Sygn. akt KIO 859/22

WYROK

z dnia 20 kwietnia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie 15 kwietnia 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego 28 marca 2022 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: DGP Clean Partner sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, SEBAN sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach, DGP PROVIDER sp. z o.o. z siedzibą w Legnicy, 7 MG sp. z o.o. z siedzibą w Legnicy, Partner Medica sp. z o.o. z siedzibą w Legnicy [„Odwołujący"]

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. Kompleksowa usługa w zakresie

utrzymania czystości i porządku na terenie i w obiektach dla Oddziału Centralny Zakład Odwadniania Kopalń na lata 2022-2023 (nr postępowania ZP-CZOK-0056/21)

prowadzonym przez zamawiającego: Spółka Restrukturyzacji Kopalń S.A. z siedzibą w Bytomiu [„Zamawiający"]

przy udziale wykonawcy zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego: Przedsiębiorstwo „REKOM" sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku [„Przystępujący"]

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Przystępującego, a przy powtarzaniu czynności w prowadzonym postępowaniu - odrzucenie tej oferty, a także oferty złożonej przez PROGRESSIO M. K. z Bytomia na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) z uwagi na złożenie wyjaśnień wraz z dowodami, które nie uzasadniły podanej w ofercie ceny.

2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Zamawiającego i:

1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15000 zł 00 gr

(słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

2) zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołujących solidarnie kwotę 18600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) odpowiadającą kosztom postępowania odwoławczego poniesionym przez Odwołujących z tytułu uiszczonego wpisu od odwołania oraz uzasadnionych kosztów strony w postaci wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 i 580 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.

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

Spółka Restrukturyzacji Kopalń S.A. z siedzibą w Bytomiu {dalej: „SRK” lub „Zamawiający”} prowadzi na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) {dalej również: „ustawa pzp” lub „pzp”} w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na usługi pn. Kompleksowa usługa w zakresie utrzymania czystości i porządku na terenie i w obiektach dla Oddziału Centralny Zakład Odwadniania Kopalń na lata 2022-2023 (nr postępowania ZP-CZOK-0056/21).

Ogłoszenie o tym zamówieniu 10 listopada 2021 r. zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2021/S_218 pod poz. 574139.

Wartość tego zamówienia przekracza progi unijne.

16 marca 2022 r. Zamawiający zawiadomił drogą elektroniczną wykonawców uczestniczących w powyższym postępowaniu o jego rozstrzygnięciu - wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Przedsiębiorstwo „REKOM” sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku {dalej w skrócie: „Rekom” lub „Przystępujący”} oraz o klasyfikacji ofert na kolejnych miejscach, w tym na 2. - oferty PROGRESSIO M. K. z Bytomia {dalej: „Progressio”}, a na 3. - oferty wspólnej DGP Clean Partner sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, SEBAN sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach, DGP PROVIDER sp. z o.o. z siedzibą w Legnicy, 7 MG sp. z o.o. z siedzibą w Legnicy, Partner Medica sp. z o.o. z siedzibą w Legnicy {dalej: „Konsorcjum DGP”}.

28 marca 2022 r. Konsorcjum DGP {dalej również: „Odwołujący”} wniosło do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (zachowując wymóg przekazania jego kopii Zamawiającemu) od powyższej czynności, a także od zaniechania odrzucenia ofert złożonych przez Rekom i Progressio.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp {lista zarzutów}:

1. Art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 218 ust. 1 w zw. z art. 16 oraz art. 17 ust. 2 w zw. z art. 239 w zw. z art. 3 ustawy z dnia 9 maja 2014 r. o informowaniu o cenach towarów i usług (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 178 ze zm. {dalej: „ustawa o cenach”} w zw. z art. 5 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (t.j. Dz. U. z 2021 poz. 685 ze zm.) {dalej również: „ustawa o VAT”} w zw. z art. 8 ust. 1 i art. 29a ustawy o VAT - podatku przez zaniechanie odrzucenia ofert Rekomu i Progressio, mimo że są niezgodne z warunkami zamówienia, w szczególności z postanowieniami specyfikacji warunków zamówienia {dalej: „SWZ”}, w tym załącznika nr 1 pn. Opis przedmiotu zamówienia {dalej również: „OPZ”}, załącznika nr 2 pn. Projektowanie postanowienia umowne {dalej: „wzór umowy”}, gdyż ceny tych ofert nie uwzględniają wszystkich wymagań tam opisanych, jak również wymagań wynikających z odrębnych przepisów, w szczególności regulujących uprawnienia pracownicze czy kwestie podatku od towarów i usług, nie obejmują wyceny całego przedmiotu zamówienia w poszczególnych pozycjach podlegających wycenie w formularzu ofertowym -. powiększenia kosztu wynagrodzeń pracowników o należny VAT, kosztów zapewnienia pracownikom praw pracowniczych (PPK, urlopy, absencje chorobowe); oferta Rekomu nie obejmuje także: minimalnie wymaganej liczby osób (etatów) niezbędnej do realizacji zamówienia, sprzętu, kosztów nadzoru, konieczności powiększenia kosztu wynagrodzeń osób zatrudnionych na umowę zlecenia o należny VAT, kosztów szkoleń; oferta Progressio nie obejmuje także kosztów: wykorzystania przez menadżera samochodu prywatnego do celów służbowych, badań lekarskich, administracyjnych oraz zawiera nieprawidłową stawkę składki na Fundusz Pracy, którą ujęto w wysokości 2% zamiast 2,45% podstawy wymiaru składek. Zamawiający określił szczegółowo wymagania stawiane w związku z koniecznością podania ceny oferty jako ceny brutto, zatrudnienia na umowę o pracę pracowników, jak i rodzaju świadczeń, środków, materiałów do konserwacji, które na bieżąco zobowiązany jest dostarczyć wykonawca - wszystkie musiały być ujęte w cenie oferty, która powinna obejmować całość zamówienia. Tymczasem z treści wyjaśnień wynika, że Rekom oraz Progressio wynagrodzenie brutto pracowników w rozumieniu przepisów regulujących system ubezpieczeń społecznych potraktowali jako wartość

składającą się na cenę brutto oferty i nie doliczyli do tego składnika cenotwórczego podatku od towarów i usług, który każdy z przedsiębiorców jest zobowiązany ponieść, co oznacza, że niezależnie od pozostałych wskazanych powyżej braków, wyjaśniana cena oferty brutto zawiera podany jako brutto koszt wynagrodzeń, który jest kosztem netto, ergo cena oferty jest inna niż ta podana w formularzu ofertowym. Oferty te nie odpowiadają wymaganiom Zamawiającego, gdyż w warstwie merytorycznej nie obejmują wyceny całego przedmiotu zamówienia, nie obejmują pełnego zakresu przyszłego zobowiązania umownego. W konsekwencji Zamawiający dokonał wadliwego wyboru oferty Rekomu, mimo że jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia, a postępowanie przeprowadził z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

2. Art. 224 ust. 5 i 6 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 239 w zw. art. w zw. z art. 17 przez zaniechanie odrzucenia ofert złożonych przez Rekom i Progressio w sytuacji, gdy wykonawcy ci złożyli nierzetelne, wybiórcze, ogólnikowe i lakoniczne wyjaśnienia, a tym samym nie wykazali, że ich oferty nie zawierają rażąco niskiej ceny, a wręcz treść wyjaśnień wskazuje na rażąco niskie ceny tych ofert i nieuwzględnienie wszystkich wymagań wynikających z SWZ wraz z załącznikami, regulacji podatkowych oraz odnoszących się do praw pracowniczych. Rekom i Progressio nie skalkulowali pełnego zakresu przedmiotu zamówienia i nie są w stanie wykonać przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego, w szczególności związanymi z koniecznością zapewnienia pracownikom praw pracowniczych, uwzględnienia wynikających z SWZ kosztów pracowniczych i innych elementarnych składników ceny, takich jak konieczność odprowadzenia podatku od towarów i usług od każdego składnika cenotwórczego, czyli od ustalonej prawidłowo wartości oferty netto. Wykonawcy mieli obowiązek zapewnić odpowiednią liczbę osób, środków, materiałów, sprzętu dla kompleksowego, należytego i starannego wykonania usługi, ustalić cenę brutto zgodnie z obowiązującymi w tym zakresie regulacjami prawnymi. Tymczasem wyceny ofert Rekomu i Progressio nie obejmują konieczności powiększenia kosztu wynagrodzeń pracowników o należny podatek od towarów i usług, kosztów zapewnienia pracownikom praw pracowniczych (PPK, urlopy, absencje chorobowe); oferta Rekomu nie obejmuje także: minimalnie wymaganej liczby osób (etatów) niezbędnej do realizacji zamówienia, sprzętu, kosztów nadzoru, konieczności powiększenia kosztu wynagrodzeń osób zatrudnionych na umowę zlecenia o należny VAT, kosztów szkoleń; oferta Progressio nie obejmuje także kosztów: wykorzystania przez menadżera samochodu prywatnego do celów służbowych, badań lekarskich, administracyjnych oraz zawiera nieprawidłową stawkę składki na Fundusz Pracy, którą ujęto w wysokości 2% zamiast 2,45% podstawy wymiaru składek Tym samym Zamawiający jedynie formalnie dopełnił procedury wyjaśniającej, nie przeprowadzając pogłębionej merytorycznej analizy złożonych mu wyjaśnień, co spowodowało wadliwy wybór najkorzystniejszej oferty i wskazuje na przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

