiały, skoro sam Odwołujący skalkulował, że całkowity koszt zatrudnienia w okresie trwania umowy wynosi 516.997,23 zł, a oferta z najniższą ceną opiewa na kwotę 7.383.128,06 zł.

Pozycją mającą faktycznie największe pod względem wartości znaczenie jest pozycja nr 1, która w przypadku oferty najkorzystniejszej ma udział niemal 50%. Kolejne miejsca mają pozycje 4 oraz 5, które łącznie wynoszą niemal 32% całości wartości oferty konsorcjum DGP dla zadania nr 1.

Odwołujący, w zakresie dwóch z trzech pozycji formularza najbardziej istotnych pod względem wartości zadań, złożył ofertę najdroższą. W zakresie czynności objętej pozycją nr 1 (50% całości złożonej oferty) oferta najkorzystniejsza różni się tylko 1% w stosunku do ceny średniej za realizację tej czynności, a stawka Odwołującego jest wyższa o ponad 25% od ceny średniej.

Zamawiający wyjaśnił, że w procesie szacowania zamówienia przed wszczęciem postępowania — zawyżył szacunek na podstawie uprzednio prognozowanych wzrostów cen w zakresie usług. Spowodowało to konieczność jego weryfikacji, co w konsekwencji skutkowało ustaleniem aktualizacji szacunku przed wszczęciem postępowania na poziomie niższym niż pierwotnie zakładany.

Oferowane przez wykonawców ceny są na poziomie cen obowiązujących w umowie numer 232/20/1NFR/W z 30.11.2020 r. (w trakcie umowy waloryzowanych do obecnie realnych — dokumentacja aneksów) gwarantując realizację zamówień według tych samych niezmiennych wymagań Zamawiającego z gwarancją osiągnięcia zysku. Zamawiający wskazał, że zgodnie z treścią ustawy Pzp, wykonawca będzie miał prawo do waloryzacji wynagrodzenia w związku ze zmianą wysokości minimalnego wynagrodzenia w przypadku wzrostu cen i kosztów realizacji, mając wpływ na koszty jego wykonania.

Analizując wysokość cen oferty w części jej istotnych elementów (tj. poz. 1,4,5) porównując je do cen tych samych części przedmiotu umowy (obecnie obowiązującej) na identyczny przedmiot zamówienia, to ceny oferowane obecnie chociażby przez wykonawcę z najniższą ceną są porównywalne.

Podważając przed KIO cenę oferowaną przez innego Wykonawcę trzeba wykazać jej nierealność. Temu obowiązki Odwołujący uchybił.

W sposób jednoznaczny, ze stanu faktycznego i dokumentacji postępowania wynika, iż nie wystąpiła żadna okoliczność, o której mowa w art. 224 ust. 1 Pzp, tj. nie wystąpiła sytuacja w zakresie żadnej ze złożonych w zadaniu nr 1 ofert, gdzie zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydawałyby się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budziłyby wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia.

Nie wystąpiła również żadna z okoliczności, o których mowa w art. 224 ust. 2 Pzp, w konsekwencji żaden przepis Prawa zamówień publicznych w tym art. 16 pkt. 1, 2, 3 ustawy Pzp nie został naruszony. Wybór oferty najkorzystniejszej nastąpił zgodnie z obowiązującymi przepisami Prawa zamówień publicznych (art. 17 ust. 2 Pzp, art. 239 Pzp), a także w myśl art. 44 ustawy o finansach publicznych.

Przeprowadzony również audyt pięciu złożonych w zadaniu nr 1 ofert przez audytora — specjalistę ds. ekonomiczno-finansowych - branżystę w przedmiocie zamówienia, jednoznacznie potwierdza, że obowiązkiem Zamawiającego w myśl ustawy Prawo zamówień Publicznych jest wybór oferty Konsorcjum DGP w zadaniu nr 1, jako najkorzystniejszej.

