

Sygn. akt: KIO 312/16

WYROK

z dnia 18 marca 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Kisiel

Protokolant: Wojciech Świdwa

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 marca 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 marca 2016 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: Somerw Sp. z o. o. Lider Serwis Sp. z o. o. Sp. k., Somerw Sp. z o. o., Lider Serwis Sp. z o. o.** z siedzibą w Warszawie przy ul. Ratuszowej 11 w postępowaniu prowadzonym przez **Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Warszawie z siedzibą w Warszawie przy ul. Mińskiej 25**

orzeka:

- 1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Warszawie z siedzibą w Warszawie przy ul. Mińskiej 25 w zakresie zadań: 2, 3, 5, 8, 9, 11, 12, 13, 14 unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty a następnie dokonanie ponownego badania i oceny ofert połączone wraz z odrzuceniem oferty wykonawcy PROKONCET Budownictwo i Architektura M. B. z siedzibą w Wieliszewie przy ul. Modlińskiej 27/1 na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 4 w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp oraz na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 Pzp.**
- 2. W pozostałym zakresie oddala odwołanie.**

3. Kosztami postępowania obciąża Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Warszawie z siedzibą w Warszawie przy ul. Mińskiej 25 i:

- 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr.** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: Somerw Sp. z o. o. Lider Serwis Sp. z o. o. Sp. k., Somerw Sp. z o. o., Lider Serwis Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie przy ul. Ratuszowej 11** tytułem wpisu od odwołania,
- 2) zasądza od **Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Warszawie z siedzibą w Warszawie przy ul. Mińskiej 25** na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: Somerw Sp. z o. o. Lider Serwis Sp. z o. o. Sp. k., Somerw Sp. z o. o., Lider Serwis Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie przy ul. Ratuszowej 11** kwotę **18 600 zł 00 gr.** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty strony poniesione z tytułu uiszczzonego wpisu oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

.....

UZASADNIENIE

Zamawiający – Generalną Dyрекcyję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Warszawie z siedzibą w Warszawie przy ul. Mińskiej 25, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 t.j.) – zwanej dalej "ustawą" lub "Pzp" – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. "Wykonanie usług w zakresie utrzymania czystości w budynkach oraz wyzaczonego terenu w jednostkach administracyjnych przez Generalną Dyрекcyję Dróg Krojonych i Autostrad w Warszawie z podziałem na 15 części"

Szacunkowa wartość przedmiotowego zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

23 lutego 2016 r. Zamawiający, drogą elektroniczną, zawiadomił wykonawców biorących udział w postępowaniu, w tym wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: Somerw Sp. z o. o. Lider Serwis Sp. z o. o. Sp. k., Somerw Sp. z o. o., Lider Serwis Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie przy ul. Ratuszowej 11 (dalej: „Odwołujący” lub „Konsorcjum”), o jego wyniku, tj. o wyborze oferty najkorzystniejszej, za którą została uznana w zakresie zadań: 1, 2, 3, 5, 8, 9, 11, 12, 13, 14 oferta wykonawcy PROKONCET Budownictwo i Architektura M. B. z siedzibą w Wieliszewie przy ul. Modlińskiej 27/1 (dalej: „PROKONCEPT”).

3 marca 2016 r. Konsorcjum wniosło do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie, w zakresie zadań: 1, 2, 3, 5, 8, 9, 11, 12, 13, 14, w którym zarzuciło Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 90 ust. 3 w zw. z art. 90 ust. 2 Pzp, przez:
 - a) błędne przyjęcie, iż PROKONCEPT wykazał w sposób dostateczny, że oferty przez niego złożone dla zadań nr: 1, 2, 3, 5, 8, 9, 11, 12, 13, 14 nie zawierają rażąco niskich cen w stosunku do przedmiotu zamówienia,
 - b) wadliwą ocenę okoliczności oraz materiału dowodowego i błędne przyjęcie, że oferty PROKONCEPT dla zadań nr: 1, 2, 3, 5, 8, 9, 11, 12, 13, 14 nie zawierają rażąco niskich cen;
2. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, przez błędne uznanie, iż treść oferty PROKONCEPT w zakresie zadań 1, 2, 3, 5, 8, 9, 11, 12, 13, 14 odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zatrudnienia (dalej: „siwz” lub „specyfikacja”), a co za tym idzie

nieodrzućenie teŝe oferty podczas gdy zgodnie z siwz — Tom II Istotne Postanowienia Umowy, § 3 ust. 8 wzoru umowy wykonawczej, Usługa sprzęgania w budynkach będzie wykonywana przez osoby zatrudnione na podstawie umowy o pracę. Tymczasem PROKONCEPT w formularzu cenowym dla zadań nr 1, 2, 3, 5, 8, 9, 11, 12, 13, 14 podał cenę jednostkową netto miesięcznie w kwocie niŝszej niŝ wynikająca z przepisów o minimalnym wynagrodzeniu za pracę, tj. nie zapewnił wykonania umowy przez osoby zatrudnione na podstawie umowy o pracę;

3. art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, przez błędne uznanie, iż oferta PROKONCEPT w zakresie zadań 1, 2, 3, 5, 8, 9, 11, 12, 13, 14 nie zawiera raŝąco niŝszej ceny, a co za tym idzie poprzez nieodrzućenie teŝe oferty, podczas gdy PROKONCEPT w formularzu cenowym dla zadań nr 1, 2, 3, 5, 8, 9, 11, 12, 13, 14 podał cenę jednostkową netto miesięcznie w kwocie raŝąco niskiej w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Odwołujący wnosił o:

1. zastosowanie przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp i odrzućenie oferty PROKONCEPT w zakresie zadań nr 1, 2, 3, 5, 8, 9, 11, 12, 13, 14;
2. zasądzenie kosztów postępowania na rzecz Odwołującego się, w tym w szczególności kosztów zastępstwa procesowego wykonywanego przez radcę prawnego w kwocie 3.600,00 zł (trzy tysiące sześćset 00/100) złotych — w załączeniu faktura VAT, a także uiszczonych kosztów odwołania;
3. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z:
 - a) zdjęć oferty PROKONCEPT,
 - b) pisma Zamawiającego z dnia 15 stycznia 2016 r. - Pytania wraz z wyjaśnieniami oraz zmiana treści siwz nr 1,
 - c) pisma Zamawiającego z dnia 10 lutego 2016 r. — wezwanie do złożenia wyjaśnień,
 - d) pisma PROKONCEPT z dnia 12 lutego 2016 r. dla zadań nr 1, 2, 3, 5, 8, 9, 11, 12, 13, 14 - odpowiedź na wezwanie do złożenia wyjaśnień,

na okoliczność nie udowodnienia przez PROKONCEPT braku zastosowania raŝąco niskiej ceny oraz na okoliczność niezgodności oferty tegoŝ wykonawcy z wymogami siwz oraz przepisami prawa;

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wyjaśniał, ŝe:

1. Brak rzetelności wyjaśnień w przedmiocie zastosowania raŝąco niskiej ceny

W toku postępowania przetargowego, Zamawiający wezwał PROKONCET do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp, w związku ze spełnieniem przesłanek wskazujących na możliwość zawarcia w ofertach cen rażąco niskich. W odpowiedzi na wezwanie, dnia 12 lutego 2016 r. PROKONCEPT przedstawił pisma zawierające wyjaśnienia. Zdaniem Odwołującego, o ich treści nie można powiedzieć, iż jest wystarczająca do uznania braku zastosowania rażąco niskiej ceny w zakresie formularzy cenowych dla zadań 1, 2, 3, 5, 8, 9, 11, 12, 13,14 - cena jednostkowa netto miesięcznie za usługę — Sprzątanie budynków.

Odwołujący wskazywał, że zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 27 lutego 2015 roku, Wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny powinien mieć na uwadze doniosły charakter owych wyjaśnień. Ogólne wyjaśnienia, nie uzasadniające wysokości zaoferowanej ceny, nie rozwiewające wątpliwości zamawiającego co do rzetelności dokonanej przez wykonawcę kalkulacji, pociągają za sobą skutek w postaci odrzucenia oferty (KIO 267/15). Pogląd ten jest wielokrotnie powtarzany w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, a z jego treści wynika, iż wykonawca, jako podmiot profesjonalnie zajmujący się wykonywaniem umów zawartych w trybie ustawy — Prawo zamówień publicznych, powinien dołożyć wszelkiej staranności, aby wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny były konkretne, rzetelne, zwięzłe i zawierające odpowiednie kalkulacje, a nie ogólne, uniwersalne, rozległe, lecz bez przywołania niezbędnych dowodów.

Zdaniem Odwołującego warto w tym miejscu przywołać również orzeczenia KIO:

- z 24 czerwca 2013 roku, w którym Izba stwierdziła, że wykonawca, składając wyjaśnienia odnoszące się do ceny oferty, powinien wskazać, co spowodowało możliwość obniżenia ceny oraz stopień, w jakim cena została obniżona dzięki wskazanym czynnikom. Odpowiedź wykonawcy nie może być lakoniczna i powierzchowna, aby można ją było potraktować jako wyczerpującą i rozwiewającą wątpliwości, o których mowa w art. 89 ust. 1 pkt 4, w związku z art. 90 ust. 2 ustawy. Aby odpowiedź złożona na wezwanie wystosowane na podstawie art. 90 Prawa zamówień publicznych posiadała walor wyjaśnienia elementów oferty, mających wpływ na wysokość ceny musi być bardziej szczegółowa w zakresie elementów składających się na zaoferowaną cenę aniżeli sama oferta. Stopień ogólności podanych informacji powoduje, iż nie mogą one stanowić wyjaśnień, o których mowa w art. 90 ust. 2 i 3 ustawy. Wszczęcie procedury wyjaśniania ceny oferty stanowi domniemanie, iż cena jest rażąco niski natomiast na wykonawcy ciąży obowiązek obalenia tego domniemania (KIO 1363/13).

- 25 lutego 2014 roku, wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny powinien mieć na uwadze doniosły charakter owych wyjaśnień - ogólne wyjaśnienia, nie uzasadniające wysokości zaoferowanej ceny, nie rozwiewające wątpliwości zamawiającego co do rzetelności dokonanej przez wykonawcę kalkulacji, pociągają za sobą

skutek w postaci odrzucenia oferty. Należy pamiętać, że to na wykonawcy składającym wyjaśnienia spoczywa ciężar udowodnienia, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska. Wykonawca zobowiązany jest zatem wskazać obiektywne, weryfikowalne czynniki, które zamawiający powinien wyjąć pod uwagę, a także wykazać, w jaki sposób czynniki te przykładają się na zaoferowaną w danym postępowaniu cenę (KIO 239/14).

Odwołujący wyjaśniał, iż skład orzekający w tych przypadkach wyraźnie wziął pod uwagę zalecenia płynące wprost z treści art. 90 ust. 2 Pzp, który stanowi, że obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy. Skoro Zamawiający uznał, że treść oferty wskazuje na zastosowanie rażąco niskiej ceny, to wyjaśnienia przedstawione przez wykonawcę muszą w sposób rzetelny i skrupulatny dowodzić zasadności zapisów kosztorysowych, tj. być od nich bardziej szczegółowe. Konieczne jest również poparcie ich dokumentami, czy innymi weryfikowalnymi dowodami.

Pismem z dnia 10 lutego 2016 roku, Zamawiający wezwał PROKONCEPT do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp w zakresie zadań 1, 2, 3, 5, 8, 9, 11, 12, 13, 14. Przesłanką wezwania było przedstawienie przez PROKONCEPT ofert dla poszczególnych części zawierających każdorazowo cenę niższą od szacunkowej wartości zamówienia o ponad 30%, średnio o około 73%.

PROKONCEPT wyjaśnienia złożył dla poszczególnych zadań w dniu 12.02.2016 r. W świetle powyższych poglądów doktryny i orzecznictwa, zdaniem Odwołującego należy zarzucić im brak rzetelności z następujących względów:

a) uniwersalność

PROKONCEPT został wezwany do złożenia wyjaśnień dla 10 zadań, tj. wszystkich, dla których złożył w niniejszym postępowaniu oferty. Przedmiotem każdego z nich było utrzymanie czystości w budynkach oraz na terenach zewnętrznych położonych w różnych jednostkach administracyjnych. Ze względu na istniejące różnice w zakresie zadań do wykonania w obrębie każdej z nieruchomości, dla poszczególnych części zamówienia konieczne było zapewnienie różnej liczby pracowników, sprzętu czy środków czystości. Każdy budynek miał swoją specyfikę, a co za tym idzie koszty robót dla poszczególnych zadań powinny być zróżnicowane, a konieczność ich poniesienia każdorazowo i szczegółowo uzasadniona.

Tymczasem, PROKONCEPT, dla każdego z zadań, przedstawił wyjaśnienia o identycznej treści. Jediną zmianą dokonywaną na potrzeby poszczególnych zadań była modyfikacja ich numerów. Co więcej, treść wyjaśnień jednoznacznie wskazuje, iż mogły być one użyte dla potrzeb innych postępowań przetargowych, nie tylko w zakresie utrzymania czystości budynków oraz terenów zewnętrznych. Wykonawca wskazał, między innymi, że firma posiada już sprzęt oraz wszelkie urządzenia niezbędne do prowadzenia żądań w

ramach przedmiotowego kontraktu, w związku z tym brak jest konieczności wydawania środków na zakup nowych. Pomijając w tym miejscu kwestie merytoryczne tegoż fragmentu wyjaśnień, wskazać należy, iż mógłby on być zastosowany nawet do próby uzasadnienia braku rażąco niskiej ceny przy kontrakcie na roboty budowlane, który charakteryzuje się zupełnie innymi cechami.

Na brak rzetelności wyjaśnień, a co za tym idzie na niewystarczające wykazanie braku zastosowania cen rażąco niskich, wskazują ich następujące cechy

b) ogólnikowość

PROKONCEPT nie przedstawił w sporządzonych przez siebie wyjaśnieniach żadnych kalkulacji, mających na celu uzasadnienie zaoferowania cen o ok. 70% niższej niż szacunkowa wartość przedmiotu zamówienia dla jego poszczególnych części. W treści pism ani razu nie pojawia się żadna liczba czy odniesienie do konkretnej pozycji w formularzu cenowym. Czytamy, między innymi, że zysk ze zrealizowanych robót został skalkulowany na odpowiednio niskim, ale wystarczającym i zadowalającym poziomie. Brak w tym fragmencie jakiegokolwiek wskazania kwotowego, opisującego zysk wykonawcy. W innym miejscu wykonawca pisze, że do wykonania zlecenia zostaną użyte wysokowydajne środki czystości, których odpowiednie zastosowanie (zgodnie z wymogami OPZ oraz SIWZ) pozwoli obniżyć nakłady na ten cel. Nie wskazuje natomiast rodzaju środków, stopnia wydajności czy ich cen oraz w żaden sposób nie uzasadnia wpływu ich użycia na zredukowanie kosztów.

Czytamy ponadto, że środki czystości oraz sprzęt niezbędny do wykonania zamówienia są od wielu lat nabywane od stałych wyspecjalizowanych kontrahentów dzięki czemu nasza firma posiada kilku dziesięcioprocentowe rabaty od cen rynkowych. W tym miejscu wykonawca nie wskazuje od ilu lat konkretnie współpracuje z dostawcami, nie podaje nazw firm kontrahentów oraz nie wskazuje dokumentów, z których wynikałoby prawo do rabatów. W innym jeszcze miejscu wykonawca pisze, że posiada szeroki asortyment sprytu do kluczowych czynności czy firma posiada już sprzęt oraz wszelkie urządzenia niezbędne do prowadzenia zadań w ramach przedmiotowego kontraktu, w związku z czym brak jest konieczności wydawania środków na zakup nowych. Nie przedstawia jednak jakichkolwiek dokumentów, takich jak faktury zakupu czy chociażby zdjęcia maszyn i środków czystości, które dowodziłyby prawdziwości tegoż twierdzenia.

Odwołujący zaznaczał, iż PROKONCEPT w żadnym punkcie swoich wyjaśnień nie odnosi się wprost, a nawet pośrednio, do formularzy cenowych przedstawionych przez siebie jako integralna część oferty. Nie uzasadnia w żadnym miejscu dlaczego w poszczególnych rubrykach wskazał daną wartość jednostkową dla konkretnego działania w ramach danej części zamówienia. Zdaniem Odwołującego rzetelność, konkretność i zwięzłość wyjaśnień wymaga odniesienia się do wszelkich zapisów oferty zawierających cenę i uzasadnienie

każdej pozycji kosztorysowej z osobna za pomocą wyliczeń matematyczno-ekonomicznych oraz dowodów z dokumentów.

Wobec powyższego w ocenie Odwołującego, widać wyraźnie, iż Zamawiający dał wiarę wyjaśnieniom PROKONCEPT jedynie na podstawie twierdzeń z pism z dnia 12 lutego 2016 roku, tj. subiektywnej opinii wykonawcy, nie popartej żadnymi dowodami. Odwołujący jest świadomy, iż zgodnie z art. 90 ust. 3 Pzp, Zamawiający dysponuje uprawnieniem do swobodnej oceny wyjaśnień wzywanego wykonawcy i brak jest konkretnego katalogu dowodów, które oferent powinien przedstawić w celu wykazania braku rażąco niskiej ceny. Ocena ta nie może być jednak dokonana w sposób dowolny, a w szczególności musi uwzględniać treść art. 90 ust. 2 Pzp, który stanowi, że obowiązek wykazania, iż oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy.

Odwołujący zaznaczał, że pojęcie „wykazania” jest tożsame z pojęciem „udowodnienia”, a nie „uprawdopodobnienia”. Oznacza to, iż wyjaśniający musi przedstawić wszelkie dowody, które potwierdzą z prawdopodobieństwem graniczącym z pewnością, że możliwe będzie wykonanie przedmiotu zamówienia za cenę podaną w ofercie. Zdaniem Odwołującego, moc poszczególnym środkiem dowodowym powinna być przyznawana przez Zamawiającego w zgodzie z przepisami Kodeksu postępowania cywilnego, a szczególnie z przepisem art. 299, który stanowi, że jeżeli po wyczerpaniu środków dowodowych lub w ich braku pozostały niewyjaśnione fakty istotne dla rozstrzygnięcia sprawy, sąd dla wyjaśnienia tych faktów może dopuścić dowód z posłuchania stron. Warto w tym miejscu przywołać istotny pogląd doktryny, który podkreśla, że Strony postępowania cywilnego są podmiotami, które posiadają najpełniejszy wiedzy w zakresie stanu faktycznego sprawy. Są one jednocześnie bezpośrednio zainteresowane wynikiem postępowania, co powoduje, że ich relacja pozostaje subiektywna. W krańcowych wypadkach może być także obciążona błędem zniekształcenia, czy nawet zatajenia określonych faktów. Z tych względów dowód ze stron wprawdzie znalazł się w katalogu dopuszczalnych środków dowodowych, jednak powinien być stosowany wyjątkowo i podlegać szczególnie ostrożnej ocenie sądu orzekającego (E. Rudkowska- Ząbczyk, Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz, wyd. 14, Warszawa 2015).

Przenosząc wskazany wyżej przepis, oczywiście jedynie pośrednio, na grunt niniejszej sprawy wskazać należy, iż twierdzenia strony — PROKONCEPT powinny być brane pod uwagę w ostatniej kolejności, dopiero gdy inne dowody, a ze względu na specyfikę postępowania przetargowego — szczególnie dowody z dokumentów, nie wystarczą dla dostatecznego wyjaśnienia faktów. W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający wyraźnie tę regułę odwrócił opierając się wyłącznie na nieweryfikowalnych twierdzeniach wykonawcy,

które mogą być obarczone rażącymi błędami, a z całą pewnością są przede wszystkim subiektywną oceną faktów.

Podsumowując, Zamawiający w sposób błędny przyjął, iż wyjaśnienia PROKONCEPT przedstawione pismami z dnia 12 lutego 2016 roku w sposób dostateczny wykazały brak zastosowania ceny rażąco niskiej w ofertach dla omawianych części przedmiotowego zamówienia, czym naruszył przepis art. 90 ust. 2 i 3 Pzp.

2. Zastosowanie rażąco niskiej ceny w świetle wymagań siwz oraz przepisów prawa

Zdaniem Odwołującego, cena ofert PROKONCEPT dla zadań nr 1, 2, 3, 5, 8, 9, 11, 12, 13, 14 jest nie tylko rażąco niska w rozumieniu art. 90 ust. 1 Pzp, ale też w jednej z pozycji niezgodna z wymogami specyfikacji oraz przepisami prawa powszechnie obowiązującego.

Przedmiotem zamówienia dla każdego z omawianych zadań była usługa — Sprzątanie w budynkach. Zgodnie z formularzami cenowymi należało podać cenę jednostkową netto miesięcznie za jej wykonanie. Każda usługa dla danej lokalizacji wymagała zapewnienia odpowiedniej liczby etatów. Wykonawca wskazał następujące kwoty dla poszczególnych zadań:

Zadanie nr 1

Lokalizacja	Liczba etatów	Cena jednostkowa netto za m-c
Wydział Technologii Laboratorium Drogowe	— 2 osoby na $\frac{1}{2}$ etatów — 1 etat	3.990,00

Zadanie nr 2

Lokalizacja	Liczba etatów	Cena jednostkowa netto za m-c
Obwód drogowy Boża Wola	1 osoba na $\frac{1}{2}$ etatu	980,00
Obwód drogowy Radzymin	1 osoba na $\frac{1}{2}$ etatu	740,00

Obwód drogowy Dziekanów Leśny	1 osoba na 1/2 etatu	440,00
Obwód drogowy Radzymin	1 osoba na 1/2 etatu	440,00

Zadanie nr 3

Lokalizacja	Liczba etatów	Cena jednostkowa netto za m-c
Rejon Garwolin	1 osoba na 1/2 etatu	1.040,00
Obwód drogowy w Kołbieli	1 osoba na 1/2 etatu	540,00
Obwód drogowy w Trojanowie	1 osoba na 1/2 etatu	740,00

Zadanie nr 5

Lokalizacja	Liczba etatów	Cena jednostkowa netto za m-c
Rejon Mińsk Mazowiecki	1 osoba na 1/2 etatu	850,00
Obwód drogowy w Bojmie	1 osoba na 1/2 etatu	550,00
Obwód drogowy Zawiszyn	1 osoba na 1/2 etatu	550,00

Zadanie nr 8

Lokalizacja	Liczba etatów	Cena jednostkowa netto za m-c
Rejon Ostrów Mazowiecka	1 osoba na 1/2 etatu	1.190,00
Obwód drogowy Turzyn	1 osoba na 1/2 etatu	540,00

Zadanie nr 9

Lokalizacja	Liczba etatów	Cena jednostkowa netto za m-c
Obwód drogowy Ożarów Maz	1 osoba na 1/2 etatu	1.050,00
Obwód drogowy Łazy	1 osoba na 1/2 etatu	740,00
Obwód drogowy Mszczonów	1 osoba na 1/2 etatu	1.050,00
Obwód drogowy Sochaczew	1 osoba na 1/2 etatu	640,00

Zadanie nr 11

Lokalizacja	Liczba etatów	Cena jednostkowa netto za m-c
Obwód drogowy Poczemin	1 osoba na 1/2 etatu	1.420,00

Zadanie nr 12

Lokalizacja	Liczba etatów	Cena jednostkowa netto za m-c
Rejon Przasnysz	1 osoba na $\frac{1}{2}$ etatu	990,00
Obwód drogowy Maków Maz.	1 osoba na $\frac{1}{4}$ etatu	500,00

Zadanie nr 13

Lokalizacja	Liczba etatów	Cena jednostkowa netto za m-c
Rejon Radomul	1 osoba na $\frac{1}{2}$ etatu	1.150,00
Obwód drogowy Iłża	1 osoba na $\frac{1}{4}$ etatu	550,00
Obwód drogowy Szydłowiec	1 osoba na $\frac{1}{4}$ etatu	550,00

Zadanie nr 14

Lokalizacja	Liczba etatów	Cena jednostkowa netto za m-c
Obwód drogowy Siedlce	1 osoba na $\frac{3}{4}$ etatu	1.000,00
Obwód drogowy Łosice	1 osoba na $\frac{1}{4}$ etatu	350,00
Obwód drogowy Sokołów Pod.	1 osoba na $\frac{1}{2}$ etatu	450,00

Zdaniem Odwołującego, wskazane wyżej wartości jednostkowe nie odpowiadają warunkom ustawowym oraz opisanym w specyfikacji - Tom III Opis przedmiotu zamówienia z załącznikami, pkt. 3.1. (po zmianach z dnia 15.01.2016 r.), który stanowi, że na podstawie art. 29 ust. 4 Pzp w kontekście przedmiotowego zamówienia wykonawca zatrudni pracowników przy realizacji usługi sprzątnięcia w budynkach na podstawie umowy o pracę. W piśmie Zamawiającego z dnia 15 stycznia 2016 roku — Pytania wraz z wyjaśnieniami oraz zmiana treści siwz nr 1 wyszczególniono liczbę etatów dla omawianej usługi na potrzeby poszczególnych zadań (liczba etatów wpisana do powyższych tabel). Warto w tym miejscu zaznaczyć, co w toku postępowania podnosił PROKONCEPT, iż dla danego zadania i poszczególnych lokalizacji zatrudnione muszą być różne osoby. Niedopuszczalne jest więc działanie wykonawcy, który, przykładowo, dla całego zadania nr 3 zatrudni jedną osobę w wymiarze $\frac{1}{2}$ etatu i zobowiąże ją do wykonania zamówienia we wszystkich lokalizacjach.

Zgodnie z art. 10 § 2 ustawy - Kodeks pracy, Państwo określa wysokość minimalnego wynagrodzenia za pracę. Jest ono ustalane corocznie w rozporządzeniu ministra pracy i polityki społecznej i dla roku 2016 wynosi 1850 zł brutto, tj. 1335,69 zł netto (rozporządzenie MPiPS z 11.09.2015 r., Dz.U. z 2015 r., poz. 1385). Warto zaznaczyć, iż całkowity koszt pracodawcy zapewniającego minimalne wynagrodzenie za pracę wynosi 2231,29 zł (źródło:

http://www.podatki.czystpl/cgi-bin/bmet?operacja=l&typ_dochodu=l&przelicz_na=3).

Oznacza to, iż miesięczny koszt pracodawcy zatrudniającego 1 pracownika w wymiarze $\frac{1}{2}$ etatu wynosi 1115,65 zł.

Analizując powyższą tabelę widać wyraźnie, iż w przypadku każdej lokalizacji dla zadań nr 2, 3, 5, 8, 9, 12, 13, 14, koszt pracodawcy, przy założeniu, iż pracownicy będą zatrudniani zgodnie z wymogami siwz oraz przepisów prawa powszechnie obowiązującego, jest zdecydowanie wyższy niż planowany przychód PROKONCEPT. Oznacza to nie tylko brak zysków, ale również znaczącą stratę dla każdego z zadań, co każe domniemywać zastosowanie rażąco niskiej ceny. Jedynie w przypadku części nr 1 i 11 zastosowano wartość jednostkową w kwocie niewiele przekraczającej minimalne wynagrodzenie za pracę.

Jednakże, na nierespektowanie zapisów siwz oraz przepisów prawa wskazywać mogą wyjaśnienia PROKONCEPT zawarte w piśmie z dnia 12 lutego 2016 roku. Wskazuje on w jego treści, iż założono minimalny poziom zysku na poziomie do 5%. Jest to wartość nieosiągalna z uwagi na sumy zawarte w wyżej przedstawionym formularzu cenowym. Nawet jeśli, co w niniejszym przypadku nie występuje, dla wszelkich innych usług stanowiących przedmiot zamówienia ceny jednostkowe były zdecydowanie wyższe niż wymagane, to i tak PROKONCEPT nie udało się wypracować zysku na poziomie 5%. Należy zwrócić uwagę, iż czas wykonania umowy określono na 36 miesięcy, co daje dla usługi Sprzątanie w budynkach stratę w wysokości ok. 300.000,00 zł.

Ponadto, w wyjaśnieniach Wykonawca wskazuje, że w prowadzonej działalności gospodarczej dokonuje samozatrudnienia oraz że firma jest firmą rodzinną zatrudniającą członków rodziny, to zarówno koszt pracy jak i prowadzenia działalności są niższy niż w przypadku dużych przedsiębiorstwo. Zdaniem Odwołującego, „samozatrudnienie” oznacza wykonywanie zadań przez osoby fizyczne w ramach prowadzonych przez nie działalności gospodarczych, a nie na podstawie stosunku pracy, co jest wymagane na gruncie siwz. PROKONCEPT wprost więc wskazuje, iż nie respektuje istotnych reguł przedmiotowego postępowania. Błędnie wskazuje również, iż zatrudnianie członków rodziny powoduje generowanie mniejszych kosztów pracodawcy. Takie stwierdzenie każe przypuszczać, iż PROKONCEPT ma na celu obejście prawa pracy lub, że nie jest świadomy istnienia zapisów siwz, wymagających zawarcia z wykonawcami robót umów o pracę.

Warto na koniec zwrócić uwagę, iż wyjaśnieniom PROKONCEPT można byłoby przyznać przymiot rzetelności, jeśli przedstawiłby on dowód z dokumentu potwierdzający chociażby na wole zatrudniania pracowników w ramach stosunku pracy. W chwili obecnej brak jest natomiast jakiegokolwiek dowodu potwierdzającego respektowanie przez Wykonawcę zapisów siwz w omawianym zakresie.

Z uwagi na powyższe, to jest na uprawdopodobnienie niezgodności treści oferty PROKONCEPT z siwz oraz przepisami prawa, Zamawiający powinien zastosować normę z art. 89 ust. 1 pkt 2 i odrzucić ofertę dla zadań 1, 2, 3, 5, 8, 9, 11, 12, 13, 14. Nawet jeśli uznać, iż Odwołujący niniejszym pismem nie wykazał zasadności powyższego, to z całą pewnością ceny jednostkowe netto za usługę - Sprzątanie w budynkach, dla wyżej wskazanych części zamówienia, są rażąco niskie, tj. w każdym przypadku o ponad 50% niższe niż koszt pracodawcy zatrudniającego pracowników w ramach umowy o pracę w wymaganym wymiarze czasu pracy, co z kolei uzasadnia odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp.

Zgodnie z wyrokiem KIO z 21 stycznia 2014 r., „Dla uznania, że cena jest rażąco niska konieczne jest wykazanie, że przy określonym przedmiocie zamówienia nie jest możliwe wykonanie zamówienia za oferowaną cenę, bez ryzyka ponoszenia strat przez wykonawcę (KIO 3012/13). Już powyższe wywody należy uznać za wystarczające do jednoznacznego wykazania, iż nie jest możliwe wykonanie przedmiotowego zamówienia bez odnotowania znaczącej straty dla wykonawcy. Ponadto, koniecznym jest wskazanie, że na cenę jednostkowa dla usługi - Sprzątanie w budynkach nie składa się jedynie koszt zatrudnienia osoby sprzątającej, lecz również koszt zakupu materiałów higienicznych czy sprzętu niezbędnego do realizacji zadania. W związku z tym, nie wystarczyłoby, aby zaproponowana przez PROKONCEPT cena omawianych usług była równa minimalnemu wynagrodzeniu za pracę. Taki zapis również oznaczałby stratę w ostatecznym bilansie.

W dniu posiedzenia Izby z udziałem stron Zamawiający wniósł pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o odwołania w całości na podstawie art. 7 ust. 1 Pzp oraz umorzenia postępowania na podstawie art. 1198 pkt 2 Kpc w zw. z art. 185 ust. 7 Pzp. W treści uzasadnienia przyznał, że wybór najkorzystniejszej oferty w przedmiotowym postępowaniu został dokonany pochopnie, bez dokonania szczegółowego badania ofert w trybie art. 90 Pzp, do czego Zamawiający jest zobowiązany. Zamawiający naprawił swój błąd poprzez unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i przystąpi do dalszego badania ofert w trybie art. 90 Pzp. Wobec tego w ocenie Zamawiającego odwołanie stało się bezprzedmiotowe i z uwagi na konieczność zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców odwołanie powinno być oddalone.

Uwzględniając treść dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia przekazanej przez Zamawiającego, odpowiedź na odwołanie oraz dowody i stanowiska oraz oświadczenia stron złożone na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Stan faktyczny sprawy został wyczerpująco i zgodnie z rzeczywistością przytoczony w treści odwołania co zostało zreferowanej powyżej.

Izba ustaliła, że w ramach zadania nr 1 złożono trzy oferty, a oferta Odwołującego została sklasyfikowana na 3 pozycji.

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że Odwołujący w zakresie części nr: 2, 3, 5, 8, 9, 11, 12, 13, 14 legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi przepis art. 179 ust. 1 Pzp, według którego środki ochrony prawnej określone w ustawie przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy. W rozpoznawanym stanie faktycznym Odwołujący złożył ofertę w ramach prowadzonego postępowania we wskazanych powyżej częściach, która w przypadku uwzględnienia zarzutów odwołania, w świetle obowiązujących kryteriów oceny ofert, mogłaby być uznana za najkorzystniejszą. Zatem Odwołujący wykazał w ten sposób, że może ponieść szkodę w związku z zarzucanymi Zamawiającemu naruszeniami przepisów ustawy Pzp, gdyż pozbawiony został możliwości uzyskania odpłatnego zamówienia publicznego, na co mógłby w przeciwnym razie liczyć.

Natomiast w zakresie części nr 1 Izba uznała, że skoro oferta Odwołującego została sklasyfikowana dopiero na trzeciej pozycji, a Odwołujący nie podnosi zarzutów w stosunku do oferty drugiej w kolejności, tym samym w przypadku potwierdzenia się zarzutów odwołania w odniesieniu do oferty najkorzystniejszej, złożonej przez PROKONCEPT nie będzie skutkować wyborem jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum. Wobec tego Izba uznała, że Odwołującemu w tym zakresie nie przysługuje środek ochrony prawnej w postaci odwołania.

Po dokonaniu oceny zarzutów podniesionych w odwołaniach Izba stwierdziła, że odwołania w pełni zasługują na uwzględnienie.

1. Zarzut naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 2 i 3 Pzp

Podając, zgodnie z art. 196 ust. 4 ustawy, podstawę prawną rozstrzygnięcia zarzutów odwołań dotyczących ceny rażąco niskiej, w pierwszej kolejności należy wskazać, iż według

art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp zamawiający odrzuca ofertę, która zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Zgodnie z art. 90 ustawy:

1. 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, w szczególności w zakresie:
 - 1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3–5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. Nr 200, poz. 1679, z 2004 r. Nr 240, poz. 2407 oraz z 2005 r. Nr 157, poz. 1314);
 - 2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.
2. Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy.
3. Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Tytułem wprowadzenia dla rozstrzygnięcia zarzutów odwołań, Izba wskazuje na regulacje dotyczące formalnych podstaw wyrokowania w danej sprawie. Mianowicie zgodnie z art. 191 ust. 2 ustawy, wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania. Według art. 190 ust. 1 Pzp strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Tak samo zgodnie z ogólną zasadą rozkładu ciężaru dowodu wyrażoną w art. 6 Kodeksu cywilnego ciężar udowodnienia faktu spoczywa na wywodzącym zeń skutki prawne. Ponadto powyższe skorelowane jest z ekonomiką postępowania przed Izba wynikającą z dyspozycji art. 189 ust. 1 Pzp określającego piętnastodniowy termin na rozpoznanie odwołania.

Powyższe regulacje wymagają podkreślenia zwłaszcza w kontekście, iż możliwość orzeczenia o wystąpieniu ceny rażąco niskiej, w tym stwierdzenia domniemania jej wystąpienia oraz obalenia takiego domniemania, sprowadza się właśnie do kwestii dowodowych.

Izba zwraca uwagę, że zakaz formułowania ceny rażąco niskiej wynika z art. 90 ustawy i jest wynikiem uzasadnionego podejrzenia ustawodawcy, iż wykonawca w celu uzyskania zamówienia zaproponuje cenę bardzo niską, która nie będzie gwarantowała wykonania zamówienia lub spowoduje jego wykonanie w nienależyty sposób, np. kosztem jakości czy też terminowości wykonania przedmiotu zamówienia. W takim przypadku dyspozycja art. 89 ust. 1 pkt. 4 Pzp zobowiązuje Zamawiającego do odrzucenia oferty, która zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Istotnym jest, że ustawodawca nie zdefiniował pojęcia „rażąco niska cena”. Sąd Okręgowy w Katowicach w wyroku z dnia 28 kwietnia 2008 r., sygn. akt XIX Ga 128/08 stwierdził, że: „przepisy p.z.p. nie określają definicji pojęcia rażąco niskiej ceny [...]. Punktem odniesienia do określenia jest przedmiot zamówienia i przyjąć można, że cena rażąco niska to taka, która jest nierealistyczna, niewiarygodna w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień i ewentualnie innych ofert złożonych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.”

W związku z brakiem legalnej definicji, w orzecznictwie sądów okręgowych oraz KIO, a wcześniej w orzecznictwie arbitrażowym, ustalone zostały pewne częściowe lub ogólne, definicyjne ramy i odniesienia dla tego pojęcia. I tak według wyroku KIO 592/13: „o cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne”. Ponadto w wyroku KIO 1562/11 wskazano: „Cena rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia będzie ceną odbiegającą od jego wartości, a rzeczona różnica nie będzie uzasadniona obiektywnymi względami pozwalającymi danemu wykonawcy bez strat i finansowania wykonania zamówienia z innych źródeł niż wynagrodzenie umowne, zamówienie to wykonać. Reasumując, cena rażąco niska jest więc ceną nierealistyczną, nieadekwatną do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, zakładającą wykonanie zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów i w takim sensie nie jest ceną rynkową, tzn. generalnie niewystępującą na rynku, na którym ceny wyznaczone są m.in. poprzez ogólną sytuację gospodarczą panującą w danej branży i jej otoczeniu biznesowym,

postęp technologiczno-organizacyjny oraz obecność i funkcjonowanie uczciwej konkurencji podmiotów racjonalnie na nim działających.”

Również w wielu innych wyrokach dotyczących stosowania i interpretacji art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, pojęcie rażąco niskiej ceny ujmowane jest podobnie. Na przykład według powszechnie przywoływanej w doktrynie i orzecznictwie definicji zawartej w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 30 stycznia 2007 r., sygn. akt XIX Ga 3/07: „o cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. Rażąco niska cena jest to cena niewiarygodna, oderwana całkowicie od realiów rynkowych. Przykładem może być oferowanie towarów poniżej kosztów zakupu lub wytworzenia albo oferowanie usług za symboliczną kwotę”. Natomiast Sąd Okręgowy w Krakowie w uzasadnieniu wyroku z 23 kwietnia 2009 r., XII Ga 88/09 wskazał następujące kryteria określające cenę rażąco niską: „odbieganie całkowitej ceny oferty od cen obowiązujących na danym rynku w taki sposób, że nie ma możliwości realizacji zamówienia przy założeniu osiągnięcia zysku; zaoferowanie ceny, której realizacja nie pozwala na utrzymanie rentowności wykonawcy na tym zadaniu; niewiarygodność ceny z powodu oderwania jej od realiów rynkowych”.

Ponadto w opinii prawnej Urzędu Zamówień Publicznych dotyczącej ceny rażąco niskiej (opublikowanej w serwisie internetowym UZP) wskazano, m.in.: „Ustawa wprowadzając możliwość odrzucenia oferty przez zamawiającego z powodu rażąco niskiej ceny nie precyzuje jednak tego pojęcia. Nie definiują go również przepisy dyrektyw Unii Europejskiej będące u podstaw przedmiotowej regulacji. Znaczenia tego wyrażenia nie wyjaśnia również orzecznictwo Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości. Mając na względzie cel przedmiotowej regulacji wydaje się, iż za ofertę z rażąco niską ceną można uznać ofertę z ceną niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień. Oznacza to cenę znacząco odbiegającą od cen przyjętych, wskazującą na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi, dostawy, roboty budowlanej.”

Podkreślić jednak należy, że czynność odrzucenia oferty z powodu rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia musi być poprzedzona wszczęciem procedury wyjaśniającej, o której mowa w art. 90 ust. 1 ustawy. Wystąpienie określonych faktów, czy powzięcie informacji, wskazujących na możliwość ziszczenia się przesłanki odrzucenia oferty opisanej w art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy, prowadzi po stronie Zamawiającego do obowiązku wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień, a w następstwie, po stronie wykonawcy, do ich przedstawienia. Sam obowiązek przedłożenia wyjaśnień w odpowiedzi na wezwanie

Zamawiającego, sankcjonowany jest przez przepis art. 90 ust. 3 ustawy, ustanawiający samodzielną przesłankę odrzucenia oferty w przypadku braku przedłożenia wyjaśnień (w ogóle braku wyjaśnień dotyczących ceny, a nie wyjaśnień lakonicznych czy z innych powodów niesatysfakcjonujących Zamawiającego). Natomiast wyjaśnienia ogólnikowe, lakoniczne czy niewiarygodne, a więc takie, które nie wykazują możliwości wykonawcy do skalkulowania ceny poniżej wartości przedmiotu zamówienia, powinny stanowić podstawę do odrzucenia oferty w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp (co wielokrotnie wskazywano w co najmniej kilkudziesięciu wyrokach sądów okręgowych i KIO). Oczywiście wyjaśnienia tego typu doprowadzą do skutku w postaci możliwości odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, tylko w wypadku, gdy rzeczywiście zniżenie ceny ofertowej w stosunku do wartości przedmiotu zamówienia ma miejsce.

Reasumując, dopiero po otrzymaniu wyjaśnień wykonawcy w przedmiocie wyceny jego oferty i po ich ocenie, Zamawiający może zdecydować o odrzuceniu oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp. Uprzednie zastosowanie procedury wyjaśniającej cenę, w ramach której wykonawca będzie miał możliwość wyjaśnienia wszystkich okoliczności związanych z kalkulacją jego ceny, jest w tym przypadku obligatoryjne i nie może zostać pominięte, na co wskazuje zarówno redakcja przepisu krajowego (art. 90 ust. 1 Pzp), jak też orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości UE (vide: wyrok ETS z dnia 22 czerwca 1989 r., sygn. C-103/88). Ewentualnie, w przypadku gdy wyjaśnienia nie zostaną przedłożone, albo z samej ich treści wynika, że cena jest rażąco niska (wykonawca podał tam okoliczności powyższe potwierdzające, np. wskazał, że w ogóle nie uwzględnił w swojej kalkulacji cenowej jakiejś zasadniczej, ważącej kosztowo części zamówienia lub zaniżył wartość kosztów z nią związanych), Zamawiający odrzuca ofertę na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy. Natomiast prawidłowość zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp jako przesłanki odrzucenia oferty, warunkowana będzie przez ocenę całokształtu okoliczności sprawy związanych zarówno z ustaleniem wartości samego zamówienia, jak też wiarygodnością i rzeczością wyjaśnień wykonawcy w przedmiocie jego indywidualnych możliwości i okoliczności zaoferowania ceny obniżonej w stosunku do wartości przedmiotu zamówienia.

Odnosząc powyższe do przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia, Izba oceniając całość materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie uznała, iż okoliczność wystąpienia ceny rażąco niskiej w niniejszym postępowaniu, w ofercie PROKONCEPT została wystarczająco wykazana.

Z ustaleń Izby wynika, że w ramach prowadzonego postępowania, w ramach poszczególnych zadań ceny brutto złożonych ofert kształtowały się następująco:

1. Zadanie nr 2
 - a) Konsorcjum – 217.296,97 zł
 - b) Odwołujący – 460.547,41 zł
 - c) BM COMLEX – 606.569,37 zł
2. Zadanie nr 3
 - a) Konsorcjum – 185.211,90 zł
 - b) Odwołujący – 370.162,23 zł
3. Zadanie nr 5
 - a) Konsorcjum – 156.919,43 zł
 - b) Odwołujący – 379.833,32 zł
4. Zadanie nr 8
 - a) Konsorcjum – 153.221,12 zł
 - b) Odwołujący – 330.882,75 zł
5. Zadanie nr 9
 - a) Konsorcjum – 243.360,03 zł
 - b) Odwołujący – 505.171,22 zł
6. Zadanie nr 11
 - a) Konsorcjum – 124.365,19 zł
 - b) Odwołujący – 209.137,30 zł
 - c) MIKO – 283.138,17 zł
7. Zadanie nr 12
 - a) Konsorcjum – 102.009,67 zł
 - b) Odwołujący – 305.693,16 zł
8. Zadanie nr 13
 - a) Konsorcjum – 183.997,17 zł
 - b) Odwołujący – 473.172,54 zł
9. Zadanie nr 14
 - a) Konsorcjum – 252.089,31 zł
 - b) Odwołujący – 452.763,84 zł

Średnia cen wszystkich złożonych ofert w ramach poszczególnych zadań kształtowała się następująco:

Zadanie nr 2 – 428.137,92 zł

Zadanie nr 3 – 277.687,07 zł

Zadanie nr 5 – 268.376,38 zł

Zadanie nr 8 – 242.051,94 zł

Zadanie nr 9 – 374.265,63 zł

Zadanie nr 11 – 205.546,89 zł

Zadanie nr 12 – 203.851,42 zł

Zadanie nr 13 – 328.584,86 zł

Zadanie nr 14 – 352.426,58 zł

Procentowy poziom ceny oferty PROCONCEPT w odniesieniu do średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert w ramach poszczególnych zadań (tj. o ile procent jest niższa cena oferty PROCONCEPT od średniej arytmetycznej) prezentuje się następująco:

Zadanie nr 2 – 49,25 %

Zadanie nr 3 – 33,30 %

Zadanie nr 5 – 41,53 %

Zadanie nr 8 – 36,70 %

Zadanie nr 9 – 34,98 %

Zadanie nr 11 – 39,50 %

Zadanie nr 12 – 49,96 %

Zadanie nr 13 – 44,00 %

Zadanie nr 14 – 28,47 %

W zakresie poszczególnych zadań wartość szacunkowa powiększona o podatek od towarów i usług kształtowała się następująco:

Zadanie nr 2 – 986.978,58 zł

Zadanie nr 3 – 639.662,60 zł

Zadanie nr 5 – 618.780,65 zł

Zadanie nr 8 – 744.204,47 zł

Zadanie nr 9 – 913.523,54 zł

Zadanie nr 11 – 482.836,21 zł

Zadanie nr 12 – 366.044,67 zł

Zadanie nr 13 – 721.459,24 zł

Zadanie nr 14 – 865.208,18 zł

Procentowy poziom ceny oferty PROCONCEPT w odniesieniu do wartości szacunkowej powiększona o podatek od towarów i usług z podziałem na poszczególne zadania (tj. o ile procent niższa jest cena oferty PROCONCEPT od wartości szacunkowej powiększona o podatek od towarów i usług) kształtuje się następująco:

Zadanie nr 2 – 77,98 %

Zadanie nr 3 – 71,05 %

Zadanie nr 5 – 74,64 %

Zadanie nr 8 – 79,41 %

Zadanie nr 9 – 73,36 %

Zadanie nr 11 – 74,24 %

Zadanie nr 12 – 72,13 %

Zadanie nr 13 – 74,50 %

Zadanie nr 14 – 70,86 %

Pismem z dnia 10 lutego 2016 roku, Zamawiający wezwał PROKONCEPT do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp w zakresie zadań nr: 1, 2, 3, 5, 8, 9, 11, 12, 13, 14. PROKONCEPT w dniu 12 lutego 2016 r. złożył jednakowe wyjaśnienia dla wszystkich powyższych zadań, w których twierdził:

- „w związku z faktem, iż firma działa w szeroko pojętym sektorze robót budowlanych, administrowania nieruchomościami oraz ogrodniczym czynności związane w/w postępowaniem nie są jedyną gałęzią dochodu firmy, to też zysk ze zrealizowanych robót został skalkulowany na odpowiednio niskim poziomie ale wyatrczającym i zadowalającym poziomie,
- obecnie realizowane kontrakty (miedzy innymi dla GDDKiA) związane utrzymaniem porządku w budynkach i doświadczenie nabyte podczas wykonywania prac przy jednoczesnym zoptymalizowanym zarządzaniu pozwoliło na znaczące obniżenie kosztów pośrednich i zwiększeniu wydajności i efektywności pracowników,

- zostanie zwiększona liczba personelu niezbędna do obsługi kontraktu, przede wszystkim osób fizycznych zajmujących się pracami porządkowymi w jednostkach wskazanych w SIWZ, jak również struktury kadry zarządzającej zostaną rozszerzone o pracowników zajmujących się obsługą tylko i wyłącznie Państwa firmy, a przede wszystkim przedmiotowego kontraktu,
- do wykonania zlecenia zostaną użyte wysokowydajne środki czystości, których odpowiednie zastosowanie (zgodnie z wymogami OPZ i SIWZ) pozwoli znacząco obniżyć nakład na ten cel,
- środki czystości oraz sprzęt niezbędny do wykonania zadania są od wielu lat nabywane od stałych, wyspecjalizowanych kontrahentów dzięki czemu nasza firma posiada kilkudziesięciu-procentowe rabaty od cen rynkowych. W związku z tym środki potrzebne na zakup materiałów są niższe niż zakładane w kosztorysie inwestorskim,
- posiadamy szeroki asortyment sprzętu dla kluczowych czynności jak np. myjki wysokociśnieniowe ciepłowodne, drabiny, dmuchawy, kosy spalinowe, itp. Które są niezbędne do czyszczenia dachów, czy też robót ogrodniczych,
- w kontrakcie występuje zróżnicowana wielkość budynków, w których będą prowadzone roboty porządkowe. W związku z tym w jednym budynku będą trwały prace znacznie krócej niż w budynku o większej powierzchni. Stąd prace w mniejszych obwodach mogą być realizowane przez tą samą osobę, co znacznie wpłynie na obniżenie kosztu realizacji zadania, a z kolei wypełni godzinowo etat pracy,
- podczas kalkulowania ceny ofertowej założono, iż każde zadanie w zakresie utrzymania porządku wewnątrz budynku będzie realizowane przez samodzielny zespół przypisany do danego Rejonu. Natomiast roboty na zewnątrz, które to wykonywane są cyklicznie, będą obsługiwane przez mobilny zespół, który na zgłoszenie osoby wskazanej przez zamawiającego w SIWZ będzie realizował prace. Dzięki temu rozwiązaniu znacząco obniżymy koszty robocizny. W związku z tym maksymalnie zostanie wykorzystany czas pracy mniejszej liczby ludzi oraz zostaną zmniejszone koszty stałe w okresie długoterminowym,
- każdy z w/w zespołów roboczych oprócz wspierających zespołów mobilnych do wykonywania prac porządkowych na zewnątrz i kierowników robót dowodzących ich pracą ma wsparcie merytoryczne w doświadczonym członku kadry zarządzającej, co znacząco obniża ryzyko błędów wykonawczych a za czym idzie spada ryzyko błędów wykonawczych,

- w związku z faktem, iż w prowadzonej przeze mnie działalności gospodarczej dokonuję samo zatrudnienia oraz, że firma jest firmą rodzinną zatrudniającą członków rodziny, to zarówno koszty pracy jak i prowadzenia działalności są niższe, niż w przypadku dużych przedsiębiorstw,
- firma posiada już sprzęt i wszelkie urządzenia niezbędne do prowadzenia zadań w ramach przedmiotowego kontraktu, w związku z czym brak jest konieczności wydawania środków na zakup nowych,
- istotnym z punktu widzenia obniżenia kosztów realizacji roboty jest również fakt, że firma posiada już duże zasoby środków czystości na stanie magazynowym i nie ma potrzeby zakupu nowych przez kilkanaście miesięcy,
- kilkuletnie doświadczenie podczas realizacji zadań z zakresu utrzymania porządku w budynkach oraz ich otoczeniu ma wymierny wpływ na optymalne zarządzanie robotami. Pozwala znacząco obniżyć koszty przeznaczone na robociznę, jak i odpowiednio zorganizować czas pracy pracowników,
- potwierdzeniem faktu iż firma pro koncept jest w stanie należycie i zgodnie z SIWZ wykonać powierzone jej roboty jest obecnie trwający kontrakt z GDDKiA (ponad 3 lata) gdzie współpraca przebiega bez zarzutu o czym świadczą liczne protokoły odbioru robót będące w państwa posiadaniu,
- założono minimalny poziom zysku na poziomie do 5% . Prace wykonane dla GDDKIA mają przede wszystkim posłużyć do zapewnienia utrzymania miejsc pracy oraz amortyzacji sprzętu. W związku iż firma działa w kilku sektorach działalności, to globalny zysk firmy rozkłada się w ciągu roku na kilka gałęzi gospodarki, czemu minimalny zysk z każdej gałęzi przekłada się na zadowalający wynik przychodów firmy na koniec roku,
- firma posiada wykwalifikowany, doświadczony personel, który znacząco wpływa na minimalizację i optymalizację czasu i kosztów pracy wymienionych w SIWZ,
- firma w przypadku podpisania umowy z zamawiającym planuje rozwój przedsiębiorstwa przez zatrudnienie dodatkowych pracowników, których to stanowiska pracy zostałyby dofinansowane z pomocy publicznej”.

Do złożonych wyjaśnień wykonawca nie załączył, żadnego dowodu potwierdzającego okoliczności, na które powoływał się w złożonych wyjaśnieniach.

Izba dokonała analizy materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie i stwierdziła, że całokształt okoliczności sprawy wskazuje, że cena zawarta w ofercie

PROKONCEPT w zakresie zadań nr: 2, 3, 5, 8, 11, 12, 13, 14 ma charakter ceny rażąco niskiej. Po pierwsze wskazać należy, że w poszczególnych zadaniach jest ona znacząco niższa od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert i mieści się w przedziale pomiędzy 30 % a 50 % (poza jednym wyjątkiem – 28,47%). W związku z powyższym, należy wskazać, iż porównanie ceny oferty PROKONCEPT w ramach powyższych zadań z cenami ofert złożonych w postępowaniu i uśrednienie ich wartości daje podstawę do przyjęcia, że cena zaoferowana przez wykonawcę jest rażąco niska, bowiem to właśnie ceny ofertowe w składane w postępowaniach o udzielenie zamówienia mogą stanowić jeden ze znaczników cen rynkowych w danej branży. Natomiast zestawienie ceny, zawartej w ofercie PROKONCEPT - w zakresie zadań nr: 2, 3, 5, 8, 9, 11, 12, 13, 14 - z wartością szacunkową (na potrzeby powyższej analizy, zwiększoną o wartość podatku od towarów i usług) wskazuje na jeszcze większą rozbieżność pomiędzy tymi cenami, gdyż różnica mieści się już w przedziale pomiędzy 70 % a 80 %.

Biorąc pod uwagę powyższe stwierdzić należy, że cena zaoferowana przez PROKONCEPT jest ceną znacznie zaniżoną nie tylko w stosunku do ofert złożonych przez innych wykonawców, ale przede wszystkim pozostaje w znacznej dysproporcji w stosunku do wartości przedmiotu zamówienia.

W związku z tym za prawidłowe należy uznać działanie Zamawiającego, który w tym przypadku, na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp, zwrócił się do PROKONCEPT z prośbą o udzielenie wyjaśnień w celu ustalenia, czy oferta złożona w ramach poszczególnych zadań, zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz czy oferta uwzględnia wszystkie wymagania zawarte w siwz, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. PROKONCEPT w wymaganym terminie złożył stosowne wyjaśnienia, jednak ich treść w ocenie Izby nie obala domniemania, że cena zaoferowana przez PROKONCEPT w ramach zadań nr: 2, 3, 5, 8, 9, 11, 12, 13, 14 jest ceną rażąco niską.

W tym zakresie Izba w pełni popiera stanowisko i argumentację Odwołującego, zawartą w treści odwołania i prezentowaną w toku rozprawy. Wobec tego za niecelowe uważa jej powielanie. Dodatkowo jedynie dodaje, że nie sposób jedynie na podstawie powyżej przytoczonych wyjaśnień, które są ogólnikowe i lakoniczne wywieść, że możliwe jest obniżenie ceny do poziomu wskazanego przez PROKONCEPT w złożonej ofercie. Podkreślenia również wymaga okoliczność, braku złożenia przez PROKONCEPT jakichkolwiek dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość

zaoferowanej ceny. Tym samym złożone wyjaśnienia są gołosłowne i złożone w stopniu uniemożliwiającym obalenie domniemania wystąpienia ceny rażąco niskiej.

Wobec tego Izba uznała, że Zamawiający błędnie ocenił wyjaśnienia PROKONCEPT, złożone na okoliczność tego, że udowadniają one realność cen zaproponowanych przez wykonawcę, czego konsekwencją było dokonanie przez Zamawiającego wyboru oferty najkorzystniejszej, za którą w ramach zadań nr: 2, 3, 5, 8, 9, 11, 12, 13, 14 uznano ofertę firmy PRPOKONCEPT.

W związku z powyższym sformułowane w odwołaniu zarzuty naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, art. 90 ust. 2 i 3 Pzp, Izba uznała za zasadne.

2. Zarzut naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp

Przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp stanowi, iż zamawiający odrzuca ofertę jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem poprawienia niezgodności oferty i siwz wskazanych w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy.

Izba wskazuje, że zastosowanie dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp jako podstawy odrzucenia oferty wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia, znajduje szerokie omówienie w doktrynie, jak też orzecznictwie sądów okręgowych i Izby. W tym zakresie Izba w pełni podziela stanowisko wyrażone w uzasadnieniu wyroku KIO z dnia 2 lutego 2015 r. sygn. akt. KIO 103/15, w który stwierdzono: „ (...) Reasumując opisywane tam interpretacje normy wynikającej z ww. przepisu wskazać należy, iż rzeczona niezgodność treści oferty z SIWZ ma mieć charakter zasadniczy i nieusuwalny (ze względu na zastrzeżenie obowiązku poprawienia oferty wynikające z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp); dotyczyć powinna sfery niezgodności zobowiązania zamawianego w SIWZ oraz zobowiązania oferowanego w ofercie; tudzież polegać może na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami siwz (z zaznaczeniem, iż chodzi tu o wymagania siwz dotyczące sposobu wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zakresu bądź jakości zobowiązania/świadczania ofertowego, a więc wymagania, co do treści oferty, a nie wymagania co do jej formy, które również tradycyjnie są pomieszczane w SIWZ); a także możliwe być winno wskazanie i wykazanie na czym konkretnie niezgodność ta polega – co konkretnie w ofercie nie jest

zgodne i w jaki sposób z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi fragmentami czy normami SIWZ.

Reasumując powyższe, można generalnie przyjąć, iż niezgodność oferty z SIWZ w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy polega albo na niezgodności zobowiązania, które w swojej ofercie wyraża wykonawca i przez jej złożenie na siebie przyjmuje, z zakresem zobowiązania, którego przyjęcia oczekuje zamawiający i które opisał w SIWZ; ewentualnie na niezgodnym z SIWZ sposobie wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zakresu owego zobowiązania w ofercie (nawet przy jego materialnej zgodności z wymaganiami zamawiającego)”.

W rozpoznawanej sprawie istotą sporu jest rozstrzygnięcie kwestii, czy treść oferty PROKONCEPT spełnia wymagania Zamawiającego, opisane w specyfikacji w zakresie wymogu zawartego w siwz, pkt. 3.1 (po zmianach z dnia 15 stycznia 2016 r.), tj. zatrudni pracowników przy realizacji usługi sprzątnięcia w budynkach na podstawie umowy o pracę ? Izba stanęła na stanowisku, że na tak zadane pytanie należy udzielić odpowiedzi przeczącej.

Nie było sporne między stronami, że Zamawiający przytoczoną powyżej treścią siwz, wymagał aby wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia zatrudnił pracowników przy realizacji usługi sprzątnięcia w budynkach na podstawie umowy o pracę. W piśmie z dnia 15 stycznia 2016 r. Zamawiający dodatkowo określił liczbę etatów dla zamawianej usługi, z podziałem na poszczególne zadania. Liczba etatów zawarta w piśmie jest zgodna z liczbą etatów opisaną przez Odwołującego w tabeli powyżej.

W treści odwołania Konsorcjum wyjaśniało, że zgodnie z art. 10 § 2 ustawy - Kodeks pracy, Państwo określa wysokość minimalnego wynagrodzenia za pracę. Jest ono ustalane corocznie w rozporządzeniu ministra pracy i polityki społecznej i dla roku 2016 wynosi 1850 zł brutto, tj. 1335,69 zł netto (rozporządzenie MPiPS z 11.09.2015 r., Dz.U. z 2015 r., poz. 1385). Warto zaznaczyć, iż całkowity koszt pracodawcy zapewniającego minimalne wynagrodzenie za pracę wynosi 2231,29 zł. Oznacza to, iż miesięczny koszt pracodawcy zatrudniającego 1 pracownika w wymiarze $\frac{1}{2}$ etatu wynosi 1115,65 zł. W toku rozprawy Zamawiający nie zaprzeczył powyższym twierdzeniom i nie kwestionował wartości podanych przez Odwołującego.

Na potrzeby rozpoznania powyższego zarzutu Izba dokonała analizy, zawartych w formularzach cenowych, cen jednostkowych netto za miesięczne wykonanie usługi w odniesieniu do oferty PROKONCET dla zadań nr: 2, 3, 5, 8, 9, 11, 12, 13, 14 w zestawieniu z

kwotami podawanymi przez Odwołującego powyżej i przedstawionymi w tabeli na stronach 8-9 uzasadnienia odwołania. Wynikiem powyższego jest wniosek, że tylko w zakresie zadania nr 11 cena jednostkowa netto za miesięczne wykonanie usługi przekracza wartość 1115,65 zł, bowiem wynosi 1.420,00 zł. W pozostałych zadaniach zaoferowane ceny w ramach poszczególnych etatów, czy też ich odpowiedniej części, są cenami niższymi od tych, wynikających z całkowitych kosztów pracodawcy, a więc odpowiednio: 1 etat – 2231,29 zł, ½ etatu 1115,65 zł.

Wobec tego bez wątpienia koszt pracodawcy, przy założeniu, iż pracownicy będą zatrudniani zgodnie z wymogami siwz oraz przepisów prawa powszechnie obowiązującego, jest zdecydowanie wyższy niż planowany przychód PROKONCEPT. Zatem realizacja przedmiotu zamówienia nie tylko nie zakłada zysków, ale również obarczona jest stratą dla prawie każdego z zadań (z wyjątkiem zadania nr 11), co wpisuje się również w kwestię wystąpienia rażąco niskiej ceny, co zostało opisane powyżej w treści uzasadnienia.

W zakresie argumentacji prezentowanej przez Zamawiającego, opierającej się na tym, że obowiązek zatrudnienia realizowany będzie dopiero w toku wykonywania usługi, Izba wskazuje, że zgodzić się należy z powyższym, ale jednocześnie podkreślając, że obowiązek ujęcia kosztów takiego rodzaju zatrudnienia należy ująć już na etapie kalkulacji oferty. W związku z powyższym ceny jednostkowe netto za miesięczne wykonanie usługi powinny obejmować koszty zatrudnienia pracowników przy realizacji usługi sprzątnia na podstawie umowy o pracę.

Podsumowując, Izba stwierdziła niezgodność oferty PROKONCEPT ze specyfikacją w zakresie zadań nr: 2, 3, 5, 8, 9, 12, 13, 14, a tym samym potwierdził się zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt. 2 Pzp.

Konkludując, Izba potwierdziła, że naruszenie przepisów ustawy, opisane powyżej, które miało wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Wobec tego, Izba uwzględniając zarzuty odwołania nakazała unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty a następnie dokonanie ponownego badania i oceny ofert połączone wraz z odrzuceniem oferty wykonawcy PROKONCET na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 4 w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp oraz na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 Pzp.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt 1 i 2 lit. b) oraz § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. 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).

.....