3. Art. 226 ust. 1 pkt 10 w zw. z art. 16 oraz art. 17 ust. 2 w zw. z art. 239 w zw. z art. 3 ustawy o cenach w zw. z art. 5 ust. 1 pkt 1 ustawy o VAT w zw. z art. 8 ust. 1 i art. 29a ustawy o VAT - przez zaniechanie odrzucenia ofert Rekomu i Progressio, mimo że każda z nich jest obarczona błędem w obliczeniu ceny, który polega na nieuwzględnieniu wszystkich wymagań opisanych w SWZ i załącznikach, jak również wymagań wynikających z odrębnych przepisów, w szczególności regulujących uprawnienia pracownicze czy kwestie podatku od towarów i usług, nie obejmują wyceny całego przedmiotu zamówienia w poszczególnych pozycjach podlegających wycenie w formularzu ofertowym -. powiększenia kosztu wynagrodzeń pracowników o należny VAT, kosztów zapewnienia pracownikom praw pracowniczych (PPK, urlopy, absencje chorobowe); oferta Rekomu nie obejmuje także: minimalnie wymaganej liczby osób (etatów) niezbędnej do realizacji zamówienia, sprzętu, kosztów nadzoru, konieczności powiększenia kosztu wynagrodzeń osób zatrudnionych na umowę zlecenia o należny VAT, kosztów szkoleń; oferta Progressio nie obejmuje także kosztów: wykorzystania przez menadżera samochodu prywatnego do celów służbowych, badań lekarskich, administracyjnych oraz zawiera nieprawidłową stawkę składki na Fundusz Pracy, którą ujęto w wysokości 2% zamiast 2,45% podstawy wymiaru składek.. Tymczasem z treści wyjaśnień wynika, że Rekom oraz Progressio wynagrodzenie brutto pracowników w rozumieniu przepisów regulujących system ubezpieczeń społecznych potraktowali jako wartość składającą się na cenę brutto oferty i nie doliczyli do tego składnika cenotwórczego podatku od towarów i usług, który każdy z przedsiębiorców jest zobowiązany ponieść, co prowadzi do wniosku, że niezależnie od wskazanych powyżej braków wyjaśniana cena oferty brutto zawiera podany jako brutto koszt wynagrodzeń, który jest kosztem netto, a nie kosztem brutto, ergo cena oferty jest inna niż ta podana w formularzu ofertowym, gdyż kwota netto oferty wynikająca z treści wyjaśnień jest wyższa niż kwota netto podana w formularzu ofertowym.

W związku z powyższymi zarzutami Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu {lista żądań}:

1. Unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty.

2. Ponownej oceny ofert, w tym odrzucenia ofert Rekomu oraz Progressio.

3. Wyboru jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum DGP.

Odwołujący dodatkowo sprecyzował zarzuty w szczególności przez podanie następujących okoliczności faktycznych i prawnych dla uzasadnienia wniesionego odwołania.

{okoliczności faktyczne}

Przedmiotem zamówienia jest zapewnienie odpowiedniego poziomu czystości pomieszczeń biurowych, socjalnych, łaźni pracowniczych, pomieszczeń sanitarnych oraz doraźne sprzątanie terenów przyległych do obiektów będących własnością Spółki Restrukturyzacji Kopalń S.A. Oddział w Czeladzi Centralny Zakład Odwadniania Kopalń tj .pompowni głębinowej „Saturn" i siedziby Dyrekcji Oddziału CZOK oraz pompowni stacjonarnych: „Siemianowice", „Jan Kanty", „Pstrowski", „Dębieńsko", „Bolko", „Boże Dary", „Śląsk ", zgodnie z opisem zawartym w załączniku nr 1 do SWZ.

W szczególności Zamawiający wymaga od wykonawcy tego zamówienia:

- zapewnienia realizacji określonej liczby osobogodzin tj. 5560, co daje 33,10 etatu

(5560/168 h);

- skierowania do wykonywania prac pracowników posiadających aktualne badania lekarskie;

- przeszkolenia pracowników zgodnie z zarządzeniem KRZ CZOK w ośrodkach szkoleniowych wskazanych przez Zamawiającego i pokrycia jego kosztów;

- zapewnienia koordynatora wykonywania usługi;

- wykonania w razie konieczności dezynfekcji, deratyzacji i dezynsekcji pomieszczeń sanitarnych i innych z zastosowaniem środków owadobójczych;

- zapewnienia akcesoriów niezbędnych do utrzymania czystości (szczotki do WC, szczotki na kiju, mopy płaskie, mopy sznurkowe, wiadra, wiadra z wyciskaczem, zestawy do sprzątania, wkłady do mopów, zmiotki, szufelki, miotły, miotły sorgo, komplety do WC, gąbki do zmywania, ścierki do podłogi, ścierki tradycyjne, ściągaczki do szyb, drabiny, grabie, węże ogrodowe, ścierki, szmaty itp.), konserwacji łaźni (klucze oczkowo-płaskie, klucze typu żabka oraz inne narzędzia + głowice, zawory, uszczelki do umywalek, pisuarów i toalet itp.).

Pkt 20. SWZ pn. Sposób obliczenia ceny zawiera w szczególności następujące

postanowienia:

20.6. Wykonawca może podać tylko jedną cenę (cenę brutto, która przyjęta będzie do porównania i oceny ofert) za wykonanie całego przedmiotu zamówienia.

20.7. Wykonawca podaje cenę oferty w Formularzu Ofertowym.

20.8. Cena ofertowa powinna:

20.8.1. być ustalona na podstawie opisu przedmiotu zamówienia - w tym przedmiarze robót oraz winna obejmować wszystkie pozycje tego przedmiaru,

20.8.2. obejmować koszty niezbędne do zrealizowania zamówienia zgodnie z SWZ i dokumentacją projektową (załącznik nr ... do SWZ), jak również koszty w nich nie ujęte, a bez których nie można wykonać zamówienia;

20.9 Wykonawca nie będzie mógł żądać podwyższenia wynagrodzenia ryczałtowego, chociażby nie można było w czasie zawarcia umowy przewidzieć rozmiaru lub kosztów prac.
20.10. Wynagrodzenie określone w ofercie jest niezmienne przez cały okres realizacji przedmiotu zamówienia, ale będzie podlegało waloryzacji w trakcie realizacji zamówienia w sytuacjach przewidzianych w ustawie Pzp lub niniejszej SWZ.

Brzmienie postanowień zawartych w pkt 21. pn. Sposób wyliczenia cen

jednostkowych oraz ogólnej wartości umowy po przeprowadzeniu aukcji:

W przypadku gdy wybór najkorzystniejszej oferty zostanie dokonany w wyniku przeprowadzenia aukcji elektronicznej, Zamawiający dokona wyliczenia cen jednostkowych netto przyjętych do rozliczenia umowy oraz wartości umowy w następujący sposób:

21.6.1. W pierwszej kolejności wyliczony zostanie procentowy wskaźnik upustu cenowego od wartości oferty pisemnej, uzyskany w wyniku aukcji, który zostanie zaokrąglony w górę do dwóch miejsc po przecinku. Obliczenia zostaną wykonane wg wzoru:

U = W oferty - W aukcji/W oferty x 100 pkt

U - wartość wskaźnika upustu cenowego od wartości oferty uzyskanego w wyniku akcji

elektronicznej

W oferty - wartość oferty

W aukcji - wartość oferty uzyskanej w toku aukcji elektronicznej

21.6.2. Następnie wyliczone zostaną indywidualnie poszczególne ceny jednostkowe netto poprzez obniżenie cen jednostkowych z oferty o wartość upustu wyliczoną przy zastosowaniu wartości wskaźnika upustu (U), przy czym ceny te zostaną zaokrąglone w dół do dwóch miejsc po przecinku. Obliczenia zostaną wykonane wg wzoru:

C aukcji = C oferty - (C oferty x U)

gdzie:

C aukcji - cena jednostkowa netto przyjęta do umowy

C oferty - cena jednostkowa netto oferty pisemnej

21.6.3. Wartość umowy netto zostanie wyliczona jako suma iloczynów cen jednostkowych netto obliczonych w sposób określony w pkt 2 oraz szacunkowych ilości w poszczególnych pozycjach zamówienia określonych w Formularzu cenowym.

Z pkt 22. SWZ pn. Opis kryteriów oceny ofert, wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert wynika, że przy wyborze oferty według cenowego kryterium oceny ofert o wadze 100 % Zamawiający będzie brał pod uwagę cenę ofertową brutto.