Prowadzone postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest realizowane na specyficzną usługę rezultatu, w postaci utrzymania czystości w budynkach. Zastosowanie przez wykonawców różnorodnej metodyki obliczeń kalkulacji cen, kosztów i zysku powoduje pewne rozbieżności cenowe z zastrzeżeniem, iż ceny ogółem za zadanie są w sposób oczywisty porównywalne. Powyższe potwierdza, iż oferowane najniższe ceny nie są rażąco niskie. Zebrany w całości materiał dowodowy w aktach sprawy, jak i przedstawiona argumentacja w zajętych powyżej stanowiskach potwierdza, iż w pełni uzasadnionym, oszczędnym i gospodarnym w myśl art. 44 u.o.f.p. jest dotychczasowy wybór oferty nr 3.

Zamawiający wniósł także o oddalenie odwołania na podstawie art. 553 Pzp z uwagi na fakt, że wbrew dyspozycji art. 505 ust. 1 Pzp, Odwołujący nie ma i nie miał interesu w uzyskaniu tego zamówienia ani nie poniósł i nie może ponieść szkody w tym zakresie.

W treści oświadczenia w zakresie art. 505 ust. 1 Pzp, Odwołujący bardzo lakonicznie sformułował swój interes we wniesieniu odwołania i pewność hipotetycznej eliminacji pozostałych czterech oferentów. Odwołujący nie powołał się na fakt, że poniósł lub może ponieść szkodę skutkiem naruszenia przez Zamawiającego określonych skonkretyzowanych przepisów ustawy. Uwzględnienie odwołania w części dotyczącej zadania nr 1 nie spowoduje generalnie zmiany statusu Odwołującego ani jego przywrócenia w tym postępowaniu ani też nie ma na celu jego ochrony lub wzmocnienia. Odwołujący nie wykazał, że skutkiem naruszenia przepisów Ustawy zarzucanych w treści odwołania poniósł lub może ponieść szkodę a nawet nie powołał się na sam fakt jej poniesienia. Dopiero zarzut zaniechania odrzucenia ofert z pozycji rankingowej nr 2, nr 3, nr 4 jak i zasadności zarzutów wobec oferty z pozycji rankingu nr 1 dawałby taką możliwość. Wszystkie oferty w pozycjach rankingu (streszczenie punktowe oceny ofert) jak wyżej już zostały sklasyfikowane i spełniają warunki udziału w postępowaniu oraz brak jest podstaw wykluczenia tych wykonawców (np. wyrok z 26.10.2020 r. KIO 2540/20).

Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniając dokumentację postępowania, dokumenty zgromadzone w aktach sprawy i wyjaśnienia złożone przez strony i uczestnika postępowania odwoławczego, ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał posiadanie legitymacji materialnoprawnej uprawniającej do wniesienia odwołania, stosownie do dyspozycji art. 505 ust. 1 Pzp. Izba nie uwzględniła zarzutu Zamawiającego, co do braku po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz braku możliwości poniesienia szkody przez Odwołującego - w sytuacji wniesienia odwołania wobec czynności wezwania do wyjaśnień czterech wykonawców, poprzedzających w rankingu ofert Odwołującego, która to czynność, w przypadku uznania, że powinna być wykonana przez Zamawiającego, mogłaby doprowadzić ostatecznie do odrzucenia ww. ofert, i w konsekwencji – do zmiany rankingu ofert w postępowaniu na korzyść Odwołującego. Hipotetycznie czynność wezwania mogłaby skutkować odrzuceniem tych ofert i wówczas oferta Odwołującego mogłaby zostać wybrana jako najkorzystniejsza, nie można bowiem wykluczyć, że złożone przez wykonawców wyjaśnienia potwierdziłyby rażąco niskie ceny ich ofert. Jednocześnie ewentualne zarzuty zaniechania odrzucenia ww. ofert na obecnym etapie należałoby uznać za przedwczesne, bowiem odrzucenie ofert nie może nastąpić bez uprzedniego umożliwienia wykonawcom złożenia stosownych wyjaśnień.

Izba uznała za skuteczne przystąpienie wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie – Konsorcjum w składzie: DGP Clean Partner Sp. z o.o., CTG Sp. z o.o., 4 OP Sp. z o.o., Security 24 Sp. z o.o., z siedzibą lidera w Warszawie - do postępowania odwoławczego w niniejszej sprawie po stronie Zamawiającego, stosownie do wymogów art. 525 ust.1-3 Pzp.

