

Sygn. akt: KIO 1432/16

WYROK
z dnia 16 sierpnia 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 sierpnia 2016 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 1 sierpnia 2016 r. przez wykonawcę: **AWIMA Sp. Jawna B. W., Józefów** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Ministerstwo Obrony Narodowej, Warszawa,**

przy udziale wykonawcy **P. F. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Clean Service P. F., Piaseczno** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

przy udziale wykonawcy **Impel Cleaning Sp. z o.o., Wrocław** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

- 1. oddala odwołanie,**
- 2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę: AWIMA Sp. Jawna B. W., Józefów, i:**
 - 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: **AWIMA Sp. Jawna B. W., Józefów** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

.....

Uzasadnienie

Zamawiający: Ministerstwo Obrony Narodowej z siedzibą w Warszawie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na: „wykonywanie usług sprzątania i utrzymania w czystości pomieszczeń oraz terenu zewnętrznego (powierzchnia zewnętrzna utwardzona oraz pielęgnacja i utrzymanie terenów zieleni) w kompleksach Urzędu MON przy Al. Niepodległości 218, ul. Rakowieckiej 4a, ul. Puławskiej 4a, ul. Rakowieckiej 2 oraz ul. Klonowej 1, 2 i 6 w Warszawie - V części”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod poz. 2016/S 072-126078 w dniu 13 kwietnia 2016 r.

Wykonawca: AWIMA Sp. Jawna B. W. w Józefowie wniósł odwołanie wobec:

1. zaniechania wezwania wykonawców: Clean Service P. F. (dalej jako: „Clean Service”) oraz Impel Cleaning Sp. z o.o. (dalej jako: „Impel Cleaning”) w zakresie części I, II i V, Impel Cleaning oraz Konsorcjum: M. B. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą M. B. BM.COMPLEX oraz J. B. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą J. B. Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe VIVA-AQUA (dalej zwane: „BM.COMPLEX”) w zakresie części III oraz Impel Cleaning w zakresie części IV - do udzielenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty, mających wpływ na wysokość ceny, co mogło doprowadzić do wyboru oferty zawierającej rażąco niską cenę, a tym samym podlegających odrzuceniu;

z ostrożności procesowej (w przypadku, jeśli Zamawiający zwrócił się w toku czynności badania ofert o udzielenie przedmiotowych wyjaśnień) - zaniechania odrzucenia ww. ofert;

2. wyboru oferty Clean Service, jako oferty najkorzystniejszej w części I, II, III, IV i V.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm.), zwanej dalej „Pzp”:

1. art. 90 ust. 1 Pzp, poprzez zaniechanie wezwania wykonawców: Clean Service, Impel Cleaning oraz BM.COMPLEX do udzielenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty, mających wpływ na wysokość ceny, co mogło doprowadzić do wyboru oferty zawierającej rażąco niską cenę, a tym samym - podlegającej odrzuceniu, z ostrożności procesowej (w przypadku, jeśli Zamawiający zwrócił się w toku czynności badania ofert o udzielenie przedmiotowych wyjaśnień) - naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia ofert Clean Service w części nr I, II i V, Impel Cleaning w części nr I, III, IV i V oraz BM.COMPLEX w części nr III, pomimo iż oferty ww. wykonawców zawierały rażąco niskie ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia;

2. art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu unieważnienia i powtórzenia czynności badania i oceny ofert w zakresie wskazanym w niniejszym odwołaniu, a w konsekwencji:

1) wezwania wykonawcy: Clean Service w części nr I, II i V, wykonawcy Impel Cleaning w części nr I, III, IV i V oraz wykonawcy BM.COMPLEX w części nr III na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp do udzielenia wyjaśnień dotyczących elementów ofert, mających wpływ na wysokość ceny, a w przypadku, jeśli takie wyjaśnienia były już składane, odrzucenie ww. ofert na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp;

2) wyboru oferty Odwołującego, jako najkorzystniejszej w częściach nr I, II, III, IV i V.

