

WYROK

z dnia 30 grudnia 2021 roku  
Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Irmina Pawlik

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 grudnia 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 grudnia 2021 r. przez wykonawcę Awima Spółka jawna B. W. z siedzibą w Józefowie w postępowaniu prowadzonym przez

zamawiającego Zakład Emerytalno - Rentowy Ministerstwa Spraw Wewnętrznych i Administracji z siedzibą w Warszawie

orzeka:

1. uwzględni odwołanie i nakazuje zamawiającemu Zakładowi Emerytalno - Rentowemu

Ministerstwa Spraw Wewnętrznych i Administracji z siedzibą w Warszawie unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w części 1 zamówienia oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty wykonawcy Szczotka Plus Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych;

2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego Zakład Emerytalno - Rentowy

Ministerstwa Spraw Wewnętrznych i Administracji z siedzibą w Warszawie i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez odwołującego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika;

2.2. zasądza od zamawiającego Zakładu Emerytalno - Rentowego Ministerstwa Spraw Wewnętrznych i Administracji z siedzibą w Warszawie na rzecz odwołującego Awima Spółka jawna B. W. z siedzibą w Józefowie kwotę 11 100 zł 00 gr (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania poniesione przez odwołującego z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 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: .....

Zamawiający Zakład Emerytalno - Rentowy Ministerstwa Spraw Wewnętrznych i Administracji z siedzibą w Warszawie (dalej jako „Zamawiający”) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Usługa sprzątania obiektów użytkowanych przez Zakład Emerytalno-Rentowy MSWiA z podziałem na 3 części” (nr postępowania: ZER-ZP-6/2021). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień

Publicznych z dnia 10 listopada 2021 r. pod numerem 2021/BZP 00264604/01. Do ww. postępowania o udzielenie zamówienia zastosowanie znajdują przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm., dalej „ustawa Pzp”). Wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza progów unijnych, o których mowa w art. 3 ustawy Pzp.

W dniu 13 grudnia 2021 r. wykonawca Awima Spółka jawna B. W. z siedzibą w Józefowie (dalej jako „Odwołujący”) wniósł odwołanie wobec czynności wyboru jako najkorzystniejszej w części 1 zamówienia oferty wykonawcy Szczotka Plus Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (dalej jako „Szczotka Plus”) i zaniechania odrzucenia oferty ww. wykonawcy jako zawierającej rażąco niską cenę. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 224 ust. 6 ustawy Pzp w związku z:a) dokonaniem wadliwej oceny wyjaśnień dotyczących wyciszczenia ceny oferty złożonej przez Szczotka Plus; b) błędnym uznaniem, że oferta Szczotka Plus nie podlega odrzuceniu, uwzględnia w cenie wszystkie koszty wymagane treścią SWZ i wynikające z odrębnych przepisów, została obliczona zgodnie z SWZ oraz nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia; c) zaniechaniem odrzucenia oferty Szczotka Plus jako oferty, która zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;
2. art. 224 ust. 5 ustawy Pzp w związku z błędnym uznaniem, że wykonawca Szczotka Plus wykazał i udowodnił, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny;
3. art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 w zw. z art. 16 pkt 1, 2 i 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Szczotka Plus jako oferty zawierającej rażąco niską cenę, podczas gdy treść udzielonych przez tego Wykonawcę wyjaśnień potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę z przyczyn wskazanych w uzasadnieniu niniejszego odwołania, w wyniku czego doszło do zaniechania przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości;
4. art. 239 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie w zakresie części I zamówienia wyboru oferty Szczotka Plus jako oferty najkorzystniejszej w niniejszym postępowaniu, podczas gdy oferta tego Wykonawcy podlega odrzuceniu z powodu rażąco niskiej ceny.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w części 1 zamówienia, odrzucenia oferty wykonawcy Szczotka Plus, powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej.

Uzasadniając zarzuty Odwołujący po pierwsze wskazał na brak wykazania i udowodnienia jakichkolwiek szczególnych, wyjątkowych warunków mających wpływ na obniżenie ceny przez wykonawcę Szczotka Plus. Podniósł, że wyjaśnienia złożone przez ww. wykonawcę nie udowadniają, że istnieją jakiegokolwiek okoliczności mające charakter wyjątkowy, niedostępny innym przedsiębiorcom obecnym na rynku. Odwołujący wskazał za orzecznictwem Izby, iż wykonawca, który składa wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny powinien wskazać, co spowodowało obniżenie ceny, jak również to, w jakim stopniu wskazany czynnik wpłynął na jej obniżenie. Wykonawcy wolno oczywiście opisać dowolne przyczyny uzasadniające rzetelną kalkulację ceny ofertowej, jednak pod warunkiem, że mają one charakter obiektywny, dający się zweryfikować. Tymczasem wykonawca Szczotka Plus nie podał żadnych konkretnych, możliwych do weryfikacji informacji, które pozwalałyby ustalić o jakie konkretnie wartości zoptymalizowano poszczególne czynniki cenotwórcze. Wykonawca ten nie określił również poziomu zysku jaki założył w związku z realizacją przedmiotowego zamówienia. Odwołujący podkreślił także, że wykonawca nie przedstawił dowodów na poparcie swoich twierdzeń wskazanych w wyjaśnieniach, nie udowodnił, że dysponuje sprzętem niezbędnym do wykonania usługi. Ponadto, nie wyjaśniono kosztów związanych z amortyzacją, serwisem i eksploatacją ww. sprzętu. Wykonawca nie załączył żadnych dowodów również na to, że szacunkowa wartość materiałów higienicznych wynosi w skali jednego miesiąca 2000 zł netto, 2460 zł brutto. Nie jest zatem wiadomym, z czego wynikają kwoty przyjęte przez wykonawcę w kalkulacji oferty. Wszelkie twierdzenia

i wyczerpania przywołane w wyjaśnieniach nie zostały przez wykonawcę Szczotka Plus w żaden sposób udowodnione. Dodał, że nawet gdyby zostały udowodnione, to nie przedstawiają one żadnej wartości dla oceny tej oferty w kontekście art. 224 ust. 5 ustawy Pzp, gdyż nie są to okoliczności, które w jakikolwiek sposób wyróżniałyby Szczotka Plus na tle pozostałych wykonawców funkcjonujących w tej branży.