Izba ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest świadczenie usług w zakresie sprzątnia w obiektach kubaturowych w miejscowościach Grudziądz, Gardeja, Grupa, Brodnica, Grubno, zgodnie ze wskazanym przez Zamawiającego opisem, zakresem w określonych częstotliwościach oraz wymaganiami zawartymi w Rozdziale 3 SWZ, Załączniku nr 1 do SWZ, Załączniku Nr 3 do SWZ i Załączniku nr 4 do SWZ, z podziałem na zadania, przy czym Zadanie nr 1 obejmuje: usługę sprzątnia w obiektach kubaturowych w Grudziądzu i Gardai. Oferty na tę część zamówienia złożyło pięciu wykonawców, w tym Odwołujący oraz wykonawca Zakład Sprzątnia Wnętrz J. J. MOP 83 Sp. z o. o., Konsorcjum: Praxima Krakpol Sp. z o.o, Impel Facility Services Sp. z o.o, Konsorcjum: DGP Clean Partner Sp. z o.o, CTG Sp. z o.o., 4 OP Sp. z o.o., Security 24 Sp. z o.o. oraz wykonawca ECO-PLAN SA. Żadna ze złożonych ofert nie jest niższa o min. 30 % od wartości zamówienia. Najdroższą ofertą jest oferta Odwołującego, natomiast pozostałe 4 oferty są zbliżone do siebie cenowo. W pozycji nr 2 formularza cenowego „2.Pomieszczenia w obiektach kubaturowych utrzymanie w

czystości-serwis dzienny 7 dni w tygodniu” Odwołujący zaoferował cenę najwyższą, istotnie przewyższającą pozostałe oferty.

W Rozdziale 12 SWZ „Sposób obliczenia ceny” Zamawiający określił, jak należy wykazać ceny w formularzu ofertowym. Zamawiający nie wymagał, aby każda cena jednostkowa obejmowała wszystkie czynniki cenotwórcze. W Rozdziale 12 ust. 3 SWZ Zamawiający wskazał jednoznacznie, że „Cena podana w ofercie musi obejmować w kalkulacji wszystkie koszty i składniki związane z wykonaniem przedmiotu zamówienia oraz warunkami stawianymi przez Zamawiającego w treści projektowanych warunków umowy. Cena może być tylko jedna, nie dopuszcza się wariantowości cen.” Wymagania powyższe dotyczą zatem ceny stanowiącej cenę oferty, a nie pojedynczych cen jednostkowych, które zostały zdefiniowane w Rozdziale 12 ust. 2 pkt. 1) SWZ.

Prowadzone postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest realizowane na usługę utrzymania czystości w budynkach, tj. usługę rezultatu, którego osiągnięcie jest możliwe w różny sposób. Nie ma jednego wzorca tej usługi, każdy wykonawca może organizować taką usługę inaczej w zależności od swoich zasobów – sprzętu, personelu, doświadczenia i organizacji pracy, itp. Jak słusznie zauważył Zamawiający, w przypadku tych usług możliwa i uzasadniona jest jednoczesna, wielotorowa realizacja usług w czasie określonym przez Zamawiającego w SWZ (OPZ). Usługi muszą być świadczone kompleksowo.

Nie znajduje oparcia w dokumentach zamówienia twierdzenie Odwołującego, że koszty prac, w tym koszty zakupu materiałów, sprzętu, robocizny należało ująć w adekwatnych do nich pozycjach kosztorysu ofertowego lub w pozycjach ściśle z nimi związanych. Zamawiający w treści Załącznika nr 4 do SWZ wskazał, że „W gestii Wykonawcy pozostaje zorganizowanie realizacji usługi w taki sposób, że zapewniona zostanie cykliczna weryfikacja przez wykonawcę stanu czystości (dogłębne, sprawdzanie) w konsekwencji czego podjęte będą niezwłocznie czynności mające na celu zlikwidowanie ujawnionych nieprawidłowości w realizacji usługi”