I. Zarzut naruszenia art. 90 ust. 1 Pzp, poprzez zaniechanie wezwania wykonawców: Clean Service, Impel Cleaning oraz BM.COMPLEX do udzielenia wyjaśnień dotyczących elementów ofert, mających wpływ na wysokość ceny, co mogło doprowadzić do wyboru oferty zawierającej rażąco niską cenę, a tym samym - podlegającej odrzuceniu, ewentualnie - naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia ofert złożonych przez Wykonawców: Clean Service w części nr I, II i V, Impel Cleaning w części nr I, III, IV i V oraz BM.COMPLEX w części nr III, pomimo iż oferty ww. Wykonawców zawierały rażąco niskie ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Odwołujący wskazał, że oferty: Clean Service w części nr I, II i V, Impel Cleaning w częściach nr I, III, IV i V oraz BM.COMPLEX w części nr III, powinny zostać odrzucone na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, bowiem przyjęte przez wykonawców koszty (ceny jednostkowe) za wykonywanie usług sprzątania powierzchni wewnętrznej są rażąco niskie i nie odzwierciedlają rzeczywistych cen rynkowych.

Zdaniem Odwołującego, w niniejszym postępowaniu pojęcie rażąco niskiej ceny należy odnosić do ceny jednostkowej ze względu na sposób wynagradzania wykonawcy. Wynagrodzenie miesięczne wykonawcy stanowić będzie iloczyn powierzchni faktycznie sprzątanej i ceny jednostkowej, podanej w szczegółowej kalkulacji formularza ofertowego. Dodatkowo, Zamawiający nie gwarantuje zakresu przedmiotu zamówienia (rzeczywistej powierzchni przedmiotowego zamówienia). Oczywistym jest zatem, że pojęcie rażąco niskiej ceny należy odnieść także do poszczególnych cen jednostkowych, które powinny być przedmiotem badania Zamawiającego na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp. W przedmiotowym postępowaniu łączna cena ofertowa służyć ma określeniu maksymalnego pułapu zobowiązań Zamawiającego z tytułu realizacji umowy, na co wskazuje § 11 ust. 5 Istotnych Postanowień Umowy (Załącznik nr 7 do SIWZ).

Skoro Zamawiający sporządził formularz cenowy i wymagał wyceny poszczególnych usług, jak również wprowadził do umowy zasady rozliczania według iloczynu powierzchni faktycznie sprzątanej w danym miesiącu i ceny jednostkowej, podanej w szczegółowej kalkulacji formularza ofertowego, to dla wykonawcy powinno być oczywiste, że Zamawiający wymaga realnej wyceny każdego z elementów zamówienia, a tym samym nie zezwala na dowolne przerzucanie kosztów w ramach wyceny oferty.

Część I zamówienia

Odwolujący podniósł, iż ceny jednostkowe netto za 1 m² powierzchni wewnętrznej płatnej za jeden miesiąc, wskazane przez Clean Service oraz Impel Cleaning są rażąco niskie.

W ofercie wykonawcy Clean Service, jako cenę jednostkową netto za 1 m² powierzchni wewnętrznej za jeden miesiąc wskazano kwotę 2.695.399,20 zł, zaś w ofercie Impel Cleaning - kwotę 2.228.887,80 zł.

Na wynagrodzenie wykonawców z tytułu realizacji przedmiotu zamówienia składają się: koszty zatrudnienia pracowników oraz materiały (m.in. środki czystości), które musi zapewnić wykonawca. Zamawiający zobowiązał wykonawców do zapewnienia bezpośredniej realizacji usług sprzątania i utrzymania czystości pomieszczeń przez 26 pracowników, w tym co najmniej 11 zatrudnionych na podstawie umowy o pracę. Koszt zatrudnienia jednego pracownika na podstawie umowy o pracę (biorąc pod uwagę realny koszt zatrudnienia pracownika przez pracodawcę przy zapewnieniu minimalnego wynagrodzenia za pracę brutto w 2016 r.) to kwota 2.231,28 brutto.

Minimalny koszt wynagrodzenia za pracę dla 25 pracowników przez okres 36 miesięcy wynosi zatem - 2.008.152 zł.