§ 3 wzoru umowy pn. Wynagrodzenie Wykonawcy zawiera w szczególności następujące postanowienie:

1. Wynagrodzenie Wykonawcy za całość przedmiotu zamówienia nie przekroczy:

wynagrodzenie netto ..... zł (słownie: ..... złotych)

podatek od towarów i usług ..... zł (słownie: ..... złotych)

wynagrodzenie brutto ..... zł (słownie: ..... złotych)

2. Wynagrodzenie Wykonawcy zostało wyliczone na podstawie Formularza cenowego stanowiącego załącznik do niniejszej umowy.

3. Rozliczenie za świadczone usługi będzie dokonywane w okresach miesięcznych.

Formularz ofertowy opracowany przez Zamawiającego wskazuje na konieczność ujęcia w cenie oferty VAT-u.

W pkt 3. i 4. OPZ Zamawiający wymaga zatrudnienia pracowników na umowę o pracę, precyzuje również oczekiwania w zakresie pełnosprawności pracowników, posiadania stosownych badań lekarskich oraz szkoleń.

Reasumując, Zamawiający oczekiwał wyceny całości przedmiotu zamówienia, z uwzględnieniem wszelkich obowiązków prawnopodatkowych związanych z przedmiotem zamówienia. Dla poszczególnych części zamówienia należy określić odrębne ceny, według których będzie rozliczany ten zakres przedmiotu zamówienia. W każdej z cen wyszczególnionej przez Zamawiającego części usługi należało uwzględnić pełny zakres czynności składających się na tę usługę.

Jak wynika z treści przedłożonych ofert, obaj Wykonawcy są czynnymi podatnikami podatku od towarów i usług. Ponadto rodzaj świadczonych w ramach przedmiotu

zamówienia usług (usługi porządkowe, konserwacyjne, pranie) nie korzystają ze zwolnienia

z VAT.

Cena oferty Rekomu: przez aukcją - 8.757.720,00 zł, po aukcji - 3.967.000,00 zł (upust 54,71%).

Cena oferty Progressio: przez aukcją - 6.279.498,00 zł, po aukcji - 3.969.999,00 zł (upust 36,78%).

Pismem z 24 stycznia 2022 r. Zamawiający wezwał odrębnie Rekom i Progressio do złożenia wyjaśnień, czy oferta uwzględnia wszystkie wymagania zawarte w SWZ, a jej cena obejmuje całkowity koszt wykonania przedmiotu zamówienia, w tym również wszelkie koszty towarzyszące jej wykonaniu. Zamawiający zwrócił szczególną uwagę na konieczność przewidzenia na odpowiednim, wynikającym z przepisów prawa poziomie kosztów pracy (bez względu na formę zatrudnienia).

Wyjaśnienia złożone przez Rekom.

Koszty wykazane na każde z dwóch lat realizacji przedmiotu zamówienia: 1) wynagrodzenie pracowników - 1.305.525,60 zł, 2) wynagrodzenia osób z tytułu umów zlecenia - 140.671,44 zł, 3) materiały - 162.368,88 zł, 4) ubiory pracowników - 4.798,80 zł, 5) sprzęt dla pracowników - 456,00 zł, 6) pranie odzieży górniczej - 56.160,00 zł, 7) drobne naprawy - 24.000,00 zł, 8) paliwo do obsługi umowy - 7.140,00 zł, 9) badania BHP - 2150,00 zł.

Przewidziano zatrudnienie 30 osób na pełny etat na umowę o pracę oraz 13 osób na łącznie 2,94 etatu na umowę zlecenia, co przy 168 godzinnym miesięcznym wymiarze czasu pracy daje łącznie 5534 godzin miesięcznie.

W razie absencji pracowników etatowych zastępstwa mają zapewniać osoby zatrudnione na umowę zlecenia, jednak nie określono kosztu tych zastępstw.

Załączono wycenę środków czystości przewidzianych do realizacji zamówienia.

Jasko wyposażenie pracowników przewidziano 24 szt. mioteł i wiader

Wyjaśnienia złożone przez Progressio.

Koszty wykazane na każde z dwóch lat realizacji przedmiotu zamówienia: 1) wynagrodzenie pracowników - 1.513.565,10 zł, 2) badania lekarskie, szkolenia, odzież ochronna - 35.040,00 zł, 3) środki czystości i materiały - 151.187,04 zł, 4) paliwo - 24192,00 zł, 5) narzędzia - 24.000,00 zł, 6) drobne naprawy - 28.800,00 zł.

Przewidziano zatrudnienie 39 osób zatrudnionych łącznie na 34,25 etatu.

Przyjęto 2% stawkę na Fundusz Pracy 2% (35040,00/1752000).

Przewidziano wykorzystanie przez menadżera samochodu prywatnego do celów służbowych.

{okoliczności prawne}

Zgodnie z art. 5 ust. 1 pkt 1 ustawy o VAT opodatkowaniu podlega odpłatna dostawa towarów i odpłatne świadczenie usług. W myśl art. 7 ust. 1 ustawy o VAT przez dostawę towarów, o której mowa w art. 5 ust. 1 pkt 1, rozumie się (w szczególności) przeniesienie prawa do rozporządzania towarem jak właściciel(...). Zgodnie zaś z art. 8 ust. 1 ustawy o VAT przez świadczenie usług, o którym mowa w art. 5 ust. 1 pkt 1, rozumie się każde świadczenie na rzecz osoby fizycznej, osoby prawnej lub jednostki organizacyjnej niemającej osobowości prawnej, które nie stanowi dostawy towarów w rozumieniu art. 7, w tym również: 1) przeniesienie praw do wartości niematerialnych i prawnych, bez względu na formę, w jakiej dokonano czynności prawnej; 2) zobowiązanie do powstrzymania się od dokonania czynności lub do tolerowania czynności lub sytuacji; 3) świadczenie usług zgodnie z nakazem organu władzy publicznej lub podmiotu działającego w jego imieniu lub nakazem wynikającym z mocy prawa.

Z art. 8 ust. 1 ustawy o VAT wynika, że ustawodawca przyjął generalną zasadę, że usługami są wszelkie odpłatne świadczenia niebędące dostawą towarów, co jest wyrazem realizacji zasady powszechności opodatkowania podatkiem od towarów i usług transakcji wykonywanych przez podatników w ramach prowadzonej przez nich działalności gospodarczej. Muszą być przy tym spełnione następujące warunki: 1) w następstwie zobowiązania, w wykonaniu którego usługa jest świadczona, druga strona (wierzyciel lub nabywca) jest bezpośrednio beneficjentem świadczenia, 2) świadczonej usłudze odpowiada świadczenie wzajemne ze strony nabywcy (wynagrodzenie). Aby dana czynności (usługa) podlegała opodatkowaniu VAT-em musi istnieć bezpośrednie związek o charakterze przyczynowym pomiędzy świadczoną usługą a otrzymanym świadczeniem wzajemnym, w ten sposób, że zapłacone kwoty stanowią rzeczywiste wynagrodzenie za wyodrębnioną usługę świadczoną w ramach stosunku prawnego lub dochodzi do wymiany świadczeń wzajemnych. Nie ma znaczenia, czy wynagrodzenie to pokrywa koszty świadczenia tej usługi poniesione przez podatnika, ewentualnie kreuje dla podatnika zysk. Także czynności wykonane po kosztach są czynnościami odpłatnymi, o ile pobrano za nie wynagrodzenie.

Zakres opodatkowania podatkiem od towarów i usług wyznacza czynnik przedmiotowy - opodatkowaniu podlega odpłatne świadczenie usług, oraz czynnik podmiotowy - czynności muszą być wykonywane przez podatnika działającego w takim charakterze.

W myśl art. 15 ust. 1 ustawy o VAT podatnikami są osoby prawne, jednostki organizacyjne niemające osobowości prawnej oraz osoby fizyczne, wykonujące samodzielnie działalność gospodarczą, o której mowa w ust. 2, bez względu na cel lub rezultat takiej działalności. Działalność gospodarcza według art. 15 ust. 2 ustawy o VAT obejmuje wszelką działalność producentów, handlowców lub usługodawców, w tym podmiotów pozyskujących zasoby naturalne oraz rolników, a także działalność osób wykonujących wolne zawody. Działalność gospodarcza obejmuje w szczególności czynności polegające na wykorzystywaniu towarów lub wartości niematerialnych i prawnych w sposób ciągły dla celów zarobkowych.

Na podstawie art. 2 pkt 22 ustawy o VAT ilekroć w ustawie jest mowa o sprzedaży rozumie się przez to odpłatną dostawę towarów i odpłatne świadczenie usług na terytorium kraju, eksport towarów oraz wewnątrzwspólnotową dostawę towarów.

Zgodnie z art. 29a ust. 1 ustawy o VAT podstawą opodatkowania, z zastrzeżeniem ust. 2, 3 i 5, art. 30a-30c, art. 32, art. 119 oraz art. 120 ust. 4 i 5, jest wszystko, co stanowi zapłatę, którą dokonujący dostawy towarów lub usługodawca otrzymał lub ma otrzymać z tytułu sprzedaży od nabywcy, usługobiorcy lub osoby trzeciej, włącznie z otrzymanymi dotacjami, subwencjami i innymi dopłatami o podobnym charakterze mającymi bezpośredni wpływ na cenę towarów dostarczanych lub usług świadczonych przez podatnika. Zgodnie zaś z art. 29a ust. 6 ustawy o VAT podstawa opodatkowania obejmuje: 1) podatki, cła, opłaty i inne należności o podobnym charakterze, z wyjątkiem kwoty podatku; 2) koszty dodatkowe, takie jak prowizje, koszty opakowania, transportu i ubezpieczenia, pobierane przez dokonującego dostawy lub usługodawcę od nabywcy lub usługobiorcy. Koszty, o których mowa w ww. przepisie stanowią katalog otwarty. Zatem zgodnie z tą regulacją każdy koszt bezpośrednio związany ze świadczeniem usług, którym usługodawca obciąża nabywcę lub klienta, powinien być włączony do podstawy opodatkowania. Przepis ten dotyczy kosztów bezpośrednio związanych z zasadniczą dostawą towarów lub usług, które zwiększają łączną kwotę należną z tytułu transakcji. Innymi słowy, gdy usługodawca w celu wykonania usługi określonej umową, zmuszony jest ponieść koszty np. zakupu materiałów, energii, czy też ponieść opłaty nierozerwalnie wiążące się z tą usługą, w tym koszty związane z wynagrodzeniem pracownika. Zatem koszty poniesione w celu wykonania usług, jako części składające się na końcową kwotę należną, stanowią element kalkulacyjny usługi, na której wykonanie zawarta została umowa.

Przedmiotem tego zamówienia jest usługa która podlega opodatkowaniu od towarów i usług, gdyż w ramach zawartej umowy wykonawca będzie świadczył za wynagrodzeniem usługę polegającą na zapewnieniu odpowiedniego poziomu czystości pomieszczeń biurowych, socjalnych, łaźni pracowniczych, pomieszczeń sanitarnych oraz doraźne sprzątanie terenów przyległych do obiektów będących własnością SRK Oddział w Czeladzi Centralny Zakład Odwadniania Kopalń. Oznacza to , że ww. usługi są wykonywane odpłatnie w ramach działalności gospodarczej w rozumieniu ustawy o VAT. Wykonawca działa w charakterze podatnika w tym zakresie. Istnieje bezpośredni związek przyczynowy pomiędzy świadczoną usługą a otrzymanym świadczeniem wzajemnym - zapłacona kwota stanowi rzeczywiste wynagrodzenie za wyodrębnioną usługę świadczoną w ramach stosunku prawnego. Zatem czynności wykonywane przez wykonawcę na podstawie zawartej umowy stanowią świadczenie usługi w rozumieniu art. 8 ust. 1 w zw. z art. 5 ust 1 ustawy o VAT. Każda składowa wynagrodzenia uzyskanego od kontrahenta (nabywcy usługi, w tym przypadku Zamawiającego), będzie podlegać opodatkowaniu podatkiem od towarów i usług.

Skoro w celu wykonania zamówienia (przedmiotu umowy) wykonawca poniesie koszty wynagrodzenia pracownika, a następnie obciąży tymi kosztami Zamawiającego, zwrot kosztów dokonany przez tego ostatniego stanowi formę wynagrodzenia za działania wykonawcy. Zatem ponoszone przez wykonawcę koszty wynagrodzeń pracowników oraz osób pozostających w stosunku zlecenia, a następnie obciążenie tymi kosztami zamawiającego stanowi element kalkulacyjny wynagrodzenia za świadczenie usługi objętej tym zamówieniem.

Zgodnie z art. 3 ustawy o cenach przez cenę należy rozumieć wartość wyrażoną w jednostkach pieniężnych, którą kupujący jest obowiązany zapłacić przedsiębiorcy za towar lub usługę; zaś przez usługę - czynność świadczoną odpłatnie, wymienioną w klasyfikacjach wydanych na podstawie przepisów o statystyce publicznej. W cenie uwzględnia się podatek od towarów i usług oraz podatek akcyzowy, jeżeli na podstawie odrębnych przepisów sprzedaż towaru (usługi) podlega obciążeniu podatkiem od towarów i usług lub podatkiem akcyzowym. Przez cenę rozumie się również stawkę taryfową.

Reasumując do podanego przez wykonawcę kosztu wynagrodzeń pracowników (bez względu na formę zatrudnienia) konieczne jest doliczenie VAT-u w wysokości 23% bądź 8%, stosowanie do rodzaju wycenianej w danej pozycji usługi. Ponieważ Zamawiający przewidział dwie różne stawki podatku VAT, umożliwił wykorzystanie tych samych pracowników w ramach różnych usług objętych różną stawką podatku VAT, wynagrodzenie pracownika powinno być proporcjonalnie do stopnia zaangażowania przypisane do danej pozycji w formularzu ofertowym.

W orzecznictwie przesądzono, że złożenie przez wykonawcę wyjaśnień ogólnych, lakonicznych i niestanowiących wiarygodnego wyjaśnienia poziomu ceny oferty nie może prowadzić do pozytywnej ich weryfikacji. Skoro wykonawca nie uzasadnił i nie wykazał elementów kosztotwórczych ceny, nie jest możliwa ocena, czy jest ona realna. Przy czym zamawiający nie jest uprawniony do domniemywania jakichkolwiek okoliczności, które nie stanowią treści wyjaśnień.

{subsumpcja}

W tych okolicznościach Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenia przepisów, jak na wstępie odwołania, a dodatkowo zarzucił, co następuje.

Niewzięcie pod uwagę niedoszacowania ceny oferty Rekomu - wynikającego ze wskazanego w wyjaśnieniach kosztu zatrudnienia osób przewidzianych do wykonywania zamówienia na takim poziomie, że w ramach ceny oferty nie ma już środków na naliczenie od podanej kwoty VAT-u jako obligatoryjnego elementu określenia ceny sprzedaży usługi Zamawiającemu - na kwotę 838.777,92 zł, czyli miesięcznie 34.9490,08 zł [różnica pomiędzy łącznym wynagrodzeniem miesięcznym netto po aukcji wyliczonym (wg powyżej przywołanych postanowień SWZ w tabeli 3. na str. 15.-16. odwołania) na 137.228,70 zł a miesięcznymi kosztami netto tzn. po tzw. unettowieniu kwot kosztów innych niż wynagrodzenia osób podanych w wyjaśnieniach jako brutto, przy czym deklarowane podzielenie każdej z tych kwot przez 1,23 zostało podsumowane (w tabeli 1. na str. 15. odwołania) jako wynoszące miesięcznie 172.177,78 zł (rocznie 2.066.133,37 zł)].

Ponadto niewzięcie pod uwagę, że oferta Rekomu nie uwzględnia kosztów:

- 26 godzin miesięcznie (0,15 etatu);

- zastępstw za pracowników przebywających na: urlopach - 148.075,20 zł [26 (dni urlopu) x 8 (godzin) x 30 (pracowników) x 2,73 zł (stawka godzinowa podana dla umowy zlecenia)], zwolnieniach lekarskich - 28.703,81 zł [2% x 168 (godzin) x 12 (miesięcy) x 30 (pracowników) x 2,73 zł (stawka godzinowa podana dla umowy zlecenia)];

- badań lekarskich pracowników;

- szkoleń pracowników zgodnie z zarządzeniem KRZ CZOK;

- nadzoru;

- środków do wykonania dezynfekcji, deratyzacji i dezynsekcji pomieszczeń;

- sprzętu niezbędnego do realizacji umowy (innego niż miotły i wiadra).

Niewzięcie pod uwagę niedoszacowania ceny oferty Progressio - wynikającego ze wskazanego w wyjaśnieniach kosztu zatrudnienia osób przewidzianych do wykonywania zamówienia na takim poziomie, że w ramach ceny oferty nie ma już środków na naliczenie od podanej kwoty VAT-u jako obligatoryjnego elementu określenia ceny sprzedaży usługi

Zamawiającemu - na kwotę 224.067,72 zł, czyli miesięcznie 9.124,77 zł [różnica pomiędzy łącznym wynagrodzeniem miesięcznym netto po aukcji wyliczonym (wg powyżej przywołanych postanowień SWZ w tabeli 6. na str. 17. odwołania) na 135.938,72 zł a miesięcznymi kosztami netto tzn. po tzw. unettowieniu kwot kosztów innych niż wynagrodzenia osób podanych w wyjaśnieniach jako brutto, przy czym deklarowane podzielenie każdej z tych kwot przez 1,23 zostało podsumowane (w tabeli 4. na str. 17. odwołania) jako wynoszące miesięcznie 145.486,26 zł (rocznie 1.745.835,06 zł)].

Ponadto niewzięcie pod uwagę, że oferta Progressio nie uwzględnia kosztów:

- zastępstw za pracowników przebywających na: urlopach - 153 204,16 zł [26 (dni urlopu) x 8 (godzin) x 34,25 (etatu) x 21,51 zł (3612,90 zł/168h)], zwolnieniach lekarskich - 29 698,04 zł [2% x 168 (godzin) x 12 (miesięcy) x 34,25 (etatu) x 21,51 zł];

- wynikających z przyjęcia prawidłowej stawki składaki na Fundusz Pracy (2,45% podstawy wymiaru składki);

- wykorzystania przez menadżera samochodu prywatnego do celów służbowych;

- administracyjnych;

- środków do wykonania dezynfekcji, deratyzacji i dezynsekcji pomieszczeń.

W odpowiedzi na odwołanie datowanej na 14 kwietnia 2022 r. Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania, z następujących powodów uznając je za niezasadne.
że rozważania Odwołującego

Zamawiający stwierdził, że rozważania odwołania odnośnie nieuwzględnienia składnika cenotwórczego w postaci powiększenia kosztu wynagrodzeń pracowników o należny VAT są niezrozumiałe, gdyż wynagrodzenie osób zatrudnionych na umowę

o pracę czy na umowę zlecenia nie podlega opodatkowaniem tym podatkiem. Z drugiej strony dla Zamawiającego - w kontekście postanowień SWZ o konieczności podania jednej ceny brutto, co miało zapewnić uwzględnienie w cenie oferty wszystkich kosztów - oczywiste jest, że każdy koszt wykonawcy jako element całości ceny oferty ostatecznie znajduje odzwierciedlenie w wymiarze podatku od towarów i usług. Według Zamawiającego nie ma to jednak żadnego znaczenia dla kwestii rażąco niskiej ceny, która sprowadza się do rozważenia, czy cena oferty uwzględnia rzeczywisty poziom ponoszonych przez wykonawcę kosztów realizacji zamówienia

Zamawiający następująco odniósł się do pozostałych podniesionych w odwołaniu zastrzeżeń co do wyjaśnień złożonych przez Rekom:

1. W ramach opisu przedmiotu zamówienia podano dla wszystkich oddziałów (lokalizacji) niezbędną liczbę godzin świadczenia usług, która łącznie wynosi na dzień: od poniedziałku do piątku - 240 godz. (30 osób), soboty - 104 godz. (13 osób). Skoro

Rekom przewidział zatrudnienie 30 pracowników na umowę o pracę oraz 13 pracowników na umowę zlecenia do pracy w soboty, spełnia to oczekiwania Zamawiającego.

2. Koszty absencji pracowników - Rekom uwzględnił nie tylko minimalne wynagrodzenie brutto pracownika wynoszące 3010 zł, ale doliczył koszty pracodawcy w wysokości 616,46 zł brutto.

3. Koszty PPK nie są kosztami obligatoryjnie ponoszonymi przez pracodawcę, gdyż pracownik może zrezygnować z uczestnictwa w planie.

4. Nie ma powodów, dla których wykonawcy mieliby doliczać do ceny tej usługi koszt przeprowadzenia okresowych badań lekarskich, gdyż jest cyklicznie ponoszony przez pracodawcę niezależnie od aktualnie wykonywanych przez niego usług.

5. Koszty szkoleń BHP zostały uwzględnione w kwocie 2150 zł brutto (43x50 zł).

6. Wykonawca uwzględnił obligatoryjne koszty wykonywania tego zamówienia (kwoty brutto): 1) zakup materiałów sanitarnych oraz higienicznych - 162.368,88 zł brutto, 2) ubiory pracowników - 4.798,80 zł, 3) praniem odzieży roboczej - 56.160 zł (80 kompletów odzieży, co na 1 komplet daje 702 zł, 4) wyposażenie pracowników w sprzęt - miotły plus wiadro - 456 zł (materiały szybko zużywające się typu ścierki, gąbki, szmaty zostały ujęte w wycenie materiałów).

7. Wykonawca dodatkowo przewidział środki na potencjalne awarie lub usterki - 250 zł miesięcznie na każdą z pompowni, co powinno pokryć również koszty zakupu części np. głowic, zaworów, uszczelek do umywalek, pisuarów itp.

8. Koszty wykonywania nadzoru - koszty administracyjne w wysokości 1100 zł miesięcznie oraz koszt paliwa do obsługi umowy i nadzoru pracowników w wysokości 595 zł brutto miesięcznie (pkt 3 wyjaśnień wykonawcy). Zamawiający nie ma podstaw do kwestionowania podanych wartości jako obliczonych nierzetelnie.

9. Wykonanie dezynsekcji przy użyciu środków owadobójczych ma być przeprowadzone wyłącznie w razie konieczności. Jeżeli Wykonawca nie uwzględnił tej pozycji w kalkulacji, planowany na realizację zadania zysk pozwoli na ewentualne pokrycie niezaplanowanych wydatków.

Zamawiający następująco odniósł się do pozostałych podniesionych w odwołaniu zastrzeżeń co do wyjaśnień złożonych przez Progressio:

1. Błędnie wskazana stawka na Fundusz Pracy (2% zamiast 2,45%) nie ma znaczenia dla oszacowanych kosztów Wykonawcy, gdyż pracodawca nie ma obowiązku opłacania Funduszy Pracy dla niektórych kategorii pracowników (osób powracających z urlopu macierzyńskiego, rodzicielskiego lub wychowawczego, które ukończyły 50 lat, osób skierowanych z urzędu pracy, które nie ukończyły 30 lat, kobiety, które ukończyły 55 lat i

mężczyzn powyżej 60 lat).

2. Wykonawca wskazał koszt nadzoru nad realizacją przez menadżera i właściciela firmy ze szczegółowym uwzględnieniem wynagrodzenia oraz opłaty za paliwo (pkt 5 podsumowania kosztów), na to ostatnie przewidział 24.192,00 zł rocznie. Zamawiający nie ma możliwości ingerowania w strukturę organizacyjną przedsiębiorstwa i sposobu zarządzania nim.

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych, a wpis od niego został uiszczony - podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

W toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających Izba nie stwierdziła, aby odwołanie podlegało odrzuceniu

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania odwoławczego, Izba skierowała sprawę do rozpoznania na rozprawie, podczas której Strony podtrzymały dotychczasowe stanowisko.

Przystępujący poparł Zamawiającego, podnosząc, co następuje.

Ponieważ Zamawiający wymagał określenia ceny brutto i tak postąpił Przystępujący, nieadekwatne jest sztuczne unettowienie w odwołaniu elementów kosztowych wskazanych w wyjaśnieniach. W szczególności niezrozumiałe jest doliczanie przez Odwołującego VAT do wynagrodzeń pracowników.

Kluczowe znacznie ma błąd, który zawiera wyliczenie prezentowane na str. 15. odwołania w tabeli nr 1, gdyż o ile rzeczywiście w wyjaśnieniach wskazano kwotę 56.160,00 zł na pranie odzieży górniczej, to - abstrahując od uznania tej kwoty za kwotę netto - w stosownym wierszu tabeli wyliczona została ostatecznie kwota o rząd wielkości większa, tj. 456.591,87 zł na rok, co łącznie na dwa lata daje błąd opiewający na ponad 900 tys. zł, co przekreśla zasadność odwołania opartego na tak wskazanych okolicznościach.

Nie można zgodzić się ze stanowiskiem, że w wyjaśnieniach należało odnieść się do elementów, które według przepisów prawa czy SWZ nie mają charakteru obligatoryjnego. W szczególności ponieważ w przedsiębiorstwie Przystępującego PPK faktycznie nie funkcjonują, nie ma takiego kosztu. Nieuzasadnione jest domagania się wyjaśnień na tak szczegółowym poziomie, jak zakłada to Odwołujący. Wystarczające jest wykazanie kosztów związanych z realizacją tego zamówienia, co oznacza, że nie trzeba wykazywać kosztów sprzętu, który wykonawca już posiada i może wykorzystać również do tego zamówienia. W literze F na str. 25. opisu przedmiotu zamówienia wskazano, co konkretnie wykonawca ma wliczyć w koszt realizacji tego zamówienia, więc nieadekwatna jest argumentacja wskazująca n a literę G, która dotyczy tego, co wykonawca ma zapewnić, czyli posiadać.

Cena oferty Przystępującego odbiega od ceny oferty Odwołującego o 14%,

a jednocześnie mieści się w granicach oszacowania Zamawiającego, w przeciwieństwie do ceny oferty Odwołującego.

Zysk może być traktowany również jako bufor, który umożliwia ewentualne pokrycie kosztów, które nie zostały wyszczególnione odrębnie w wyjaśnieniach.

Po przeprowadzeniu rozprawy, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Z art. 505 ust. 1 pzp wynika, że legitymacja do wniesienia odwołania przysługuje wykonawcy, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

W ocenie Izby Odwołujący wykazali, że mają interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, gdyż złożyli wspólnie ofertę w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia. Jednocześnie mogą ponieść szkodę w związku z zarzucanymi Zamawiającemu naruszeniami przepisów ustawy pzp, gdyż zaniechanie odrzucenia ofert złożonych przez Rekom i Progressio uniemożliwia Odwołującym uzyskanie przedmiotowego zamówienia, na co mogliby w przeciwnym razie liczyć.

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne:

Przedstawione powyżej za odwołaniem i odpowiedzią na odwołanie okoliczności dotyczące treści SWZ oraz wyjaśnień złożonych przez Rekom i Progressio wymagają następującego skorygowania, uzupełnienia i podsumowania.

Zamawiający wymagał od wykonawców określenia w ofercie nie tylko łącznej ceny oferty brutto (w formularzu oferty), ale i przedstawienia jej składników w rozbiciu na każde z dwóch lat i 23 miejsca realizacji usług, począwszy od podania cen jednostkowych netto, czyli wysokości miesięcznych stawek netto (w formularzu cenowym), które według § 5 ust. 1 wzoru umowy mają być podstawą rozliczeń finansowych za wykonane w danym miesiącu kalendarzowym usługi. Przy czym przeliczenia wysokości tych cen jednostkowych netto na podstawie wyników aukcji ma dokonać Zamawiający, co stanie się podstawą do sporządzenia załącznika nr 1 do umowy (ostatecznego formularza cenowego).

Niesporne było w sprawie, że cena oferty to cena brutto, czyli taka, która obejmuje kwotę podatku od towarów i usług obliczoną według stawki właściwej dla przedmiotu opodatkowania, o którą każdy wykonawca musi powiększyć swoją wycenę netto wykonania usługi objętej przedmiotem tego zamówienia.

Brzmienie pisemnych wyjaśnień zawartych w piśmie Rekomu z 28 stycznia 2022 r.:
Wyliczenia na okres od 01.01.2022 r. do 31.12.2022 r. (kwota brutto na rok 2022

wynosi - 1.983.500,00zł brutto)

1. Koszty pracy: do realizacji zamówienia uwzględniono zatrudnienie:

30 osób na umowę o pracę, których wynagrodzenie przyjęto na poziomie najniższego minimalnego wynagrodzenia obowiązującego od 01.01.2022 r. do 31.12.2022 r., tj.3626,46 zł brutto/miesiąc wraz z kosztami pracodawcy

30 etatów x 3626,46zł brutto=108.793,80 zł brutto/miesiąc x 12 miesięcy = 1.305.525,60 zł brutto

3010,00 zł wynagrodzenie brutto dla pracownika ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 październik 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za prace (Dz. U. z 2018 r. poz. 2177 oraz z 2019 r. poz. 1564). Zgodnie z rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 15 września 2021 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za prace ustalone zostało w wysokości 3010,00zł natomiast minimalną stawkę godzinową ustalono w wysokości 19,70 zł/h 616,46 zł - ZUS Pracodawcy

13 osób na umowę zlecenie których wynagrodzenie przyjęto na poziomie najniższego wynagrodzenia za godzinę pracy tj. 23,73 zł/h do obsługi w soboty wraz kosztami pracodawcy

Ilość godzin pracy w soboty w roku 2022 - 5928 h x 23,73 zł: 140.671,44 zł brutto
19,70/h - wynagrodzenie brutto pracownika
4,03/h - ZUS Pracodawcy

2. Koszty materiałów (środki czystości) - 13530,74 zł brutto zł/miesiąc x 12 miesięcy = 162368,88 brutto (wycena w załączeniu)

- Usługi prania odzieży górniczej (10 kompletów/miesiąc na jeden oddział) - 585,00 zł brutto 8 oddziałów = 4680zł/miesiąc brutto x 12 miesięcy: 56160,00 brutto

- Koszty administracyjne 1100,00zł/miesiąc x 12 miesięcy =13200 zł brutto (kadrowy, usługi księgowe)

- Drobne naprawy - 250zł/oddział x 8 x 12 miesięcy = 24000,00 zł brutto

- Paliwo do obsługi umowy i nadzoru pracowników - średnia ilość 1000 km/miesiąc Średnie zużycie paliwa przez samochód 10l/100km x średnia cena ON 5,95zł/L = 59,50/100 km x 10 = 595 zł brutto x 12 miesięcy = 7140 zł brutto

Ubiór pracowników - 43 osoby x 111,60zł = 4798,80zł brutto (wycena w załączeniu)

Wyposażenie pracowników w sprzęt - 24 miotła plus wiadro x 19,00 zł brutto = 456 zł brutto (wycena w załączeniu)

Badania BHP górnicze 43 osoby x 50 zł brutto - 2150 zł brutto

3. W razie absencji pracowników etatowych zastępstwa będą realizowane pracownikami na umowy zlecenia.

Podsumowanie roku 2022:

Wynagrodzenia pracowników - 1.305.525,60 zł brutto

Wynagrodzenia umowy zlecenia - 140.671.44 zł brutto

Materiały - 162.368,88 zł brutto

Ubiór pracowników - 4798,80 zł brutto

Wyposażenie pracowników w sprzęt - 456 zł brutto

Pranie odzieży górniczej - 56160,00 brutto

Drobne naprawy - 24000,00 zł brutto

Paliwo do obsługi umowy - 7140,00 zł brutto

Badania BHP - 2150 brutto

Zysk: 1.983.500,00 zł brutto - 1.305.525,60 zł - 140671,44 zł - 162368,88 zł - 4798,00 zł 456,00 zł - 56160,00 zł - 24000,00 zł - 7140,00 zł -2150,00 zł = 280.229,28 zł brutto

Wyliczenia na okres od 01.01.2023 r. do 31.12.2023 r. (kwota brutto na rok 2023 wynosi - 1.983.500,00zł brutto)

(.) [Przedstawiono identyczną kalkulację jak dla 2022 r.]

Podsumowanie:

Kwota wylicytowana z aukcji internetowej do realizacji zadania - 3.967.000,00 zł brutto
Koszty roku 2022 - 1.703.270,72 zł brutto
Koszty roku 2023 - 1.703.270,72 zł brutto

Zysk brutto za okres od 01.01.2022-31.12.2023: 3.967.000,00 zł - 3.406.541,44 zł = 560.458,56 zł brutto

Z powyższego wynika, że po aukcji cena oferty Rokomu wynosi 3.967.000 zł, co przeliczeniu na miesiąc daje 165.291,67 zł, przy kosztach realizacji zamówienia

wynoszących 3.406.541,44 zł (w tym 2.892.394,08 zł wynagrodzenia brutto pracowników zatrudnionych na umowę o pracę lub umowę zlecenia), co w przeliczeniu na miesiąc daje 141.939,23 zł (w tym 120.516,42 zł wynagrodzenia brutto pracowników zatrudnionych na umowę o pracę lub umowę zlecenia).

Wszystkie kategorie kosztów zostały określone w wyjaśnieniach jako brutto, co w odniesieniu do kosztów wynagrodzeń pracowników oznacza, że uwzględniają wynagrodzenie brutto należne pracownikowi (odpowiednio 3010,00 zł lub 19,70 zł, czyli odpowiadające minimalnemu wynagrodzeniu miesięcznemu lub minimalnej stawce godzinowej wg stosownych przepisów) oraz obligatoryjne składki ZUS obciążające pracodawcę (odpowiednio 616,46 zł dla miesięcznego wynagrodzenia minimalnego lub 4,03 zł dla minimalnej stawki godzinowej).

Natomiast uwzględniając przewidziany w SWZ sposób wyliczenia po aukcji wysokości wynagrodzenia netto wynikającego z formularza cenowego oferty wynosi w przeliczeniu na miesiąc 137.238,70 zł [okoliczność przyznana wobec braku odniesienia się przez Zamawiającego i Przystępującego do wyliczenia z tabeli 3. na str. 15.-16. odwołania].

Poza wszelkim sporem była okoliczność, że cena oferty jako cena brutto zawiera w sobie kwotę podatku od towarów i usług, według stawki 23% (większość pozycji formularza cenowego) lub 8% (pozycje formularza cenowego dotyczące terenów zewnętrznych).

W ramach kalkulacji przedstawionej w wyjaśnieniach zostało to wzięte pod uwagę wyłącznie w odniesieniu do pozapłacowych kategorii kosztów, których łączna wysokość netto wynosi 418.005,98 zł, co w przeliczeniu na miesiąc daje 17.416,92 miesięcznie. Natomiast podany w wyjaśnieniach koszt zatrudnienia pracowników powinien być traktowany jako będący podstawą do skalkulowania ceny oferty netto, czyli niepowiększonej o kwotę podatku od towarów i usług z tytułu sprzedaży usługi objętej ofertą Zamawiającemu.

W konsekwencji z wyjaśnień wynika, że miesięczne koszty netto (137.933,34 zł) są wyższe (o 704,64 zł) niż wysokość miesięcznego wynagrodzenia netto po aukcji (137.228,70 zł).

Analogicznie wygląda sytuacja z wyjaśnieniami złożonymi przez Progressio, w którego przypadku miesięcznie ponoszone koszty netto (145.486,26 zł) jeszcze w większym stopniu (bo o 9.547,54 zł) przekraczają wysokość miesięcznego wynagrodzenia netto po aukcji (135.938,72 zł) [okoliczność przyznana wobec braku odniesienia się przez Zamawiającego i Przystępującego do wyliczenia z tabeli 6. na str.18. odwołania].

Oznacza to, że kwota zysku, o której mowa w wyjaśnieniach, w rzeczywistości jest niższa niż kwota podatku od towarów i usług, jaka powinna zostać łącznie naliczona od tak, a nie inaczej, skalkulowanego przez każdego z tych wykonawców kosztu wykonania zamówienia, jako element ceny oferty, czyli ceny brutto sprzedaży usługi.

Zaniżenie wyceny tego zamówienia po aukcji znacząco pogłębia nieuwzględnienie przez Rekom i Progressio wszystkich kosztów zatrudnienia personelu niezbędnego do wykonania tego zamówienia zgodnie z wymaganiami Zamawiającego, co trafnie zidentyfikowano w odwołaniu w następującym zakresie.

Wobec braku merytorycznego odniesienia się przez Przystępującego i Zamawiającego do wyliczeń kosztów absencji urlopowych i chorobowych pracowników przedstawionych w odwołaniu [pkt 2. na str. 16. i pkt 1. na str. 19.], należy uznać za okoliczność przyznaną. Zatem wykonawcy nie uwzględnili w cenie oferty z tego tytułu: Rekom - 353.558,02 zł (14.731,58 zł w przeliczeniu na miesiąc), Progressio - 365.804,40 zł (15.241,85 zł w przeliczeniu na miesiąc).

Dodatkowo w przypadku Rekomu Zamawiający bezkrytycznie zaakceptował brak lub oczywiste zaniżenie kosztów: 1) badań lekarskich pracowników zatrudnionych

na podstawie umowy o pracę [brak jakiegokolwiek odniesienia się do tej kwestii w wyjaśnieniach], pomimo że Progressio określiło jego wysokość na 160 zł od osoby; 2) szkoleń z zakresu BHP - ogólnych i specjalistycznych wymaganych odrębnie przez Zamawiającego jako przeprowadzanych corocznie [2.150,00 zł rocznie enigmatycznie opisane jako „badania BHP"], pomimo że Progressio określiło ich wysokość na 300 zł od osoby, a Zamawiający sam zna najlepiej, jakie stawki wynikają z umów na szkolenia specjalistyczne, które sam zawarł z podmiotami trzecimi; 3) kosztów wyposażenia pracowników w akcesoria i sprzęt niezbędny do wykonania czynności objętych zakresem tego zamówienia [zaledwie 456 zł rocznie na zakup 24 zestawów obejmujących tylko miotłę

i wiadro, przy braku jakiegokolwiek odniesienia się do obowiązku zapewnienia innego wyposażenia], pomimo że Progressio przewidziało na ten cel miesięcznie 2 tys. zł, a w pkt 3. lit. g) opisu przedmiotu zamówienia [str. 25. SWZ] wprost określono zapewnienie wskazanych tam jedynie przykładowo elementów wyposażenia przez wykonawcę jako istotne uwarunkowanie techniczno-organizacyjne do uwzględnienia przez oferenta.

W obydwu wyjaśnieniach brak również jakiegokolwiek odniesienia się do kwestii pokrycia kosztów dezynfekcji, deratyzacji i dezynsekcji pomieszczeń sanitarnych, które mogą okazać się konieczne dla należytego wykonania tego zamówienia, zgodnie z lit. c) opisu przedmiotu zamówienia [str. 24. SWZ]. Przy tak licznych pomieszczeniach objętych tym zamówieniem trudno uznać za wiarygodne założenie, że przez dwuletni okres realizacji tego zamówienia nie wystąpi potrzeba przeprowadzenia takich zabiegów w pomieszczeniach użytkowanych przez pracowników Zamawiającego.

Reasumując, wbrew temu, co twierdził Zamawiający, nie otrzymał w wyjaśnieniach uzasadnienia faktycznego potwierdzającego, że ceny ofert Rekomu i Progressio zostały prawidłowo skalkulowane.

W tych okolicznościach Izba stwierdziła, że zarzuty odwołania są zasadne.

Izba stwierdziła, że Odwołujący zasadnie domagają się odrzucenia ofert złożonych przez Rekom i Progressio.

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

Przy czym według art. 224 ust. 2 pzp w przypadku gdy cena całkowita oferty złożonej w terminie jest niższa o co najmniej 30% od: 1) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia; 2) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania, w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych, zamawiający może zwrócić się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1.

Art. 224 ust. 3 pzp stanowi, że wyjaśnienia, o których mowa w ust. 1, mogą dotyczyć w szczególności: 1) zarządzania procesem produkcji, świadczonych usług lub metody budowy; 2) wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków dostaw, usług albo związanych z realizacją robót budowlanych; 3) oryginalności dostaw, usług lub robót budowlanych oferowanych przez wykonawcę; 4) zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2020 r. poz. 2207) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie; 5) zgodności z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej; 6) zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie; 7) zgodności z przepisami z zakresu ochrony środowiska; 8) wypełniania obowiązków związanych z powierzeniem wykonania części zamówienia podwykonawcy.

Przy czym art. 224 ust. 4 pzp stanowi, że w przypadku zamówień na roboty budowlane lub usługi, zamawiający jest obowiązany żądać wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, co najmniej w zakresie określonym w ust. 3 pkt 4 i 6.

Według art. 224 ust. 5 pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.

Nie ma potrzeby powtarzania wywodu prawnego odnośnie stosowania przepisów ustawy o podatku od towarów i usług, niemal w całości przedstawionego powyżej przy relacjonowaniu treści odwołania, który Izba w pełni podziela i poczytuje za własny.

Art. 224 ust. 6 pzp stanowi, że 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. Z kolei zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 8 pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Ponadto na mocy art. 537 pkt 1 pzp ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego.

Ponieważ ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych {dalej: „popzp"} zawierała analogiczne uregulowania, w przeważającej mierze zachowuje aktualność dorobek doktryny i orzecznictwa wypracowany na tle stosowania poprzednio obowiązujących przepisów.

Należy rozważyć, co oznacza termin „rażąco niska cena". Jak trafnie wskazano w wyroku Sądu Okręgowego w Katowicach z 28 kwietnia 2008 r. sygn. akt XIX Ga 128/08 przepisy ustawy pzp nie określają definicji pojęcia rażąco niskiej ceny. Punktem odniesienia do jej 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.

Przy braku takiej legalnej definicji „rażąco niskiej ceny" orzecznictwo sądów okręgowych oraz Krajowej Izby Odwoławczej, a wcześniej orzecznictwo arbitrażowe, wypracowało pewne cząstkowe lub opisowe rozumienie tego pojęcia. I tak w wyroku Izby z 28 marca 2013 r. sygn. akt KIO 592/13 zauważono, że 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 z 4 sierpnia 2011 r. sygn. akt KIO 1562/11 wskazano, że 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. W podsumowaniu stwierdzono, że cena rażąco niska jest 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 wyznaczane 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. Podobnie według powszechnie przywoływanej w doktrynie i orzecznictwie definicji zawartej w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Katowicach z 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. sygn. akt 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 {dalej: „UZP"} dotyczącej ceny rażąco niskiej (opublikowanej w serwisie internetowym UZP) zbieżnie z powyższym wskazano, m.in., że ustawa pzp 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.

Pomimo generalnej adekwatności powyższych definicji, występowanie w nich, po pierwsze - nieostrych terminów definiujących (takich jak „nierealistyczność",

„niewiarygodność", „nieadekwatność", „znaczne odbieganie" etc.), po drugie - terminów niewyraźnych (takich jak „nieopłacalność", „koszt wytworzenia", „rentowność na zadaniu"), powoduje, że mają one ograniczoną przydatność przy rozstrzyganiu konkretnych przypadków wystąpienia rażąco niskiej ceny. W szczególności powyższe definicje nie wyjaśniają, jakiego rodzaju koszty przedsiębiorstwa ma pokrywać cena ofertowa ani nie wskazują do jakich wskaźników lub progów rentowności postulat opłacalności ceny się odnosi (np. w jakim stopniu zaoferowana cena ma wpływać na wynik finansowy całej jednostki lub jej inne wskaźniki ekonomiczne, chociażby wskaźniki płynności finansowej). Wydaje się, że co do zasady rażąco niską będzie cena niepokrywająca średniego jednostkowego kosztu zmiennego wykonania, czyli pogarszająca wynik finansowy przedsiębiorstwa. Zawsze jednak konieczne jest, aby cena oferty była rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia, a dokładniej - jak wynika z przywołanych powyżej wypowiedzi orzecznictwa i opinii UZP - jego wartości rynkowej. W konsekwencji wartość rynkowa przedmiotu zamówienia, obejmująca jego pełny zakres i wszystkie konieczne do jego wykonania nakłady kosztowe, ustalana przez porównanie cen występujących w danej branży dla określonego asortymentu, stanowić będzie punkt odniesienia dla ceny rażąco niskiej.

Kluczowe znaczenie dla tej sprawy ma norma prawna wynikająca z art. 224 ust. 6 ustawy pzp, zgodnie z którą, jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny (hipoteza), oferta ta podlega odrzuceniu jako oferta z rażąco niską ceną (dyspozycja). Obecnie obowiązująca regulacja wprost odzwierciedla interpretację poprzednio obowiązującego art. 90 ust. 3 popzp, który literalnie stanowił, że zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Oczywiste było bowiem, że za takie „potwierdzenie", które rzadko wprost wynika ze złożonych wyjaśnień wraz z dowodami, należy również poczytać sytuację, w której nie potwierdzają one, że cena oferty nie jest rażąco niska. De lege lata nie może być również wątpliwości, że niewykazanie przez wezwanego do wyjaśnień wykonawcę, że cena jego oferty nie jest rażąco niska mieści się w zakresie hipotezy normy prawnej dotyczącej oferty zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, którą w takiej sytuacji, zgodnie z dyspozycją tej normy, zamawiający obowiązany jest odrzucić (art. 226 ust. 1 pkt 8 pzp).

Przy czym - jak już powyżej wspomniano - według normy art. 537 pkt 1 pzp (art. 190 ust. 1a popzp) ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego. Jednocześnie z art. 224 ust. 5 pzp (art. 90 ust. 2 popzp) wynika, że obowiązek ten spoczywa na wykonawcy już na etapie składania wyjaśnień zamawiającemu. Oznacza to, że w toku postępowania odwoławczego Izba bada prawidłowość dokonanej przez zamawiającego oceny złożonych mu wyjaśnień i dowodów, a dodatkowe okoliczności i dowody zgłoszone na ich potwierdzenie przez przystępującego nie mogą być brane pod uwagę.

Ponadto skoro według art. 513 pkt 1 i 2 pzp (art. 180 ust. 1 popzp) odwołanie przysługuje na niezgodną z przepisami ustawy czynność lub zaniechanie czynności, do której zamawiający był obowiązany na podstawie ustawy, dokonując oceny czynności zamawiającego polegającej na wyborze oferty przystępującego po udzieleniu przez niego wyjaśnień dotyczących ceny tej oferty, odwołujący jest zobligowany li tylko do poważenia prawidłowości dokonanej przez zamawiającego oceny tych wyjaśnień. W konsekwencji Izba zobligowana jest wyłącznie do zbadania, czy wyjaśnienia złożone zamawiającemu przez wezwanego wykonawcę uzasadniły należycie cenę jego oferty.

Wreszcie zauważyć należy, że zgodnie z art. 555 pzp (art. 192 ust. 7 popzp) Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Przy czym stawianego przez wykonawcę zarzutu nie należy rozpoznawać wyłącznie pod kątem wskazanego przepisu prawa, ale przede wszystkim jako wskazane okoliczności faktyczne, które podważają prawidłowość czynności zamawiającego i mają wpływ na sytuację wykonawcy wnoszącego odwołanie (zob. wyrok Sądu Okręgowego w Gdańsku z 25 maja 2012 r. sygn. akt XII Ga 92/12). W konsekwencji odwołanie od zaniechania odrzucenia oferty jako zawierającej rażąco niską cenę, która była przedmiotem badania pod tym względem, może ograniczać się do podważania prawidłowości oceny przez zamawiającego złożonych przez wezwanego wykonawcę wyjaśnień wraz z dowodami.

Reasumując, z przywołanych powyżej przepisów wynika, że w toku postępowania odwoławczego nie można już uzupełnić uprzednio złożonych wyjaśnień, w tym zgłosić dowodów, gdyż kognicja Izby ogranicza się do zbadania w kontekście zarzutów odwołania, czy wyjaśnienia złożone zamawiającemu zostały przez niego prawidłowo ocenione.

W tej sprawie w odwołaniu - jak to powyżej zrelacjonowano i potwierdzono w ramach poczynionych ustaleń - wystarczająco adekwatnie (tzn. pomimo popełnionych omyłek

rachunkowych) sprecyzowano okoliczności, które świadczą o tym, że Zamawiający nie miał podstaw faktycznych, aby pozytywnie ocenić złożone na jego żądanie wyjaśnienia.

Należy podkreślić, że nawet przed obarczeniem wykonawcy wezwanego w trybie art. 224 ust. 1 pzp (90 ust. 1 popzp) obowiązkiem uregulowanym aktualnie wprost w art. 224 ust. 5 pzp (art. 90 ust. 2 popzp), konsekwentnie wskazywano w orzecznictwie, że dla zakwalifikowania oferty do dalszego postępowania nie jest wystarczające złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, lecz wyjaśnień odpowiednio umotywowanych, przekonujących, że zaproponowana oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny [por. uzasadnienia wyroków Sądu Okręgowego w Warszawie wydanych: 5 stycznia 2007 r. sygn. akt V Ca 2214/06, 13 lutego 2014 r. sygn. akt V Ca 3765/13 (dotyczył wyroku Izby z 22 października 2013 r. sygn. akt KIO 2354/13) oraz 17 lutego 2014 r. sygn. akt V Ca 3547/13 (dotyczył wyroku Izby z 7 października 2013 r. sygn. akt: KIO 2216/13, KIO 2221/13]. Jak trafnie wskazał Sąd Okręgowy w Warszawie w uzasadnieniu wyroku z 8 czerwca 2006 r. sygn. akt V Ca 459/06, postępowanie wyjaśniające ma utwierdzić zamawiającego, że dokonana przez niego wstępna ocena oferty jest prawidłowa lub nie. Jeśli lektura wyjaśnień pozostawia istotne wątpliwości co do tego, że wykonanie przedmiotu zamówienia za cenę wskazaną w ofercie jest możliwe, zamawiający jest zobowiązany do odrzucenia oferty.

Zaznaczenia przy tym wymaga, że w tej sprawie przy badaniu prawidłowości dokonanej przez Zamawiającego oceny wyjaśnień za właściwy punkt odniesienia należało przyjąć wyłącznie treść złożonych mu wyjaśnień, gdyż wezwanie Zamawiającego w trybie art. 224 ust. 1 pzp wszczęło procedurę, w której Przystępujący i drugi wykonawca obciążeni został ciężarem wykazania prawidłowości zaoferowanej ceny, a złożenie wyjaśnień niepotwierdzających tej okoliczności skutkować powinno obowiązkiem odrzucenia ich ofert, bez stwarzania im kolejnych możliwości złożenia bardziej szczegółowych czy też lepiej udokumentowanych wyjaśnień. Jak słusznie podkreśla się w orzecznictwie Izby, skierowanie powtórnego wezwania do złożenia wyjaśnień możliwe jest tylko w szczególnie uzasadnionych przypadkach i może dotyczyć wykonawcy, który rzetelnie złożył pierwsze wyjaśnienia, np. gdy w świetle złożonych wcześniej wyjaśnień pojawiły się u zamawiającego nowe wątpliwości. Izba w pełni podziela pogląd wyrażony uprzednio m.in. w wyroku z 13 października 2014 r. sygn. akt KIO 2025/14 oraz w wyroku z 28 lipca 2017 r. sygn. akt 1431/17, że ponowienie wezwania nie może stanowić próby ratowania oferty, wówczas gdy wykonawca składa wyjaśnienia zbyt ogólne, niekonkretne, nierzeczowe, niepoparte faktami, wykonawca ma bowiem obowiązek dołożyć wszelkich starań, aby na pierwsze wezwanie zamawiającego rzetelnie wyjaśnić okoliczności, które uzasadniają wysokość ceny jego oferty. Zamawiający nie może wzywać jednak wykonawcy kilkakrotnie do uszczegółowienia i skonkretyzowania ogólnikowych twierdzeń podanych wcześniej, gdyż prowadziłoby to do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, polegającego na sugerowaniu wykonawcy, jakie wyjaśnienia powinien ostatecznie złożyć.

Reasumując, w rozpoznawanej sprawie skutecznie została podważona prawidłowość zaakceptowania złożonych przez Rekom i Progresiso wyjaśnień, jako nieuzasadniających ceny złożonych ofert, co obligowało Zamawiającego do ich odrzucenia.

Ponieważ jako zarzut należy traktować przede wszystkim podniesione w odwołaniu okoliczności faktyczne, które świadczą o naruszeniu przepisów ustawy pzp, nie ma znaczenia dla uznania odwołania za zasadne w całości, że spośród wskazanych w odwołaniu trzech kwalifikacji prawnych tych samych okoliczności, Izba uznała jedną z nich za adekwatną

Z kolei zarzuty naruszenia art. 16, art. 17 pkt 2 czy art. 239 ust. 1 ustawy pzp mają charakter wtórny, gdyż nie opierają się na żadnych odrębnych okolicznościach faktycznych, a zatem są konsekwencją zaniechania odrzucenia ofert objętych zasadniczymi zarzutami odwołania.

Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdziła, że naruszenie przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 8 wzw. z art. 224 ust. 6 ustawy pzp miało wpływ na wynik prowadzonego przez niego postępowania o udzielenie zamówienia - wobec czego - działając na podstawie art. 554 ust. 1 pkt 1, ust. 3 pkt 1 lit. a oraz b ustawy pzp - orzekła, jak w pkt 1. sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego w tej sprawie, na które złożył się uiszczony wpis od odwołania oraz uzasadnione koszty Odwołujących w postaci wynagrodzenia pełnomocnika, orzeczono - w pkt 2. sentencji - stosownie do jej wyniku na podstawie art. 557 ustawy pzp w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 7 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437) - obciążając nimi Zamawiającego.