Zgodnie z SWZ, Wykonawca jest zobowiązany do dysponowania wystarczającą liczbą osób przeznaczonych do realizacji usługi i/lub do wykonywania poszczególnych czynności w sposób niezakłócony i ciągły i w wymaganym przez Zamawiającego czasie oraz do dysponowania wystarczającymi środkami, urządzeniami, narzędziami, sprzętem, środkami czystości i transportem gwarantującym kompleksową realizację usługi”. Wykonawcy mieli także możliwość udziału w wizji lokalnej (zgodnie z Rozdziałem 3 ust. 10 SWZ), gdzie poznanie obiektów, układ lokacyjny, odległości do pokonania pozwala na minimalizowanie kosztów pracy urzędników, czasu pracy personelu, umożliwia realizację czynności w ciągłości na kilku budynkach danego kompleksu.

Zgodnie z powyższym, Zamawiający nie narzucił wykonawcom sposobu ujęcia kosztów lub zysku ani metodologii kalkulacji ceny i elementów cenotwórczych. Zamawiający jednoznacznie określił wymagany zakres usług, ich częstotliwość, powierzchnię do sprzątnięcia, rodzaj pomieszczeń, które to elementy nie ulegają zmianie na przestrzeni realizacji umowy - tzw. „obmiar” w tym przypadku nie ulega zmianie. Ceny jednostkowe stanowią wyłącznie podstawę ustalenia ceny za zrealizowaną określoną część usługi, która została określona przez Zamawiającego przedmiotowo i wielkościowo za m².

Ponadto, jak wynika z opisu przedmiotu zamówienia oraz rzeczowych wyjaśnień Zamawiającego w tym zakresie w odpowiedzi na odwołanie, kwestionowane przez Odwołującego ceny jednostkowe w poz. nr 2 formularza ofertowego nie stanowią istotnych części składowych w stosunku do „globalnego przedmiotu zamówienia”. To pozycja nr 1 w przypadku oferty najkorzystniejszej ma udział wartościowy niemal 50% w całości zamówienia. Kolejne miejsca mają pozycje nr 4 oraz nr 5, które łącznie wynoszą niemal 32% całości wartości oferty Konsorcjum DGP w zadaniu nr 1.

Stanowisko Odwołującego oparte na opracowanym przez Odwołującego zestawieniu kosztów zatrudnienia personelu na potrzeby realizacji usług opisanych w poz. nr 2 formularza ofertowego, ma charakter subiektywny. Odwołujący przyjął własne założenia i metodykę obliczenia tych kosztów, nie uwzględniając żadnych indywidualnych czynników i okoliczności dotyczących poszczególnych wykonawców, których oferty podważał w ramach zarzutów odwołania. Każdy z wykonawców mógł bowiem skalkulować cenę oferty, w tym ceny jednostkowe z uwzględnieniem własnej organizacji, doświadczenia, stosowanej polityki cenowej i dostępnych mu warunków prowadzonej działalności, a także znajomości potrzeb i wymagań Zamawiającego. Odwołujący przedstawił argumentację przez pryzmat cen, jakie sam zaoferował w jednej z 12-stu pozycji, w której Odwołujący wskazał cenę jednostkową (10,32 zł) zdecydowanie wyższą niż pozostali wykonawcy (ECO PLAN - 4,51 zł, Konsorcjum DGP-3,60 zł, Praxima - 5,68 zł i MOP - 8,80 zł) oraz wyższą niż wartość szacowana przez Zamawiającego w tej pozycji (3,57 zł). Odwołujący pominął natomiast pozycje, w których jego ceny były najniższe, co świadczy o wybiórczym i jednostronnym podejściu w tej sprawie. Dodatkowo należy wskazać, że obliczenia Odwołującego zawierają błędy, co zauważył Przystępujący, a czemu Odwołujący nie zaprzeczył.

Biorąc pod uwagę powyższe okoliczności, Izba uznała za niezasadniony zarzut naruszenia art. 224 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1, 2 i 3 Pzp, poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum DGP oraz wykonawców: ECO - PLAN, IMPEL MOP 83 do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny.

W świetle postanowień SWZ, możliwe jest zastosowanie przez wykonawców różnorodnej metodyki obliczeń i kalkulacji cen, kosztów i zysku, co może powodować różnice cenowe w ofertach za poszczególne rodzaje usług u różnych wykonawców.