Biorąc pod uwagę fakt, iż na wykonawcy ciąży obowiązek zapewnienia zastępstwa za pracowników skierowanych do realizacji zamówienia w czasie ich przebywania na urlopach, zwolnieniach bądź w inne dni wolne od pracy (Załącznik nr 11 do SIWZ), przy ustalaniu wartości netto usługi, należy wziąć pod uwagę co najmniej koszty związane z koniecznością udzielenia urlopów wypoczynkowych i zatrudnieniem dodatkowych pracowników w czasie przebywania przez skierowanych do realizacji zamówienia pracowników na urlopach.

Na potrzeby niniejszego wyliczenia założono, iż każdy z 25 pracowników w ciągu 36 miesięcy wykorzysta 78 dni urlopu (tj. 26 dni urlopu rocznie - zgodnie z 154 § 1 pkt 1 ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. Kodeks pracy, Dz.U. z 2014, poz. 1502 ze zm.). Koszt zatrudnienia dodatkowych pracowników obliczono na podstawie wzoru:

- 2.231,28 zł (miesięczny koszt zatrudnienia pracownika)/20 (średnia ilość dni świadczenia usług w miesiącu kalendarzowym) = 111,56 zł

- 111,56 (stawka dzienna wynagrodzenia pracownika) x 78 (ilość dni urlopu wypoczynkowego przypadająca na jednego pracownika w ciągu 3 lat) = 8.701,68 zł

- 8.701,68 zł (koszt zatrudnienia jednego dodatkowego pracownika) x 25 (ilość pracowników)
= 217.542 zł

Koszt zatrudnienia dodatkowych pracowników wynosić będzie zatem średnio 217.542 zł. Kwotę tę należy dodać do sumy minimalnego wynagrodzenia za pracę dla 25 pracowników przez okres 36 miesięcy (tj. 2.008.152 zł).

Minimalny koszt zatrudnienia personelu przez okres 36 miesięcy wynosi zatem - 2.225.694 zł. Do kwoty tej należy także doliczyć koszty związane z nieobecnością pracowników przebywających na zwolnieniach lekarskich, bądź innych wolnych od pracy dniach oraz koszty materiałów potrzebnych do należytego świadczenia usług. Z ostrożności procesowej wskazać także należy, iż w przypadku zatrudniania osób niepełnosprawnych, w kosztach należy dodatkowo uwzględnić m.in. urlop wypoczynkowy, przewidziany w ustawie z dnia 27 sierpnia 1997 r. o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych (tj. Dz.U. z dnia 2011 r., Nr 127, poz. 721 ze zm.).

Część II zamówienia

Ceny jednostkowe netto za 1 m² powierzchni wewnętrznej za jeden miesiąc wskazane przez Clean Service oraz Impel Cleaning są rażąco niskie.

W ofercie wykonawcy Clean Service jako cenę jednostkową netto za 1 m kw. powierzchni wewnętrznej za jeden miesiąc wskazano kwotę 1.727.035,20 zł, natomiast w ofercie Impel Cleaning - kwotę 1.413.028,80 zł. Na cenę tę składają się koszty zatrudnienia pracowników oraz materiały (m.in. środki czystości), które musi zapewnić wykonawca.

Zamawiający zobowiązał wykonawców do zapewnienia bezpośredniej realizacji usług sprzątnięcia i utrzymania czystości pomieszczeń przez 20 pracowników. Koszt zatrudnienia jednego pracownika na podstawie umowy o pracę to kwota 2.231,28 brutto.

Minimalny koszt wynagrodzenia za pracę dla 20 pracowników przez okres 36 miesięcy wynosi średnio -1.606.521,60 zł.

Koszt zatrudnienia dodatkowych pracowników (na czas korzystania pracowników z urlopu) wynosić będzie średnio 174.033,60 zł. Kwotę tę należy dodać do sumy minimalnego wynagrodzenia za pracę dla 20 pracowników przez okres 36 miesięcy (tj. 1.606.521,60 zł).

Minimalny koszt zatrudnienia personelu przez okres 36 miesięcy wynosi zatem – 1780555,20 zł. Do kwoty tej należy także doliczyć koszty związane z nieobecnością pracowników przebywających na zwolnieniach lekarskich, bądź innych wolnych od pracy dniach oraz koszty materiałów potrzebnych do należytego świadczenia usług. W przypadku zatrudniania osób niepełnosprawnych w powyższych kosztach należy dodatkowo uwzględnić m.in. urlop wypoczynkowy przewidziany w ustawie o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych (tj. Dz.U. z dnia 2011 r., Nr 127, poz. 721 ze zm.).

Część III zamówienia

Ceny jednostkowe netto za 1 m² powierzchni wewnętrznej za jeden miesiąc wskazane przez BM.COMPLEX oraz Impel Cleaning są rażąco niskie.

W ofercie BM.COMPLEX jako cenę jednostkową netto za 1 m² powierzchni wewnętrznej za jeden miesiąc wskazano kwotę 307.008 zł, a w ofercie Impel Cleaning - kwotę 87.497,28 zł. Na cenę tę składają się koszty zatrudnienia pracowników oraz materiały (m.in. środki czystości), które musi zapewnić wykonawca.

Zamawiający zobowiązał wykonawców do zapewnienia bezpośredniej realizacji usług sprzątania i utrzymania czystości pomieszczeń przez 2 pracowników. Koszt zatrudnienia jednego pracownika na podstawie umowy o pracę (biorąc pod uwagę realny koszt zatrudnienia pracownika przez pracodawcę przy zapewnieniu mu minimalnego wynagrodzenia za pracę brutto w 2016 r.) to kwota 2.231,28 brutto.

Minimalny koszt wynagrodzenia za pracę dla 2 pracowników przez okres 36 miesięcy wynosi średnio -160.652,16 zł.

Koszt zatrudnienia dodatkowych pracowników (na zastępstwo w czasie urlopu) wynosić będzie średnio 17.403,36 zł. Kwotę tę należy dodać do sumy minimalnego wynagrodzenia za pracę dla 2 pracowników przez okres 36 miesięcy (tj. 160.652,16 zł).

Minimalny koszt zatrudnienia personelu przez okres 36 miesięcy wynosi zatem - 178.055,52 zł. Do kwoty tej należy także doliczyć koszty związane z nieobecnością pracowników przebywających na zwolnieniach lekarskich, bądź innych wolnych od pracy dniach oraz koszty materiałów potrzebnych do należytego świadczenia usług. W przypadku zatrudniania osób niepełnosprawnych w niniejszych kosztach należy dodatkowo uwzględnić m.in. urlop wypoczynkowy przewidziany w ustawie o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych.

Część IV zamówienia

Cena jednostkowa netto za 1 m² powierzchni wewnętrznej za jeden miesiąc wskazana przez Impel Cleaning jest rażąco niska.

W ofercie Impel Cleaning jako cenę jednostkową netto za 1 m² powierzchni wewnętrznej za jeden miesiąc wskazano kwotę 200.912,40 zł. Na cenę tę składają się koszty zatrudnienia pracowników oraz materiały (m.in. środki czystości), które musi zapewnić wykonawca.

Zamawiający zobowiązał wykonawców do zapewnienia bezpośredniej realizacji usług sprzątania i utrzymania czystości pomieszczeń przez 4 pracowników. Koszt zatrudnienia jednego pracownika na podstawie umowy o pracę to kwota 2.231,28 brutto.

Minimalny koszt wynagrodzenia za pracę dla 4 pracowników przez okres 36 miesięcy wynosi średnio - 321.304,32 zł.

Koszt zatrudnienia dodatkowych pracowników (zastępstwo w czasie urlopu) wynosić będzie średnio 34.806,72 zł. Kwotę tę należy dodać do sumy minimalnego wynagrodzenia za pracę dla 4 pracowników przez okres 36 miesięcy (tj. 321.304,32 zł).

Minimalny koszt, zatrudnienia personelu przez okres 36 miesięcy wynosi zatem - 356.111,04 zł. Do kwoty tej należy także doliczyć koszt związane z nieobecnością pracowników przebywających na zwolnieniach lekarskich, bądź innych wolnych od pracy dniach oraz koszty materiałów potrzebnych do należytego świadczenia usług. W przypadku zatrudniania przez wykonawców osób niepełnosprawnych w niniejszych kosztach należy dodatkowo uwzględnić m.in. urlop wypoczynkowy przewidziany w ustawie o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych.

Część V zamówienia

Ceny jednostkowe netto za 1 m² powierzchni wewnętrznej za jeden miesiąc wskazane przez Clean Service oraz Impel Cleaning są rażąco niskie.

W ofercie Clean Service jako cenę jednostkową netto za 1 m² powierzchni wewnętrznej za jeden miesiąc wskazano kwotę 198.877,56 zł, natomiast w ofercie Impel Cleaning - kwotę 151.146,95 zł. Na cenę tę składają się koszty zatrudnienia pracowników oraz materiały (m.in. środki czystości), które musi zapewnić wykonawca.

Zamawiający zobowiązał wykonawców do zapewnienia bezpośredniej realizacji usług sprzątnięcia i utrzymania czystości pomieszczeń przez 4 pracowników. Koszt zatrudnienia jednego pracownika na podstawie umowy o pracę, to kwota 2.231,28 brutto.

Minimalny koszt wynagrodzenia za pracę dla 4 pracowników przez okres 36 miesięcy wynosi średnio - 321.304,32 zł.

Koszt zatrudnienia dodatkowych pracowników (na zastępstwo w czasie urlopu) wynosić będzie średnio 34.806,72 zł. Kwotę tę należy dodać do sumy minimalnego wynagrodzenia za pracę dla 4 pracowników przez okres 36 miesięcy (tj. 321.304,32 zł).

Minimalny koszt zatrudnienia personelu przez okres 36 miesięcy wynosi zatem - 356.111,04 zł. Do kwoty tej należy doliczyć koszty związane z nieobecnością pracowników przebywających na zwolnieniach lekarskich, bądź innych wolnych od pracy dniach oraz koszty materiałów potrzebnych do należytego świadczenia usług. W przypadku zatrudniania osób niepełnosprawnych w niniejszych kosztach należy dodatkowo uwzględnić m.in. urlop wypoczynkowy przewidziany w ustawie o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych.

II. Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Zdaniem Odwołującego, Zamawiający nie dokonał właściwej oceny jego oferty, dokonując wyboru, jako najkorzystniejszych, ofert wykonawców, którzy złożyli oferty zawierające zaniżone ceny jednostkowe, co skutkowało znaczącym zniżeniem kwoty wynagrodzenia z tytułu realizacji zamówienia, co narusza zasadę uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, stanowiąc rażąco obrażę art. 7 ust. 1 Pzp. Zamawiający nie odrzucił ofert ww. wykonawców, mimo iż zawierały one rażąco zaniżone wynagrodzenie w stosunku do realnych cen rynkowych za tożsame usługi.

W dniu 4 sierpnia 2016 r. wykonawca P. F. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Clean Service P. F. z siedzibą w Chyliczkach oraz wykonawca Impel Cleaning Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu zgłosili swoje przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego. Obaj przystępujący wnieśli o oddalenie odwołania jako niezasadnego.

Zamawiający, pismem z dnia 12 sierpnia 2016 r. złożył odpowiedź na odwołanie i wniósł o oddalenie odwołania. Zamawiający nie zgodził się z twierdzeniem Odwołującego, iż w przedmiotowym postępowaniu zarzut rażąco niskiej ceny należy odnosić do ceny jednostkowej usługi w przeliczeniu na m² powierzchni. Zamawiający wyjaśnił, że w przypadku usług sprzątnia w obiektach Ministerstwa Obrony Narodowej ilość i zakres wyłączeń powierzchni do sprzątnia jest marginalna i w skali terminu realizacji zamówienia w żadnym z obiektów nie przekraczała kilku procent w zakresie powierzchni wewnętrznej oraz właściwie nie występowała w zakresie powierzchni zewnętrznej. Powierzchnia nie ulega również zwiększeniu. Biorąc pod uwagę powyższe, Zamawiający badał oferty w zakresie ceny całej oferty w stosunku do przedmiotu zamówienia. Jednocześnie Zamawiający zauważył, że wycenione w ofercie prace wykonywane są równolegle, co pozwala wykonawcy w elastyczny sposób przenosić koszty wykonania zamówienia.

Zamawiający podał kwoty, które zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia w poszczególnych częściach (wartość zamówienia brutto): Część I – 5383036,00 zł, Część II – 4332836,62 zł, Część III – 745980,69 zł, Część IV – 1057863,86 zł, Część V – 1765604,01 zł oraz średnią cenę ofert złożonych w postępowaniu w każdej z ww. części: Część I – 4837263,90 zł, Część II – 3722689,61 zł, Część III – 699934,59 zł, Część IV – 932938,19 zł, Część V – 1415160,52 zł. Zamawiający przedstawił stosunek procentowy cen ofert wskazanych w odwołaniu zarówno do wartości poszczególnych części zamówienia, jak do średniej ceny złożonych ofert na poszczególne części zamówienia. Stosunek ten kształtuje się na poziomie kilkunastu procent w stosunku do wartości przedmiotu zamówienia i kilku procent w stosunku do średniej ceny złożonych ofert. W kilku przypadkach (w części III i V) ceny ofert są nawet wyższe od wartości przedmiotu zamówienia i od średniej ceny złożonych

ofert. Zamawiający zwrócił uwagę, iż ceny ofert z pierwszego i drugiego miejsca w rankingu w większości części są bardzo zbliżone. Dokonana przez Zamawiającego analiza ww. ofert utwierdziła Zamawiającego w przekonaniu, że są to ceny wiarygodne i realne w stosunku do cen rynkowych i nie zaistniały przesłanki do wzywania ww. wykonawców do wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp. Zamawiający wzywał w tym trybie innego wykonawcę – którego oferta została w konsekwencji odrzucona.

Krajowa Izba Odwoławcza, uwzględniając dokumentację postępowania, dokumenty zgromadzone w aktach sprawy i wyjaśnienia złożone na rozprawie przez strony i uczestników postępowania odwoławczego, ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że Odwołujący posiada legitymację do wniesienia odwołania, w myśl art. 179 ust. 1 Pzp. Odwołujący wykazał, że ma interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w przypadku potwierdzenia się naruszenia przez Zamawiającego wskazanych w odwołaniu przepisów ustawy Pzp.

Izba stwierdziła skuteczność przystąpień do postępowania odwoławczego zgłoszonych przez wykonawców: Impel Cleaninig Sp. z o.o. i Clean Serwis P. F., stosownie do art. 185 ust. 2 i 3 Pzp.

Izba rozpoznała odwołanie w zakresie zarzutów zawartych w odwołaniu, tj. zgodnie z art. 192 ust. 7 Pzp.

Izba stwierdziła niezasadność zarzutu naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 90 ust. 1 Pzp, poprzez zaniechanie wezwania wykonawców: Clean Service, Impel Cleaning oraz BM.COMPLEX do udzielenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty, mających wpływ na wysokość ceny w poszczególnych częściach zamówienia.

Izba zważyła, że ceny ofert ww. wykonawców, jak wynika z wyjaśnień Zamawiającego, których Odwołujący nie kwestionował na rozprawie, tylko w niewielkim stopniu odbiegają od wartości zamówienia lub od średniej cen złożonych ofert, a w części ceny te są nawet wyższe, co jednoznacznie potwierdza dokumentacja przedmiotowego postępowania. Nie zostały zatem spełnione w tym przypadku przesłanki wskazane w art. 90 ust. 1 Pzp, w zakresie procentowej różnicy ceny oferty w stosunku do wartości zamówienia

lub średniej cen złożonych ofert, obligujące zamawiającego do wezwania wykonawcy do wyjaśnienia wysokości ceny oferty. Przepis art. 90 ust. 1 Pzp wskazuje, że jeżeli cena oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, w szczególności jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Zatem, w przypadku zaistnienia 30% różnicy ceny oferty do wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen złożonych ofert, zamawiający ma obowiązek wezwać wykonawcę do wyjaśnienia ceny, natomiast inne przesłanki uzasadniające wezwanie do wyjaśnienia ceny oferty muszą być za każdym razem wykazane przez tego, kto twierdzi, że wezwanie było uzasadnione.

Odwołujący ani na rozprawie, ani w odwołaniu nie przedstawił żadnej argumentacji lub też dowodu na potwierdzenie, że jakieś inne istotne okoliczności w niniejszej sprawie powinny spowodować u Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu uzasadnione wątpliwości, że ceny złożonych ofert nie umożliwiają prawidłowej realizacji zamówienia, a zatem takie okoliczności, które powinny zobowiązywać Zamawiającego do zastosowania trybu wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp w odniesieniu do ofert Clean Service w części nr I, II i V, Impel Cleaning w części nr I, III, IV i V oraz BM.COMPLEX w części nr III zamówienia.

Izba wzięła przy tym także pod uwagę argumentację przedstawioną przez Odwołującego w odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, który został podniesiony w odwołaniu jedynie jako zarzut ewentualny.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia ofert Clean Service w części nr I, II i V, Impel Cleaning w części nr I, III, IV i V oraz BM.COMPLEX w części nr III został podniesiony w odwołaniu, jak jednoznacznie wynika z jego treści, jedynie z ostrożności procesowej, na wypadek, jeśli Zamawiający zwrócił się do ww. wykonawców w toku czynności badania ofert o udzielenie przedmiotowych wyjaśnień. Izba ustaliła w toku rozprawy, co potwierdził także sam Odwołujący, że Zamawiający nie wzywał ww. wykonawców do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp, tj. w zakresie elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny w poszczególnych ww. częściach zamówienia. Zatem, w związku z zastrzeżeniem dokonany przez Odwołującego w powyższym zakresie, zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Clean Service w części nr I, II i V, Impel Cleaning w części nr I, III, IV i V oraz BM.COMPLEX w części nr III nie podlegał rozpoznaniu. Aby rozstrzygać ten zarzut konieczne byłoby wcześniejsze wezwanie

wykonawców do wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp.

Argumentacja przedstawiona przez Odwołującego w odwołaniu, wskazująca na zaniżenie cen jednostkowych w ofertach: Clean Service w części nr I, II i V, Impel Cleaning w częściach nr I, III, IV i V oraz BM.COMPLEX w części nr III, miała na celu wykazanie, że ceny jednostkowe za wykonywanie usług sprzątnia powierzchni wewnętrznej w tych ofertach są rażąco niskie i nie odzwierciedlają rzeczywistych cen rynkowych. Odwołujący w odwołaniu podkreślał w szczególności konieczność zapewnienia zastępstwa za pracowników skierowanych do realizacji zamówienia w czasie ich urlopów, zwolnień lekarskich bądź w inne dni wolne od pracy (Załącznik nr 11 do SIWZ). Odwołujący nie wykazał i nie przedstawił jednak dowodu na okoliczność, że poszczególni wykonawcy nie uwzględnili tych kosztów w swoich ofertach. Odwołujący przedstawił kalkulacje własne kosztów osobowych na poziomie bardzo uogólnionym, nie odnosząc się w żadnym stopniu do specyfiki działalności poszczególnych wykonawców lub treści złożonych przez nich ofert.

Powyższe wskazuje, że Odwołujący nie dokonywał analizy poszczególnych ofert, a zarzuty dotyczące zaniżenia cen jednostkowych w ofertach innych wykonawców postawione zostały jedynie w oparciu o porównanie cen tych ofert do własnej oferty i zaoferowanych przez Odwołującego cen w poszczególnych częściach zamówienia. Odwołujący uznał tym samym, że ceny zaoferowane przez niego są wyrazem tzw. cen rynkowych, co nie znajduje żadnych podstaw w zgromadzonym materiale dowodowym. Powyższe, stanowisko Odwołującego jest zatem błędne i nie zasługuje na uwzględnienie. Istotą wykazania, że dana cena ofertowa jest rażąco niska, jest odniesienie jej do warunków działania i specyfiki konkretnego wykonawcy. Konieczne jest wykazanie, że dany wykonawca, działający w konkretnych warunkach nie jest w stanie za określoną cenę wykonać w sposób prawidłowy przedmiotu zamówienia. Zarzucając rażąco niską cenę, nie można abstrahować od indywidualnych okoliczności i warunków, w których działa dany wykonawca, albo arbitralnie przyjmować, że każdy wykonawca ponosi identyczne koszty działalności w danej branży. Konkurencja ceną stanowi podstawowy aspekt konkurencji, zatem wykonawcy dokładają starań, aby pozyskać jak najlepsze warunki działalności umożliwiające obniżenie ceny. Kluczem jest zatem indywidualne podejście do każdego przypadku i każdego wykonawcy oraz przeanalizowanie oferty i wykazanie, że w warunkach dostępnych danemu przedsiębiorcy nie jest możliwe zrealizowanie zamówienia za określoną cenę.

Izba oceniła kalkulacje przedstawione przez Odwołującego w odwołaniu, jako pobieżne i niewiarygodne. Zawierają one błędy, na które wskazywał sam Odwołujący na rozprawie, jak i Przystępujący Clean Servis – w stosunku do jego oferty, np. w zakresie ilości pracowników. Ponadto, na rozprawie Odwołujący przedstawił nowe kalkulacje, uszczegółowione i poprawione, co również potwierdza, że wyliczenia przedstawione

w odwołaniu były ogólne i pobieżne. Nowe kalkulacje również nie uwzględniały specyfiki wymagań Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu w zakresie przedmiotu zamówienia, ani specyfiki działalności poszczególnych wykonawców, np. w zakresie zaopatrzenia w materiały lub polityki zatrudnienia personelu, co przyznał sam Odwołujący na rozprawie.

Choć zdaniem Odwołującego, w niniejszym postępowaniu pojęcie rażąco niskiej ceny należy odnosić do ceny jednostkowej, ze względu na sposób wynagradzania wykonawcy, to jednak Odwołujący nie przedstawił swoich wyliczeń i kalkulacji kosztów wykonania przedmiotu zamówienia - w przeliczeniu na ceny (koszty) jednostkowe. Przyjął w sposób całkowicie subiektywny (nie poparty dowodami), że ceny przedstawione w jego ofercie są wyznacznikiem cen rynkowych, co nie może być uznane za zgodne z rzeczywistością.

Ponadto, w ocenie Izby, w przedmiotowym postępowaniu nie mamy do czynienia z wynagrodzeniem kosztorysowym gdyż, jak wskazał Zamawiający, wahania co do ilości powierzchni objętej usługami (zakresu przedmiotu zamówienia) mogą być jedynie nieznaczące. Porównaniu ofert służyły ceny całkowite oferty, a zatem te ceny powinny być analizowane w kontekście zarzutu ceny rażąco niskiej w okolicznościach tej sprawy. Przedmiot zamówienia obejmuje dokładnie i konkretnie określony zakres usług (w tym możliwość zmniejszenia), a zatem to cena za cały przedmiot może być porównywana z wartością zamówienia lub średnią cen złożonych ofert, a nie cena jednostkowa podana w szczegółowej kalkulacji formularza ofertowego.

Reasumując powyższe, Izba stwierdziła, że Odwołujący nie wykazał okoliczności, które zobowiązywałyby Zamawiającego do wezwania wykonawców Impel Cleaninig, Clean Servis oraz BM.COMPLEX do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny w trybie art. 90 ust. 1 Pzp.

Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców również nie potwierdził się w świetle zgromadzonego materiału dowodowego. Brak wykazania przez Odwołującego obiektywnych przesłanek do zastosowania przez Zamawiającego procedury opisanej w art. 90 ust. 1 Pzp wobec wskazanych przez Odwołującego ofert (w poszczególnych częściach zamówienia), skutkuje w konsekwencji stwierdzeniem, że niezasadny jest zarzut naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców przy ocenie ofert, w tym oferty Odwołującego.

Biorąc pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak na wstępie, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku

w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

.....