Odwołujący podniósł, że wybrany wykonawca nie przedstawił żadnych okoliczności i dowodów na potwierdzenie, że istnieją jakiekolwiek okoliczności dostępne wyłącznie jemu, które pozwalają osiągnąć przewagę konkurencyjną tak znaczną, aby umożliwiały ona wykonanie zamówienia oraz osiągnięcie zysku na odpowiednim poziomie, czyli takiego, który nie będzie stanowił czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tj. Dz. U. z 2020 r. poz. 1913 ze zm.). Podkreślił, że na wezwanie Zamawiającego wykonawca Szczotka Plus odniósł się w sposób ogólnikowy, pomijając elementy wymienione w wezwaniu Zamawiającego oraz nie przedstawił wiarygodnych dowodów. Tymczasem, powszechnie przyjmuje się, że wyjaśnienia wykonawcy, udzielone w trybie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, nie mogą mieć charakteru ogólnego, nie mogą ograniczać się do zapewnienia, że wykonawca będzie w stanie zrealizować zamówienie za podaną w ofercie cenę. Wykonawca, wezwany do udzielenia wyjaśnień, jest zobowiązany szczegółowo wskazać konkretne, dające się zweryfikować czynniki umożliwiające mu skalkulowanie ceny lub kosztu na niskim poziomie. Wykonawca powinien przedstawić w jakim stopniu dany czynnik wpłynął na obniżenie ceny. Wyjaśnienia ogólnikowe i głoślowe zrównuje się w orzecznictwie Izby z brakiem tych wyjaśnień. Odwołujący przywołał także poglądy orzecznictwa. Zdaniem Odwołującego wyjaśnienia Szczotka Plus są zbyt ogólne, by uznać je za wystarczające do uznania, że wykonawca ten nie zaoferował rażąco niskiej ceny w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Wykonawca w istocie nie odniósł się do treści wezwania Zamawiającego, nie wskazał żadnych okoliczności, które miały wpływ na obniżenie ceny, oraz nie podał w jaki sposób i o jakie wartości cena mogła zostać obniżona. Wykonawca nie powołał się na żadne okoliczności, które byłyby wyjątkowe i nie przysługiwały innym wykonawcom, ubiegającym się o zamówienie. Wykonawca nie udzielił w istocie odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego.

Odwołujący podkreślił, iż, wzywając wykonawcę Szczotka Plus do złożenia wyjaśnień w kwestii zaoferowanej ceny, Zamawiający bardzo dokładnie wskazał, jakiego rodzaju wyjaśnień oczekuje wraz z zaznaczeniem obowiązku wykazania, w jaki sposób okoliczności te będą miały wpływ na zaoferowaną cenę. Wreszcie, co również jest istotne, Zamawiający wprost oczekiwał przedstawienia dowodów na potwierdzenie okoliczności wpływających na obniżenie ceny, na które wykonawca będzie się powoływał. Złożone przez wykonawcę głoślowe wyjaśnienia ceny oferty, niepoparte dowodami dotyczącymi zasadniczych kosztów realizacji zamówienia, nie zasługiwały na pozytywną ocenę Zamawiającego. Odwołujący wskazał też, iż Zamawiający nie może zastępować wykonawcy w składaniu wyjaśnień czy dowodów. Wykonawca składający wyjaśnienia musi przedstawić wszelkie dowody, które potwierdzą, że możliwe będzie wykonanie przedmiotu zamówienia za cenę podaną w ofercie. Jednak wyjaśnienia te i dowody muszą mieć charakter obiektywny, albowiem wprost nakazuje to norma z art. 224 ust. 5 ustawy Pzp, która ciężar dowodowy w tym zakresie przerzuca na wykonawcę. Z opisanym wyżej obowiązkiem wykonawcy w pełni skorelowany jest obowiązek Zamawiającego wnikliwej i obiektywnej oceny składanych wyjaśnień. Przyjmuje się bowiem, iż nie tylko wyjaśnienia, dane i dowody wskazane przez wykonawcę powinny być na tyle konkretne, aby możliwa była ich weryfikacja oraz ocena wiarygodności, lecz również, iż wykonawcy mają prawo oczekiwać, że złożone w postępowaniu oferty i wyjaśnienia zostaną ocenione zgodnie z wyartykułowanymi przez zamawiającego wymaganiami oraz na podstawie ustawy, w poszanowaniu zasad udzielania zamówień publicznych (Odwołujący przywołał orzecznictwo w tym zakresie). Skoro wykonawca Szczotka Plus nie udowodnił szeregu czynników kosztotwórczych składających się na koszty realizacji zamówienia, to Zamawiający nie miał podstaw do uznania, że jego oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej. Wykonawca nie przedłożył żadnych dowodów potwierdzających rzetelność zaoferowanej ceny (w szczególności nie wykazał wyjątkowych okoliczności, które miałyby spowodować obniżenie cen). W miejsce dowodów (wyraźnie wskazanych z pismach Zamawiającego), wykonawca Szczotka Plus powołuje się głoślowo na swoje zaplecze sprzętowe. Wyjaśnienia wykonawcy Szczotka Plus zostały przedstawione w sposób lakoniczny. W piśmie wykonawcy został zawarty zbiór informacji niepowiązanych ze sobą, nie wnoszących nic do sprawy oświadczeń, nie popartych komentarzami i rzetelnymi dowodami.

Następnie Odwołujący wskazał na skalkulowanie w cenie oferty kosztów wynagrodzenia pracowników skierowanych do realizacji przedmiotu zamówienia poniżej minimalnego wynagrodzenia za pracę. Jak wynika z wyjaśnień rażąco niskiej ceny wykonawca skalkulował swoją ofertę w zakresie wynagrodzeń pracowników na podstawie minimalnego wynagrodzenia obowiązującego w 2021 r. co powoduje, iż zaproponowana przez niego cena nie gwarantuje osiągnięcia ustawowego minimalnego wynagrodzenia

wynikającego z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2020 r. poz. 2207) oraz rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 14 września 2021 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2022 r. Odwołujący wskazał, iż stawki minimalne na rok 2022 r., kiedy nastąpić ma realizacja zamówienia (zgodnie z § 3 ust. 1 wzoru umowy - załącznik nr 3 do SWZ „[...] nie wcześniej niż od dnia 1 stycznia 2022 r. przez okres 12 miesięcy”) były znane gdy wykonawca przystępował do kalkulacji. Odwołujący wskazał, że na dzień składania oferty, tj.

w dniu 24 listopada 2021 r. wykonawca Szczotka Plus (jak i inni wykonawcy w tym postępowaniu) znali wysokość minimalnego wynagrodzenia za pracę w 2022 r. Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 14 września 2021 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2022 r. zostało wydane w dniu 14 września 2021 r., zaś opublikowane w Dzienniku Ustaw Rzeczypospolitej Polskiej dnia 15 września 2021 r. W konsekwencji składając ofertę w dniu 24 listopada 2021 r. wykonawca znał nowe stawki minimalnego wynagrodzenia i powinien je uwzględnić w ofercie. Odwołujący wskazał także, iż przepis wchodzi w życie z dniem 1 stycznia 2022 r, zaś vacatio legis ma służyć jedynie zaznajomieniu się z opracowanym przepisem oraz przygotowaniu konkretnych organów do wdrożenia jej w życie, w związku z czym należy stwierdzić, że wykonawca Szczotka Plus mógł, a nawet powinien uwzględnić w

kalkulacji nowe przepisy. W momencie bowiem przygotowania oferty wykonawca

dysponował wszelkimi danymi (w tym ww. aktem wykonawczym) niezbędnymi do ujęcia w swojej wycenie minimalnego wynagrodzenia za pracę w 2022 r.

Odwołujący wskazał ponadto na niedoszacowanie kosztów zatrudnienia przez wykonawcę Szczotka Plus. W jego ocenie Odwołującego Wykonawca Szczotka Plus powinien uwzględnić w cenie swojej oferty wysokość minimalnego wynagrodzenia za pracę w stawce, która obowiązywać będzie w 2022 r., Odwołujący wskazał, że nawet jeśli przyjąć stawki za 2021. to i tak wykonawca Szczotka Plus zaniżył cenę poniżej minimalnych kosztów realizacji usługi. Na potwierdzenie powyższego do odwołania załączono szczegółowej kalkulacje przedstawiające obliczenia w zakresie minimalnych kosztów zatrudnienia przy realizacji usługi, w porównaniu zarówno z 2021 r., jak i z 2022 r. Odwołujący zwrócił uwagę, że w przypadku usług sprzątania podstawowym elementem wyceny -a równocześnie głównym elementem kalkulacji jest wysokość wynagrodzenia pracowników. Z załączonych wyliczeń wynika jasno, iż cena oferty Szczotka Plus została rażąco zaniżona w zakresie kosztów minimalnego wynagrodzenia, a zatem nie zapewnia realizacji przedmiotowego zamówienia bez finansowania go z innych źródeł. Wyliczenia te uwzględniają informacje, które wskazał sam wykonawca w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny, tj. informacje dotyczące ilości pracowników i rodzajów etatów - czyli 1 osoba zatrudniona w wymiarze czasu pracy pełnego etatu oraz 6 osób w wymiarze czasu pracy 0,5 etatu. Odwołujący dla przejrzystości wyводу nie kwestionował w obliczeniach kosztów materiałów i higieny podanych w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny, jednak w tym zakresie podtrzymuje swoje stanowisko opisane wyżej, iż w żaden sposób wykonawca Szczotka Plus nie udowodnił, że rzeczywiście ponosi koszty w takiej wysokości i z czego one wynikają.

Dokonując szczegółowej analizy ceny oferty wykonawcy Szczotka Plus Odwołujący w zakresie wynagrodzenia pracowników wskazał, iż z oferty i wyjaśnień wykonawcy wynika całkowity koszt zatrudnienia pracowników - 13.317,92 zł netto miesięcznie. Podczas gdy, uwzględniając jedynie minimalne wymagania określone przepisami prawa: (i) w 2021 r. realne koszty, jeśli chodzi o zatrudnienie pracowników, wynoszą 14.880,80 zł netto; (ii) w 2022 r. realne koszty, jeśli chodzi o zatrudnienie pracowników, wynosić będą 15.932,05 zł netto. W zakresie mycia okien, Odwołujący wskazał, że z oferty i wyjaśnień wykonawcy wynika całkowity koszt mycia okien 2 razy do roku - 293,58 zł netto miesięcznie. Podczas gdy, uwzględniając jedynie minimalne wymagania określone przepisami prawa: (i) w 2021 r.

realne koszty, jeśli chodzi o koszty mycia okien, wynoszą 455,09 zł netto miesięcznie; (ii) w 2022 r. realne koszty, jeśli chodzi o koszty mycia okien, wynoszą 455,09 zł netto miesięcznie. W zakresie prania dywanów jak wynika z oferty i wyjaśnień wykonawcy całkowity koszt prania dywanów 2 razy do roku wynosi 183,51 zł netto miesięcznie. Podczas gdy, uwzględniając jedynie minimalne wymagania określone przepisami prawa: (i) w 2021 r. realne koszty, jeśli chodzi o koszty prania dywanów, wynoszą 279,38 zł netto miesięcznie; (i) w 2022 r. realne koszty, jeśli chodzi o koszty prania dywanów, wynoszą 279,38 zł netto miesięcznie. Odwołujący załączył wyliczenia do każdej z trzech ww. pozycji i zestawienie kosztów.

Zdaniem Odwołującego z powyższego wynika, iż uwzględniając dodatkowo koszt badań lekarskich, który wynosi dla ilości osób podanej przez wykonawcę w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny 58,33 zł -oferta tego wykonawcy w odniesieniu do 2021 r. została niedoszacowana o 73,60 zł, zaś w odniesieniu do 2022 r. o 1.124,85 zł. Przy czym

Odwołujący zaznaczył, że kalkulacja została sporządzona w sposób optymistyczny dla Szczotka Plus, bowiem nie zakłada kosztów zwolnień lekarskich, jakie musi ponieść pracodawca w związku z przebywaniem na zwolnieniu pracowników, co w dobie pandemii COVID-19 jest częstym zjawiskiem. Kalkulacja ta została sporządzona również przy założeniu, że 7 dokładnie tych samych pracowników wykonawcy będzie zatrudnionych przez cały okres świadczenia usługi, tj. nie dojdzie do zmiany pracownika. Jeśli bowiem doszłoby do zmiany, to np. w przypadku zatrudnienia innego pracownika koszt badań lekarskich automatycznie wzrasta, z uwagi na konieczność skierowania na takie badania każdego kolejnego nowo zatrudnionego pracownika. Odwołujący wskazał ponadto, że kalkulacja ta nie zawiera także kosztów amortyzacji sprzętu, kosztów ogólnozakładowych, tj. prowadzenia rozliczeń księgowych, opłat za ubezpieczenia OC, opłat za użytkowania telefonów, materiałów biurowych i innych oraz zysku. Innymi słowy, gdyby wymienić wszelkie inne koszty, okazałoby się, że oferta jest niedoszacowana w jeszcze większym stopniu, niż to pokazuje kalkulacja załączona do odwołania. Odwołujący wskazał, że już z obecnych wyliczeń wynika, że nie tyle wykonawca nie będzie w stanie pokryć wszystkich kosztów realizowanej usługi w ramach zaoferowanej przez siebie ceny oferty, co nie będzie w stanie pokryć nawet wynagrodzeń pracowników. W ocenie Odwołującego, oferta wybranego wykonawcy podlega zatem odrzuceniu jako oferta rażąco niska. Nie pokrywa ona wszystkich kosztów, jakie mają być uwzględnione w ramach przedmiotowego postępowania i przede wszystkim nie pokrywa kosztów zatrudnienia pracowników w ilości i wymiarze zadeklarowanych przez wykonawcę Szczotka Plus.

Odwołujący wskazał, iż obowiązkiem Zamawiającego jest prowadzenie postępowania z poszanowaniem zasad zamówień publicznych oraz w zgodzie z obowiązkami nałożonymi na niego przez ustawę. Ponadto, wykonawcy biorący udział w postępowaniu, 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 ciężące na nim ustawowe obowiązki, rzetelnego zbadania złożonych ofert, gwarantując tym samym zabezpieczenie interesów uczestników procesu udzielania zamówień publicznych. Zasada równego traktowania wykonawców wskazuje na obowiązek jednakowego traktowania wykonawców, bez ulg i przywilejów, zaś zasada zachowania uczciwej konkurencji związana jest z obowiązkami, jakie ustawodawca nakłada na Zamawiającego, w czasie przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia, w tym dokonania starannej oceny złożonych ofert. Odwołujący podkreślił, że właściwa ocena wyjaśnień złożonych przez wykonawcę Szczotka Plus powinna skutkować odrzuceniem wskazanej oferty, bowiem wyjaśnienia te są ogólnikowe, niekompletne oraz nie odpowiadają wymaganiom wskazanym przez Zamawiającego. Z zarzutami omawianymi wcześniej koresponduje zarzut naruszenia art. 16 ustawy Pzp poprzez zaniechanie przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości, co polegało na pominięciu braku wiarygodnych wyjaśnień oraz dowodów, jakie nie zostały złożone przez ww. wykonawcę. Skoro Zamawiający żądał złożenia dowodów wraz z wyjaśnieniami, to nie powinien premiować wykonawcy, który takich dowodów nie dostarczył. Takie preferencyjne traktowanie wykonawcy Szczotka Plus odbyło się bowiem z naruszeniem interesu pozostałych wykonawców, w tym Odwołującego.

Zamawiający w dniu 27 grudnia 2021 r. złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, iż w ustawowym terminie nie zgłosił przystąpienia do postępowania odwoławczego żaden wykonawca.

Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 ustawy Pzp.

Izba uznała, iż Odwołujący, którego oferta mogłaby zostać wybrana jako najkorzystniejsza w przypadku potwierdzenia się zarzutów odwołania i nakazania Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i odrzucenia oferty wykonawcy Szczotka Plus w części 1 zamówienia, wykazał, iż posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba dokonała ustaleń faktycznych w oparciu o dokumentację postępowania o

udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego, w szczególności SWZ, informację z otwarcia ofert, oferty wykonawców, korespondencję prowadzoną między Zamawiającym a wykonawcą Szczotka Plus w zakresie ceny oferty, informację o wyborze oferty najkorzystniejszej w części 1 zamówienia.

Izba ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest usługa sprzątnia obiektów użytkowanych przez Zakład Emerytalno-Rentowy MSWiA z podziałem na 3 części. Część 1 obejmuje świadczenie usług sprzątnia pomieszczeń użytkowanych przez Zakład Emerytalno-Rentowy MSWiA w budynku zlokalizowanym w Warszawie przy ul. Pruszkowskiej 17. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia dla części 1 zawarto w załączniku nr 1a do SWZ. Zamawiający w pkt 6.8 SWZ wskazał, iż wymaga, aby wykonawca (podwykonawcy) w czasie realizacji umowy w każdej z części zamówienia zatrudnił osoby wykonujące czynności w zakresie sprzątnia na podstawie umowy o pracę (analogicznie wskazano w § 9 ust. 1 wzoru umowy - załącznik nr 3 do SWZ). Ponadto w § 9 ust. 2 wzoru umowy Zamawiający wskazał, iż wymaga, aby osoby, o których mowa w ust. 1, były zatrudnione przez cały okres realizacji umowy przez wykonawcę lub podwykonawcę(ów) za wynagrodzeniem w wysokości nie niższej niż minimalne wynagrodzenie za pracę, w przeliczeniu na pełny etat, ustalone na podstawie ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2020 r. poz. 2207).

W pkt 7 SWZ wskazano, iż wykonawca zobowiązany jest zrealizować przedmiot zamówienia w Części 1 lub/i w Części 2 lub/i w Części 3 w terminie 12 miesięcy od dnia zawarcia umowy, nie wcześniej niż od dnia 1 stycznia 2022 r.

Ponadto zgodnie z pkt 9.3 SWZ ceny netto i brutto podane w ofercie, w tym ceny

jednostkowe netto i brutto dla Części 1 lub/i w Części 2 lub/i w Części 3, nie będą podlegały zmianie w okresie realizacji przedmiotu zamówienia i obejmują wszelkie koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia, w tym koszty robocizny, koniecznego sprzętu, zakupu atestowanych środków czystości oraz wyposażenia i materiałów niezbędnych do należytego wykonania przedmiotu zamówienia, koszty ubezpieczenia oraz wszelkie należne cła i podatki. W pkt 9.4 SWZ wskazano zaś, że Zamawiający przewiduje możliwość zmiany umowy w zakresie wysokości wynagrodzenia Wykonawcy w przypadku zmiany: 1) wysokości stawki podatku od towarów i usług (VAT), 2) wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę albo wysokości minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2020 r. poz. 2207 z późn. zm.); 3) zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym, zasad podlegania ubezpieczeniu zdrowotnemu lub zmiany wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne, 4) zasad gromadzenia i wysokości wpłat do pracowniczych planów kapitałowych, o których mowa w ustawie z dnia 4 października 2018 r. o pracowniczych planach kapitałowych (Dz. U. z 2020 r. poz. 1342 z późn. zm.), jeśli zmiany te będą miały wpływ na koszty wykonania umowy przez wykonawcę. Analogiczne zasady przewidziano w § 6 ust. 7 wzoru umowy. Ponadto w § 6 ust. 8 wzoru umowy wskazano, iż zmiana wynagrodzenia, o której mowa w ust. 7, będzie miała zastosowanie wyłącznie w odniesieniu do wynagrodzenia objętego fakturami wystawionymi po dacie wejścia w życie zmiany przepisów prawa. W ust. 10-11 uregulowano procedurę występowania przez wykonawcę do Zamawiającego z wnioskiem o zmianę wynagrodzenia.

Wartość szacunkową zamówienia dla części ustalono na kwotę 324 161,85 zł netto. Kwota jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia w części 1 została ustalona na 410 000 zł brutto.

W postępowaniu w zakresie części 1 wpłynęło 9 ofert: oferta wykonawcy Szczotka Plus z ceną brutto 267.156,00 zł, oferta Odwołującego z ceną brutto 272.617,20 zł, oferta trzecia z ceną brutto 307.543,08 zł, oferta czwarta z ceną brutto 323.244,00 zł; oferta piąta z ceną brutto 313.513,44 zł; oferta szósta z ceną brutto 292.690,80 zł; oferta siódma z ceną brutto 332.336,16 zł; oferta ósma z ceną brutto 333.576,00 zł oraz oferta dziewiąta z ceną brutto 361.620,00 zł.

Zamawiający w dniu 26 listopada 2021 r. wezwał wykonawcę Szczotka Plus do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, w zakresie wyliczenia ceny lub jej istotnych części składowych, o których mowa w art. 224 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający przywołał także treść art. 224 ust. 3 ustawy Pzp, wskazując czego wyjaśnienia mogą dotyczyć w szczególności. Przywołał także treść art. 224 ust. 5 i 6 ustawy Pzp. Zamawiający stwierdził, że zaoferowana przez wykonawcę cena całkowita oferty złożonej dla Części 1, 2 i 3 wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości

Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, ponieważ jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania (w Części 1 o 34,84%). Zamawiający wskazał, iż w zakresie dowodów dotyczących wyliczenia ceny lub jej istotnych części składowych wzywa do złożenia co najmniej szczegółowej kalkulacji ceny oferty, która będzie uwzględniała w przyjętej cenie netto i brutto: wszelkie koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia, w tym koszty robocizny, koniecznego sprzętu, zakupu atestowanych środków czystości oraz wyposażenia i materiałów niezbędnych do należytego wykonania przedmiotu zamówienia, koszty ubezpieczenia oraz wszelkie należne cła i podatki. Zamawiający wskazał także na treść art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie wykonawca Szczotka Plus złożył wyjaśnienia wskazując w zakresie części 1:

„Szacunkowa wartość materiałów potrzebnych do wykonania zadania zapewniona

przez Wykonawcę w skali jednego miesiąca -500 zł netto 615 zł brutto. Kwota pomniejszona o odpis podatkowy (CIT 8 koszt uzyskania przychodu) -405 zł netto 498,15 zł brutto.

Planowane zatrudnienie to 1 osoba w wymiarze czasu pracy pełnego etatu (2100 zł netto 2855,19 zł brutto całkowity koszt pracodawcy 3439,94 zł) oraz 6 osób w wymiarze czasu pracy 0,5 etatu (6300 zł netto 8198,82 zł brutto całkowity koszt pracodawcy 9877,98). Koszty pracy osób zatrudnionych do wykonania przedmiotu zamówienia, uwzględniających obowiązujące przepisy o minimalnym wynagrodzeniu za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę. Kwota łączna wynagrodzeń netto 8400 zł brutto 11054,01 zł. Całkowity koszt pracodawcy 13317,92 zł. Kwota pomniejszona częściowo o odpis podatkowy (CIT 8 koszt uzyskania przychodu) -10787,51 zł netto nie wyliczono brutto z VAT ponieważ wynagrodzenia nie zawierają takiego podatku.

Szacunkowa wartość materiałów higienicznych zapewniona przez Wykonawcę w skali jednego miesiąca -2000 zł netto 2460 zł brutto. Kwota pomniejszona o odpis podatkowy (CIT 8 koszt uzyskania przychodu) -1620 zł netto 1992,60 zł brutto.

Mycie okien 2 razy w roku na powierzchni wymaganej w specyfikacji. Szacowana ilość godzin pracy 20. Pracowników 6 osób. Stawka godzinowa 25 zł 1 godzina.  $25 \times 6 = 150 \text{ zł} \times 20 \text{ godzin} = 3000 \text{ zł}$  płać netto. Koszty pracy brutto 3523 zł. Kosztowy ryczałt miesięczny 293,58 zł netto. Kwota pomniejszona o odpis podatkowy (CIT 8 koszt uzyskania przychodu) -237,80 zł netto, nie wyliczono brutto z VAT ponieważ wynagrodzenia nie zawierają takiego podatku.

Pranie wykładzin 2 razy w roku na powierzchni wymaganej w specyfikacji. Szacowana ilość godzin pracy 25. Pracowników 3 osoby. Stawka godzinowa 25 zł 1 godzinę.  $25 \times 3 = 75 \text{ zł} \times 25 \text{ godzin} = 1875 \text{ zł}$  płać netto. Koszty pracy brutto 2202,20 zł. Kosztowy ryczałt miesięczny 183,51 zł netto. Kwota pomniejszona o odpis podatkowy (CIT 8 koszt uzyskania przychodu) -148,64 zł netto, nie wyliczono brutto z VAT ponieważ wynagrodzenia nie zawierają takiego podatku.

Łączny szacunkowy koszt przed urealnieniem za 1 miesiąc netto 16295,01 zł brutto 16870,01 zł. Łączny szacunkowy koszt przed urealnieniem za 12 miesięcy netto 19548,12 zł brutto 202440,12 zł. Kwoty pomniejszone o odpis podatkowy (CIT 8 koszt uzyskania przychodu) -13198,96 zł netto miesięcznie 13664,70 brutto miesięcznie. Kwoty pomniejszone o odpis podatkowy (CIT 8 koszt uzyskania przychodu) 12 miesięcy netto 158387,52 zł, brutto 163976,40 zł.

Sprzęt niezbędny do wykonania usługi znajduje się na wyposażeniu Szczotka Plus Sp. z o. Wszystkie podane wyliczenia mogą zawierać błędy szacunkowe + -2% W przypadku niedoszacowania kosztów kontrakt zostanie dofinansowany pozostałą kwotą.”

Zamawiający w analogiczny sposób w dniu 26 listopada 2021 r. wezwał do wyjaśnienia ceny oferty m.in. Odwołującego. Odwołujący złożył wyjaśnienia wraz z dowodami (dokumenty objęte tajemnicą przedsiębiorstwa).

Zamawiający w dniu 7 grudnia 2021 r. poinformował wykonawców o dokonaniu wyboru oferty złożonej przez Szczotka Plus jako najkorzystniejszej w części 1 zamówienia.

Izba zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie. Wybór oferty najkorzystniejszej w części 1 zamówienia został dokonany z naruszeniem wskazanych w odwołaniu przepisów ustawy Pzp, a Zamawiający powinien był odrzucić ofertę wykonawcy Szczotka Plus na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp z uwagi na fakt, iż złożone przez tego wykonawcę wyjaśnienia nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu.

Zgodnie z art. 16 ustawy Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny. Zgodnie z art. 224 ust. 1 ustawy 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. Ust. 5 tego przepisu wskazuje, iż obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy. W myśl zaś ust. 6 odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu. Ponadto w art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp wskazano, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zgodnie zaś z art. 239 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.

W oparciu o ww. regulacje należy wskazać, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia ciężar dowodu w zakresie wykazania, że cena oferty nie jest rażąco niska spoczywa na wykonawcy, który został wezwany do wyjaśnień w tym przedmiocie, na co wskazuje wprost art. 224 ust. 5 ustawy Pzp. Zgodnie z utrwalonym w orzecznictwie poglądem złożone przez wykonawcę wyjaśnienia w zakresie ceny oferty lub kosztu, lub ich istotnych części składowych, winny być konkretne, wyczerpujące i rozwiewające wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów. To na wykonawcy ciąży obowiązek wykazania, jakie obiektywne czynniki pozwoliły mu na obniżenie ceny oferty oraz w jakim stopniu dzięki tym czynnikom cena oferty została obniżona. Powyższe ma bardzo istotne znaczenie, ponieważ to wyłącznie na podstawie złożonych wyjaśnień Zamawiający dokonuje oceny czy oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt, czy też rażąco niskie ich istotne części składowe. Efektem składanych wyjaśnień ma być stworzenie podstaw do uznania przez zamawiającego, że podejrzenie dotyczące rażąco niskiej ceny oferty nie było uzasadnione. Podkreślić trzeba, iż nie tylko nieudzielenie wyjaśnień w wyznaczonym terminie skutkować będzie koniecznością odrzucenia oferty, ale także złożenie takich wyjaśnień, które wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny (por. art. 224 ust. 6 ustawy Pzp).

Podkreślić należy, że wezwanie do wyjaśnienia ceny oferty co do zasady jest konsekwencją stwierdzenia faktu, że cena ta w sposób zauważalny odbiega od wartości zamówienia czy średniej arytmetycznej cen innych ofert. W odpowiedzi na takie wezwanie wykonawca zobowiązany jest zatem wyjaśnić w sposób szczegółowy i konkretny, że zaofferowana cena gwarantuje należyłą realizację całego zamówienia, uwzględnia wszelkie niezbędne do tego elementy, jak również wykazać dlaczego był w stanie zaofferować cenę na takim, a nie innym poziomie, czyli poziomie odbiegającym od wartości zamówienia lub cen innych złożonych w postępowaniu ofert. Nie mniej istotne znaczenie ma również ustawowy obowiązek złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych. Obowiązek ten wynika wprost z art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, gdzie jednoznacznie wskazano, iż „zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych”, a potwierdzeniem istnienia powyższego obowiązku jest również art. 224 ust. 6 ustawy Pzp, wskazujący na konieczność odrzucenia oferty „jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu”. Ustawa Pzp nie określa katalogu dowodów, które wykonawca zobowiązany jest złożyć zamawiającemu w celu uzasadnienia racjonalności i rynkowej wyceny swojej oferty. Oznacza to więc, że każdy dowód, który w ocenie wykonawcy potwierdza argumentację przedstawioną w wyjaśnieniach, może okazać się przydatny i pomocny przy dokonywanej przez zamawiającego ocenie. Natomiast ustawa wyraźnie nakłada na wykonawców obowiązek przedstawienia dowodów na poparcie stawianych twierdzeń, ponieważ same wyjaśnienia rzadko kiedy mogą być uznane za w pełni obiektywne jako składane przez podmiot bezpośrednio zainteresowany rozstrzygnięciem. Zamawiający musi mieć możliwość zweryfikowania czy okoliczności, na które powołują się wykonawcy, znajdują odzwierciedlenie w rzeczywistości.

Izba zgodziła się z Odwołującym, że wyjaśnienia złożone przez wykonawcę Szczotka Plus były lakoniczne i niepełne, zawierały nieprawidłowe założenia, a podnoszone w nich twierdzenia nie zostały wykazane. W ocenie Izby na gruncie tak przedstawionych wyjaśnień nie da się pozytywnie zweryfikować realności zaofiarowanej przez wykonawcę Szczotka Plus ceny. Zamawiający dysponował wyłącznie gołosłownymi zapewnieniami wykonawcy, do tego niepełnymi, a wskazane przyjęte do kalkulacji kwoty nie zostały przez wykonawcę ani szerzej wyjaśnione, ani poparte jakimikolwiek dowodami.

Susznie wskazał Odwołujący na istotny błąd przyjęty w założeniach wykonawcy Szczotka Plus, powodujący niedoszacowanie kosztów pracy stanowiących podstawę kalkulacji ceny ofertowej, a mianowicie skalkulowanie ceny oferty z pominięciem wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na rok 2022 r. Ze złożonych przez wykonawcę Szczotka Plus wyjaśnień wynika, iż na potrzeby obliczenia łącznych kosztów wynagrodzenia pracowników (jedna osoba planowana do zatrudnienia w wymiarze całego etatu oraz sześć osób na pół etatu) przyjęto kwotę 2 100 zł netto (2 955,19 zł brutto) za 1 pełny etat. Przyjęta kwota wynagrodzenia za pracę jest kwotą niższą niż obowiązująca od 1 stycznia 2022 r. wysokość minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalona rozporządzeniem Rady Ministrów w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2022 r. z dnia 14 września 2021 r. (Dz. U. z 2021 r. poz. 1690). Zgodnie bowiem z § 1 tego rozporządzenia od dnia 1 stycznia 2022 r. ustala się minimalne wynagrodzenie za pracę w wysokości 3010 zł (brutto).

Podkreślić należy, że Zamawiający wymagał bezwzględnie, aby wykonawca w czasie realizacji umowy zatrudnił osoby wykonujące czynności w zakresie sprzątnięcia na podstawie umowy o pracę. Zamawiający w § 9 ust. 2 wzoru umowy wprost wskazał również, iż wymaga, aby osoby te były zatrudnione przez cały okres realizacji umowy przez wykonawcę lub podwykonawcę(ów) za wynagrodzeniem w wysokości nie niższej niż minimalne wynagrodzenie za pracę, w przeliczeniu na pełny etat, ustalone na podstawie ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2020 r. poz. 2207). Podkreślić także należy, że przedmiot zamówienia obejmował realizację usług sprzątnięcia pomieszczeń przez okres 12 miesięcy, ale nie wcześniej niż od 1.01.2022 r. Oczywistym było zatem, że wynagrodzenie pracowników nie może być niższe od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na rok 2022, a nie rok 2021. Dalej wskazać należy, że termin składania ofert upływał 24 listopada 2021 r., kiedy to informacją znaną już powszechnie była wysokość wynagrodzenia minimalnego ustalonego na rok 2022 - Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 14 września 2021 r w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2022 r. zostało bowiem opublikowane w dniu 15 września 2021 r. Fakt publikacji informacji o wysokości minimalnego wynagrodzenia na kolejny rok kalendarzowy do dnia 15 września bieżącego roku kalendarzowego jest okolicznością, jakiej wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia, jako podmioty profesjonalne i pracodawcy, powinni mieć świadomość. Art. 2 ust. 4 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (t.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 2207) wskazuje, iż wysokość minimalnego wynagrodzenia, a także wysokość minimalnej stawki godzinowej, o których mowa w ust. 3, podlegają ogłoszeniu w Dzienniku Urzędowym Rzeczypospolitej Polskiej „Monitor Polski”, w drodze obwieszczenia Prezesa Rady Ministrów, w terminie do dnia 15 września każdego roku.

Mając na uwadze powyższe nie budziło żadnych wątpliwości Izby, że wykonawca składając ofertę w dniu 24 listopada 2021 r. na realizację usługi, która nie zaczęła się wcześniej niż 1 stycznia 2022 r. powinien uwzględnić w cenie oferty koszty pracy na poziomie nie niższym niż ustalone na rok 2022 minimalne wynagrodzenie za pracę. Nie można zgodzić się tutaj z Zamawiającym, że wykonawca nie musiał uwzględniać w cenie oferty zmiany wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę od 1 stycznia 2022 r. z uwagi na przewidziane w umowie mechanizmy waloryzacji wynagrodzenia w przypadku zmiany obowiązujących przepisów prawa. Klauzule waloryzacyjne służą temu, aby strony umowy nie ponosiły ryzyka zmiany stosunków gospodarczych, które nastąpiły w trakcie realizacji zamówienia i dostosowaniu poziomu wynagrodzenia umownego tak, aby był on adekwatny do zaistniałych realiów, w tym np. zmian przepisów w zakresie należności publicznoprawnych czy zmian określonych cel lub kosztów. Waloryzacja umowna ma urealnić wysokość wynagrodzenia w stosunku do okoliczności, jakie pojawiły się w trakcie realizacji umowy, tak aby wynagrodzenie to pokrywało rzeczywiste koszty świadczenia usługi, a nie służyć do konwalidacji błędów wykonawcy, jakie popełnił on na etapie kalkulowania ceny oferty.

W przedmiotowym przypadku wykonawca Szczotka Plus błędnie skalkulował koszty pracy, a poprawienie tego błędu po zawarciu umowy, w oparciu o klauzule waloryzacyjne nie jest możliwe. Wykonawcy ubiegający się o przedmiotowe zamówienie w momencie składania ofert dysponowali pełnymi informacjami co do wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę obowiązującej od 1 stycznia 2022 r., jak i posiadali wiedzę, że

realizacja zamówienia nie rozpocznie się wcześniej niż od 1 stycznia 2022 r. Nie mamy tutaj do czynienia zatem z okolicznością zmiany stosunków gospodarczych czy obowiązujących regulacji prawnych na etapie realizacji zamówienia, niemożliwych do przewidzenia w chwili składania oferty. Ponadto stanowisko Zamawiającego jest nie do pogodzenia z zasadą równego traktowania wykonawców. Przyjmując bowiem hipotetycznie, że różnica pomiędzy ceną oferty wybranego w niniejszym postępowaniu wykonawcy opartą o stawkę minimalnego wynagrodzenia obowiązującą w roku 2021, a ofertą drugiego w rankingu wykonawcy kalkulowaną w oparciu o prawidłową stawkę minimalnego wynagrodzenia, czyli stawkę obowiązującą w roku 2022, wynosiłaby przykładowo 500 zł, to Zamawiający dokonałby wyboru oferty tylko pozornie tańszej - po waloryzacji wynagrodzenia z uwzględnieniem obowiązującego od 1 stycznia 2022 r. minimalnego wynagrodzenia za pracę oferta wybranego wykonawcy okazałaby się w istocie droższa niż oferta wykonawcy drugiego w rankingu. Tego rodzaju działanie Zamawiającego prowadziłoby do nieuprawnionego urealnienia kosztów pracy, które w ofercie nie zostały należycie oszacowane.

Podkreślić należy, że Zamawiający ma obowiązek należytego zweryfikowania czy w cenie oferty uwzględniono wszelkie niezbędne w świetle przepisów koszty związane z zatrudnianiem osób mających realizować zamówienie na umowę o pracę i czy przyjęte do kalkulacji wynagrodzenie pracowników nie jest niższe niż ustawowo wymagane. Z art. 224 ust. 4 ustawy Pzp wprost wynika, że w przypadku zamówień na usługi zamawiający wzywając wykonawcę do złożenia wyjaśnień, o których mowa w ust. 1 tego przepisu, ma obowiązek zażądać wyjaśnień w zakresie dotyczącym zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz.U. z 2018 r. poz. 2177 oraz z 2019 r. poz. 1564) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie (pkt 4) oraz zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie (pkt 6). Naturalną konsekwencją istnienia po stronie zamawiającego takiego obowiązku, jest zaktualizowanie się po stronie wykonawcy obowiązku udzielenia stosownych wyjaśnień w kwestii kosztów pracy i zgodności z przepisami prawa pracy w przypadku otrzymania takiego wezwania. Z wyjaśnień złożonych przez wykonawcę Szczotka Plus wynika, że wartość kosztów pracy przyjęta do ustalenia

17  
ceny jest niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę, a zatem wyjaśnienia te nie wykazują, że cena oferty nie jest rażąco niska.

Dalej należy zauważyć, iż Odwołujący oprócz niedoszacowania kosztów wynagrodzeń pracowniczych wskazał także na niedoszacowanie kosztów związanych z myciem okien i praniem dywanów, przedkładając w tym zakresie szczegółowe wyliczenia oraz zestawienie (załączniki do odwołania). Wskazał ponadto na brak udowodnienia dysponowania przez wykonawcę Szczotka Plus sprzętem, brak uwzględnienia/wyjaśnienia kosztów związanych z amortyzacją, serwisem czy eksploatacją tego sprzętu, kosztów ogólnozakładowych czy brak wykazania przyjętych wartości materiałów higienicznych. Odwołujący zauważył również, że z wyjaśnień nie wynika nawet wysokość przyjętego zysku, nie powołano się także na okoliczności charakterystyczne dla wykonawcy Szczotka Plus, które faktycznie pozwalałyby mu na obniżenie ceny do poziomu zadeklarowanego w ofercie. Do wyjaśnień nie załączono ponadto żadnych dowodów.

Zamawiający twierdzeń tych w żaden sposób nie odparł, podnosząc jedynie, że nie zgadza się z zestawieniem kosztów sporządzonym przez Odwołującego, niemniej do tych zestawień w ogóle się nie odniósł. Nie sposób podzielić także stanowiska Zamawiającego, który uzasadniając rynkowość zaoferowanej przez wykonawcę Szczotka Plus ceny powołał się na fakt, iż w wyjaśnieniach wskazano, że ewentualnie niedoszacowania kosztów (Zamawiający wskazał tu na koszty pracy, amortyzacji, serwisu i sprzętu) zostaną dofinansowane pozostałą kwotą. Uznanie takiego stwierdzenia za wystarczające wypacza sens badania ceny oferty. Obowiązkiem wykonawcy jest złożenie wyjaśnień szczegółowych i rzetelnych, udowadniających realność zaoferowanej ceny, a z wyjaśnień takich powinno jasno wynikać, jakie konkretnie koszty i w jakiej wysokości składają się na cenę oferty. Zawarcie w treści wyjaśnień ogólnego stwierdzenia, że ewentualne niedoszacowane koszty zostaną pokryte z pozostałej kwoty w istocie nic nie wyjaśnia i bynajmniej nie udowadnia, że cena została skalkulowana prawidłowo. Wręcz przeciwnie, stanowi ono pole do nadużyć i powoływania się następczo, już po złożeniu wyjaśnień (np. w ramach postępowania odwoławczego) na okoliczność, że w nieomówionej w wyjaśnieniach kwocie stanowiącej różnicę pomiędzy łączną kwotą wynikającą z przedstawionych w wyjaśnieniach kosztów a ceną wskazaną w ofercie, mieszczą się wszelkiego rodzaju inne koszty w wyjaśnieniach nie omówione. W ocenie Izby stanowisko Zamawiającego zaprezentowane w odpowiedzi na odwołanie i na rozprawie wręcz potwierdza lakoniczność i niepełność przedstawionych przez wykonawcę Szczotka Plus wyjaśnień. Zamawiający przyjął bowiem, iż rzeczona różnica

między kosztami wskazanymi w wyjaśnieniach ceny oferty, a ceną oferty stanowić ma zysk wykonawcy w kwocie 36 457,80 zł brutto, podczas gdy jest to nic innego jak wyłącznie przypuszczenie Zamawiającego, gdyż z wyjaśnień tych nie wynika ani poziom zysku, ani informacje co konkretnie mieści się w tej właśnie różnicy (czy faktycznie tylko zysk, czy również inne koszty, np. koszty ogólnozakładowe lub ryzyka).

Nie zasługuje na uwzględnienie także stanowisko Zamawiającego, jakoby Odwołujący nie uzasadnił zarzutów podniesionych w odwołaniu i przedstawił jedynie swoją opinię, niezawierającą żadnych konkretów, w tym rzetelnych obliczeń. Stanowisko to całkowicie abstrahuje od treści odwołania, które zawiera szczegółowe uzasadnienie, jak i wyliczenia przedstawione w załącznikach do odwołania. Podkreślić w tym miejscu należy, że zgodnie z art. 537 ustawy Pzp ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na: 1) wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego; 2) zamawiającym, jeżeli wykonawca, który złożył ofertę, nie jest uczestnikiem postępowania odwoławczego. W świetle ww. regulacji ciężar dowodu, że oferta wykonawcy Szczotka Plus nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywał w postępowaniu odwoławczym na Zamawiającym. Kontradiktoryjny charakter postępowania odwoławczego powoduje, że rolą stron, między którymi toczy się spór, jest udowodnienie swoich racji i obrona prezentowanych stanowisk, zaś rola Izby sprowadza się jedynie do oceny prezentowanego w toku postępowania odwoławczego materiału dowodowego. Bierność stron w przedstawianiu twierdzeń i dowodów na ich poparcie ma zatem kluczowy wpływ na rozstrzygnięcie. Zamawiający w ogóle nie odparł twierdzeń przedstawionych w odwołaniu, a jednocześnie nie przedstawił skutecznej argumentacji ani dowodów, wykazujących rzetelność wyjaśnień złożonych przez wykonawcę Szczotka Plus i realność ceny zaoferowanej przez tego wykonawcę.

Mając na uwadze wszystko powyższe Izba stwierdziła, że odwołanie podlega uwzględnieniu w całości i nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w części 1 zamówienia oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty wykonawcy Szczotka Plus na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp oraz § 7 ust. 1 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. b) Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: .....