W postępowaniu porównaniu podlegają jednak ceny ogółem za całe zadanie, a nie ceny jednostkowe. Zamawiający w treści SWZ nie sformułował jakichkolwiek wymagań co do sposobu kalkulacji cen jednostkowych.

Zgodnie z art. 224 ust. 1 Pzp, jeżeli zaofferowana 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.

Przepis powyższy wskazuje okoliczności, w których zamawiający ma obowiązek wystąpić do wykonawcy z wezwaniem o złożenie wyjaśnień. Niepodjęcie tej czynności wbrew ustawowemu obowiązkowi stanowi naruszenie ww. normy. Podobnie jednak naruszeniem tego przepisu jest wezwanie wykonawcy do wyjaśnień, pomimo że nie wystąpiły przesłanki uzasadniające takie wezwanie.

Ze stanu faktycznego ustalonego w niniejszej sprawie wynika, że nie wystąpiła żadna okoliczność, o której mowa w art. 224 ust. 1 Pzp, w odniesieniu do którejkolwiek ze złożonych w zadaniu nr 1 ofert,

W świetle brzmienia art. 224 ust. 1 Pzp nie budzi żadnych wątpliwości fakt, że badanie oferty pod względem rażąco niskiej ceny lub kosztu dotyczy nie tylko przypadku, gdy cena lub koszt wskazane w ofercie wydają się rażąco niskie i budzą wątpliwości zamawiającego, lecz także przypadku, gdy rażąco niskie wydają się lub budzą wątpliwości zamawiającego ich istotne części składowe. Pojęcie istotności części składowej ceny lub kosztu należy interpretować m.in. przez odniesienie znaczenia danego elementu przedmiotu zamówienia w stosunku do całości.

W niniejszym postępowaniu Odwołujący nie wykazał istotności pozycji nr 2 w odniesieniu do przedmiotu zamówienia objętego zadaniem nr 1 ani w znaczeniu wartościowym, ani też w znaczeniu merytorycznym. Jak wynika z OPZ, poz. nr 2 formularza ofertowego, kwestionowana przez Odwołującego, ma niewielki udział w całości przedmiotu zamówienia. Miernikiem istotności jest w tym przypadku powierzchnia podlegająca sprzątnięciu oraz wartość tych prac. Jak wskazał Zamawiający, czemu Odwołujący nie zaprzeczał, w zadaniu nr 1 największe znaczenie ma pozycja nr 1, która w przypadku oferty najkorzystniejszej ma udział niemal 50% w wartości oferty, kolejne miejsce ma pozycja nr 4 oraz nr 5, które łącznie wynoszą niemal 32% całości wartości oferty Konsorcjum DGP.

W ocenie Izby w niniejszej sprawie Odwołujący nie uprawdopodobnił twierdzenia, że Zamawiający powinien powziąć wątpliwości co do sposobu wyliczenia ceny przez wykonawcę DGP i pozostałych wykonawców w kontekście znamion rażąco niskiej ceny. Odwołujący nie wykazał, że wskazane cztery oferty nie uwzględniają wszystkich niezbędnych kosztów, koniecznych do prawidłowej realizacji zamówienia.

Zamawiający nie narzucił bowiem w SWZ ani ilości osób, ani ilości etatów potrzebnych do realizacji zamówienia. Zamawiający nie wymagał również, aby pracownicy byli dedykowani wyłącznie do określonego zakresu pracy.

Dodatkowo, Przystępujący przedłożył do akt sprawy wyliczenie ilości etatów do realizacji usług w budynku nr 2 i nr 5, przy założeniach przyjętych przez Odwołującego odnośnie ilości godzin pracy, wykazując, że Odwołujący błędnie obliczył wielkość 2,98 etatu, zamiast 2.82 etatu. Przystępujący przedłożył również, jako dowód wyliczenie wskazujące, że biorąc pod uwagę, że w budynku nr 2 i nr 5 jest wymagany ten sam zakres czynności do wykonania, co wynika z opisu tych czynności i godzin przedstawionych w kartach opisowych dla obu tych budynków oraz metodologię obliczeń Odwołującego, to Odwołujący powinien być przyjąć również dla budynku nr 2, że pracownik musi być obecny w pełnym wymiarze zakreślonym przez Zamawiającego tylko dla tych czynności, a nie jak przyjął - jedynie 3 godziny. Gdyby zaś sposób liczenia czasu pracy przyjął tak samo w obu budynkach, to obliczone koszty pracy przekroczyłyby wysokość ceny na usługi realizowane w budynku nr 2 w tej pozycji w ofercie złożonej przez Odwołującego. Odwołujący nie wyjaśnił przy tym dlaczego dla budynku nr 2 do swoich wyliczeń przyjął tylko ok. 3h dziennie, natomiast dla budynku nr 5 przyjął pracę w pełnym zakresie czasowym wskazanym przez Zamawiającego. Powyższe wskazuje na niespójność stanowiska i metodologii obliczeń, które posłużyły Odwołującemu do uzasadnienia odwołania. Przystępujący przedłożył natomiast jednoznaczny dowód, w postaci własnej kalkulacji pozycji cenowej nr 2 formularza ofertowego, z której wynika, że dla budynku nr 2 i nr 5 konieczne jest w miesiącu zatrudnienie osób w wymiarze 1,26 etatu (które będzie wykonywało 6 osób. Przystępujący przedłożył także wyliczenia kosztów wynagrodzenia pracowników w tej pozycji wraz z kosztami materiałów i sprzętu oraz zysk na potwierdzenie, że wszystkie koszty w jego ofercie zostały skalkulowane prawidłowo.

W świetle powyższego, przedstawiona przez Odwołującego kalkulacja kosztów zatrudnienia pracowników obliczona dla pozycji nr 2 formularza ofertowego nie jest wystarczająca do wykazania naruszenia ww. przepisów ustawy Pzp. Kalkulacja ta nie stanowi w szczególności dowodu na okoliczność, że Zamawiający powinien być powziąć wątpliwości co do wysokości cen czterech ofert poprzedzających w rankingu ofert – ofertę Odwołującego. Podkreślić należy, że wykonawca kwestionujący inne oferty nie może poprzestać na ogólnym jedynie zanegowaniu prawidłowości

ceny oferty innego wykonawcy. Ma on bowiem obowiązek przynajmniej uprawdopodobnić swoje zarzuty, skonkretyzować je w stosunku do poszczególnych ofert i wykonawców, co w niniejszej sprawie nie nastąpiło ze strony Odwołującego. Również jedynie generalne twierdzenie Odwołującego, że wszystkie działania i zaniechania Zamawiającego przedstawione w odwołaniu stanowią dowód na fakt, że postępowanie było prowadzone w sposób naruszający zasadę równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji oraz przejrzystości, określone w art. 16 pkt 1, 2 i 3 Pzp, nie zostało potwierdzone ani uprawdopodobnione przez Odwołującego jakimkolwiek wiarygodnym dowodem i z tego względu zarzut nie zasługiwał na uwzględnienie.

W konsekwencji braku potwierdzenia się zarzutu dotyczącego zaniechania przez Zamawiającego wezwania do wyjaśnień wykonawców: Konsorcjum DGP, ECO-PLAN, IMPEL oraz MOP 83 w zakresie pozycji nr 2 formularza cenowego, zarzut naruszenia art. 239 ust. 1 Pzp, poprzez dokonanie wyboru oferty złożonej przez Konsorcjum DGP, jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu, jest niezasadny. Zamawiający dokonał wyboru oferty, nie naruszając wskazanych w odwołaniu przepisów ustawy Pzp, w szczególności nie zaniechał, wbrew przepisom ustawy Pzp, czynności wezwania czterech wskazanych wykonawców, w tym wykonawcy, które oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, do wyjaśnień na podstawie art. 224 ust. 1 Pzp, a tym samym nie naruszył art. 239 ust. 1 Pzp.

Uwzględniając powyższy stan rzeczy, ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 553 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557 i art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.) oraz § 5 pkt 1 oraz § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z §9 ust. 3 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz.U. z 2020 r. 2437).

Przewodniczący: