Sygn. akt: KIO 989/22

WYROK

z dnia 4 maja 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Kurowska

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 kwietnia 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 kwietnia 2022 r. przez Wykonawcę Awima Sp. j. B. W. z siedzibą w Józefowie,

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Sąd Rejonowy dla m.st. Warszawy z siedzibą w Warszawie,

przy udziale Wykonawcy AMSA Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie.

2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego Awima Sp. j. B. W. z siedzibą w

Józefowie;

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego Awima Sp. j. B. W. z siedzibą w Józefowie tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600,00 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych 00/100) poniesioną przez Odwołującego Awima Sp. j. B. W. z siedzibą w Józefowie tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz kwotę 3 600,00 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych 00/100) poniesioną przez Wykonawcę AMSA Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie tytułem

wynagrodzenia pełnomocnika;

2.2. zasądza od Odwołującego Awima Sp. j. B. W. z siedzibą w Józefowie na rzecz Wykonawcy AMSA Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (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: .....

Sygn. akt KIO 989/22

UZASADNIENIE

Zamawiający - Sąd Rejonowy dla m.st. Warszawy w Warszawie - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia mającego za przedmiot Świadczenie usługi kompleksowego sprzątania w obiektach Sądu Rejonowego dla m.st. Warszawy w Warszawie - część II. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2022/S 026-066371 w dniu 7 lutego 2022 r.

Pismem z dnia 1 kwietnia 2022 r. Zamawiający poinformował Wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej - oferty Wykonawcy Amsa Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

W dniu 11 kwietnia 2022 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie Wykonawcy Awima Sp. j. B. W. z siedzibą w Józefowie, dalej jako „Odwołujący", w zakresie części II zamówienia od:

1. czynności wyboru przez Zamawiającego oferty złożonej przez Wykonawcę Amsa Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie jako oferty najkorzystniejszej;

2. zaniechania przez Zamawiającego odrzucenia oferty złożonej przez Wykonawcę AMSA Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie z uwagi na zaoferowanie rażąco niskiej ceny;

3. zaniechania przez Zamawiającego wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 224 ust. 6 ustawy Pzp w związku z:

   a) dokonaniem wadliwej oceny wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny oferty złożonej przez Wykonawcę AMSA Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie;

   b) błędnym uznaniem, że oferta Wykonawcy AMSA Sp. z o.o. 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 złożonej przez Wykonawcę Amsa Sp. z o.o. jako oferty, która zawiera cenę rażąco niską

2. art. 224 ust. 5 ustawy Pzp w związku z błędnym uznaniem, że Wykonawca Amsa Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie wykazał i udowodnił, że jego oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej;

3. art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1, 2 i 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy AMSA Sp. z o.o. jako

oferty zawierającej cenę rażąco niską, podczas gdy treść udzielonych wyjaśnień potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę, 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 II zamówienia wyboru oferty Wykonawcy Amsa Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie jako oferty najkorzystniejszej, podczas gdy oferta tego Wykonawcy podlega odrzuceniu z powodu rażąco niskiej ceny.

Podstawowe żądanie, jakie podniósł Odwołujący to uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
2. odrzucenia oferty Wykonawcy Amsa Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie;
3. powtórzenie czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej.

W części argumentacyjnej Odwołujący podniósł, co następuje.

W odniesieniu do zarzutu wskazanego w punkcie 1. petitum odwołania Odwołujący wskazał, że Zamawiający pismem z dnia 14 marca 2022 r. skierował do Przystępującego wezwanie do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. W ocenie Odwołującego oferta złożona przez Przystępującego podlega odrzuceniu z uwagi na fakt, że zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia - na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp. Odwołujący wskazał, że wyjaśnienia Przystępującego złożone w trybie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp w sprawie ustalenia, czy złożona oferta zawiera cenę rażąco niską, nie mogą stanowić wiarygodnej podstawy do uznania zaproponowanej przez Wykonawcę ceny. Odwołujący przywołał przepis art. 224 ust. 1 ustawy Pzp i wskazał na konieczność złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu lub ich istotnych części składowych. Odwołujący zakwestionował wyjaśnienia złożone przez Przystępującego wskazując, że nie udowadniają one, by istniały okoliczności o wyjątkowym charakterze, niedostępne innym przedsiębiorcom. Zdaniem Odwołującego Przystępujący nie wskazał żadnych konkretnych informacji pozwalających ustalić o jakie wartości zoptymalizowano poszczególne czynniki cenotwórcze. Odwołujący wskazał także, że Przystępujący nie złożył żadnych dowodów na poparcie swoich twierdzeń. Przystępujący nie udowodnił, że dysponuje sprzętem potrzebnym do wykonania usługi, nie wyjaśnił kosztów związanych z amortyzacją i eksploatacją sprzętu. Odwołujący podniósł, że kalkulacje i twierdzenia przedstawione przez Przystępującego w piśmie z dnia 16 marca 2022 r. nie zostały udowodnione. Ponadto w ocenie Odwołującego twierdzenia te są bezwartościowe dla oceny

oferty przez pryzmat przepisu art. 224 ust. 5 ustawy Pzp. Następnie Odwołujący przywołał

wyrok KIO z dnia 6 lutego 2020 r. (sygn. akt: KIO 170/20) oraz wyrok KIO z dnia 20 lutego 2012 r. (sygn. akt: KIO 109/12) wskazując, że wyjaśnienia ogólnikowe są równoznaczne z brakiem wyjaśnień, natomiast złożenie wyjaśnień w zakresie ceny rażąco niskiej wymaga złożenia dowodów na ich potwierdzenie. W dalszej kolejności Odwołujący wskazał, że Wykonawca Amsa Sp. z o.o. nie odniósł się do treści wezwania skierowanego przez Zamawiającego, nie wskazał żadnych okoliczności mających wpływ na obniżenie ceny, nie podał sposobu obniżenia ceny ani wartości, o jaką cena mogła zostać obniżona i nie powołał się na żadne okoliczności o charakterze wyjątkowym.

Odwołujący wskazał, że w miejsce dowodów Wykonawca Amsa Sp. z o.o. powołał się na zaplecze sprzętowe i dofinansowanie z PFRON, natomiast złożone wyjaśnienia mają charakter lakoniczny. Odwołujący wskazał, że Wykonawca Amsa Sp. z o.o. w złożonej kalkulacji podał, że do kalkulacji przyjęto, że zamówienie będzie realizowane przez pracowników zatrudnionych na podstawie umowy o pracę: 8 osób w pełnym wymiarze czasu pracy oraz 12 osób w wymiarze % etatu. Odwołujący przedstawił obliczenia własne, z których wynika, że przybliżony koszt zatrudnienia pracownika na podstawie umowy o pracę przy zatrudnieniu w wymiarze 8 h pracy obowiązujący od dnia 1 stycznia 2022 r., z uwzględnieniem PPK, urlopu oraz zastępstwa na okoliczność choroby wynosi 4.077,07 zł (całkowity koszt), natomiast przy założeniu pracy w wymiarze 4 h wynosi 2.038,53 zł. W ocenie Odwołującego z przedstawionej kalkulacji wynika, że koszt zatrudnienia w skali 36 miesięcy realizacji zamówienia wynosi 2.054.841,12 zł, podczas gdy Wykonawca Amsa Sp. z o.o. w ofercie zawarł cenę 1.881.900,00 zł. Odwołujący podniósł, że Wykonawca Amsa Sp.

z o.o. nie udowodnił, że korzysta z dofinansowania w kwocie 414.352,88 zł ani w jaki sposób oszacował kwotę dofinansowania. Odwołujący podniósł, że Wykonawca Amsa Sp. z o.o. zaoferował cenę, która nie pokrywa wszystkich kosztów uwzględnionych w ramach zamówienia, jest zatem ceną rażąco niską.

Następnie Odwołujący zakwestionował kalkulację Wykonawcy Amsa Sp. z o.o. w zakresie podatku dochodowego oraz kosztów badań lekarskich wskazując na jej gołosłowność.

Odwołujący wskazał, że Wykonawca Amsa Sp. z o.o. składając wyjaśnienia z dnia 16 marca 2022 r. w zakresie rażąco niskiej ceny nie wypełnił ustawowych wymogów dotyczących składanych wyjaśnień i nie załączył żadnych dowodów. W ocenie Odwołującego Wykonawca Amsa Sp. z o.o. powinien wskazać rabaty, złożyć wykaz własnego sprzętu, oferty kupna materiałów, narzędzi, paliwa itp.

Argumentując pozostałe zarzuty Odwołujący wskazał na obowiązek Zamawiającego do udzielenia zamówienia w sposób zgodny z zasadami systemu zamówień publicznych.

Odwołujący podniósł, że właściwa ocena wyjaśnień złożonych przez Wykonawcę Amsa Sp. z o.o. powinna skutkować odrzuceniem oferty złożonej przez ww. Wykonawcę.

Pismem z dnia 20 kwietnia 2022 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której oświadczył, że uwzględnia zarzuty dotyczące:

1. czynności wyboru oferty złożonej przez Wykonawcę Amsa Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej;

2. zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez Wykonawcę Amsa Sp. z o.o. z uwagi na zaoferowanie ceny rażąco niskiej.

Jednocześnie Zamawiający zobowiązał się do:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;

2. odrzucenia oferty złożonej przez Wykonawcę Amsa Sp. z o.o.;

3. powtórzenia badania i oceny ofert.

Jednocześnie Zamawiający oświadczył, że z uwagi na stosowanie „procedury odwróconej" w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, odwołanie w zakresie, w jakim odnosi się do zaniechania przez Zamawiającego dokonania wyboru oferty złożonej przez Odwołującego jako najkorzystniejszej oraz żądanie dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej uznaje za niezasadne i przedwczesne. W konsekwencji tego Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w ww. zakresie.

Pismem z dnia 25 kwietnia 2022 r. Wykonawca Amsa Sp. z o.o. zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów odwołania.

Pismem z dnia 25 kwietnia 2022 r. Wykonawca Amsa Sp. z o.o. zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przedstawił stanowisko procesowe.

W odniesieniu do podniesionych przez Odwołującego zarzutów Wykonawca Amsa Sp. z o.o. przedstawił następującą argumentację.

Ad 1.

Wykonawca Amsa Sp. z o.o. wskazał na brak wystąpienia ustawowych przesłanek do wystosowania do ww. Wykonawcy wezwania do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Wykonawca Amsa Sp. z o.o. wskazał, że jego oferta od średniej arytmetycznej ofert różni się jedynie o 9%. Dodatkowo Wykonawca Amsa Sp. z o.o. wskazał, że zaoferowana przez niego cena jest wyższa od szacunkowej wartości zamówienia powiększonej o podatek VAT o 18%. Mając na uwadze powyższe Wykonawca Amsa Sp. z o.o. wskazał, że Zamawiający nie miał nawet podstaw, by wezwać ww. Wykonawcę do

złożenia wyjaśnień w zakresie ceny rażąco niskiej.

Ad 2.

Wykonawca Amsa Sp. z o.o. zakwestionował podstawę prawną zarzutu postawionego w punkcie oznaczonym numerem 2 petitum odwołania. Ww. Wykonawca wskazał, że został wezwany jedynie do wyjaśnień treści oferty. Ww. Wykonawca wskazał, że Zamawiający w treści wezwania nie zawarł informacji, że wzywa do przedstawienia dowodów dotyczących wyjaśnień w zakresie kalkulacji ceny ofertowej. Wykonawca Amsa Sp. z o.o. podniósł, że wbrew twierdzeniom Odwołującego nigdy nie został wezwany przez Zamawiającego do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny oraz do złożenia dowodów w zakresie rażąco niskiej ceny. Ww. Wykonawca wskazał, że wezwanie skierowane przez Zamawiającego było lakonicznie, jako podstawę wezwania Zamawiający wskazał przepis art. 223 ust. 1 ustawy Pzp i nie wzywał do złożenia dowodów. Wykonawca Amsa Sp. z o.o. przedstawił w treści pisma procesowego z dnia 25 kwietnia 2022 r. tabelaryczne zestawienie różnic pomiędzy wezwaniem do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp i wezwaniem do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny na podstawie art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp. W treści pisma ww. Wykonawca Amsa Sp. z o.o. podniósł, że nie można czynić mu zarzutu w sytuacji, w której zastosował się do wezwania do złożenia wyjaśnień i wskazanej w wezwaniu podstawy prawnej. Wykonawca Amsa Sp. z o.o. podniósł, że z przepisem art. 223 ust. 1 ustawa Pzp ustawodawca nie połączył żadnych sankcji. Ww. Wykonawca wskazał, że został wezwany jedynie do złożenia wyjaśnień treści oferty w zakresie kalkulacji ceny, a nie w zakresie ceny rażąco niskiej.

Ad 3.

Wykonawca Amsa Sp. z o.o. wskazał, że stan faktyczny wskazany w odwołaniu nigdy nie zaistniał, w odwołaniu powołano zatem podstawy faktyczne, które nie wystąpiły oraz błędne podstawy prawne. Ww. Wykonawca podniósł, że nie można odrzucić oferty z uwagi na rażąco niską cenę, jeśli nie doszło do wezwania do złożenia wyjaśnień w tym zakresie.

Ad 4.

Wykonawca Amsa Sp. z o.o. zakwestionował słuszność dokonanej przez Zamawiającego czynności uwzględnienia odwołania.

W trakcie rozprawy Odwołujący, Zamawiający oraz zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego Wykonawca Amsa Sp. z o.o. podtrzymali również swoje stanowiska.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił przystąpienie Wykonawca Amsa Sp. z o.o. Izba uznała zgłoszone przystąpienie za skuteczne.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest świadczenie usług sprzątania w obiektach Sądu Rejonowego dla m.st. Warszawy w Warszawie w zakresie części II zamówienia - Świadczenie usługi sprzątania i utrzymania czystości w obiekcie przy ul. Marszałkowskiej 82 w Warszawie mieszczącym komórki organizacyjne Sądu Rejonowego dla m.st. Warszawy w Warszawie.

Do upływu terminu składania ofert w zakresie części II zamówienia wpłynęły trzy oferty:

1. Wykonawców wspólnie ubiegających się o uzyskanie zamówienia - Konsorcjum firm Praxima Karkopol Sp. z o.o. oraz Impel Facility Services Sp. z o.o. z ceną 2.001.141,72 zł;
2. Awima Sp. j. B. W. z ceną 2.313.336,60 zł;
3. Amsa Sp. z o.o. z ceną 1.881.900,00 zł.

Pismem z dnia 14 marca 2022 r. Zamawiający wezwał Wykonawcę Amsa Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień, wskazując:

„Zamawiający informuje, że w przypadku złożonej przez Państwa oferty w zakresie części II postępowania - świadczenie usługi sprzątania i utrzymania czystości w obiekcie przy ul. Marszałkowskiej 82 w Warszawie mieszczącym komórki organizacyjne Sądu Rejonowego dla m.st. Warszawy w Warszawie zachodzi wątpliwość, w jaki sposób wyliczono w niej cenę.

W związku z powyższym, działając na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy z 11 września [przyp.: w treści wezwania omyłkowo podano: stycznia] 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (...), Zamawiający wzywa Państwa do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej ofert w zakresie kalkulacji oferowanej ceny brutto za wykonanie przedmiotu zamówienia. (...)"

Wykonawca Amsa Sp. z o.o. odpowiedział na ww. wezwanie pismem z dnia 16 marca 2022 r. W treści złożonych wyjaśnień ww. Wykonawca wskazał:

„W odpowiedzi na wezwanie do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty w zakresie kalkulacji oferowanej ceny brutto za wykonanie przedmiotu zamówienia z dnia 14 marca 2022 roku, poniżej przesyłamy kalkulację cenową mającą wpływ na wysokość zaproponowanej przez nas kwoty w postępowaniu na świadczenie usług utrzymania czystości w Sądzie Rejonowym dla m.st. Warszawy. Zaoferowana przez Wykonawcę cena realizacji usługi została wyliczona w sposób prawidłowy, z uwzględnieniem wszystkich wymogów stawianych przez Zamawiającego w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Dzięki szczegółowej analizie przedmiotu zamówienia oraz doświadczeniu w realizacji podobnych usług, złożyliśmy w postępowaniu ofertę, która zapewni Zamawiającemu należytą realizację przedmiotu zamówienia przez cały okres obowiązywania umowy. Złożona oferta uwzględnia wszelkie koszty wytworzenia usługi zamówionej przez Zamawiającego, w tym wymogi dotyczące najniższego wynagrodzenia wraz z kosztami pracodawcy. Zaoferowana cena jest realistyczna, porównywalna z ceną rynkową podobnych zamówień. Wykonawca spełnia wymogi w zakresie płacy minimalnej. Zaznaczamy również, iż firma Amsa Sp. z o.o. posiada na terenie Warszawy i województwa mazowieckiego wszystkie struktury, a co za tym idzie, nie ponosi dodatkowych kosztów tworzenia struktur organizacyjnych niezbędnych do obsługi zamówienia. Amsa Sp. z o.o. zatrudnia wyłącznie pracowników posiadających wieloletnie doświadczenie, co pozwoliło na wypracowanie technologii sprzątania umożliwiającej ograniczenie kosztów. Technologia polega na wprowadzeniu indywidualnych dla każdego obiektu harmonogramów prac porządkowych umożliwiających planowanie i koordynowanie czasu pracy pracowników zatrudnionych przy realizacji zamówienia. Dzięki dedykowanym rozwiązaniom informatycznym, Wykonawca jest w stanie dokładnie określić miesięczne zużycie środków czystości i przewidzieć oraz zaplanować dostawy realnie zużywanych ilości środków czystości w przyszłych miesiącach, co znacznie pozwala ograniczyć koszty i stworzyć sprzyjające warunki wykonania zamówienia."

W dalszej kolejności Wykonawca Amsa Sp. z o.o. wskazując kalkulację kosztu sprzątania wskazał, co następuje.

„Założenia przyjęte do kalkulacji kosztów zostały przygotowane w oparciu o dotychczasowe doświadczenie zdobyte podczas realizacji usługi o podobnym profilu i zakresie obowiązków. Do kalkulacji przyjęto realizację przez pracowników zatrudnionych na umowę o pracę - 8 (osiem) osób na 1/1 etatu, z wynagrodzeniem minimalnym na dzień składania ofert (3010,00 zł brutto) oraz 12 (dwanaście) osób na % etatu, z wynagrodzeniem minimalnym na dzień składania ofert (1505,00 zł brutto)."

W tym miejscu Wykonawca Amsa przedstawił kalkulację wykonania usługi sprzątania w perspektywie 36 miesięcy wskazując w niej następujące koszty: koszt wynagrodzenia pracowników (wraz z dofinansowaniem PFRON), ZUS pracodawcy, koszt urlopów i zwolnień lekarskich, koszt środków czystości - koncentratów, koszty amortyzacyjne sprzętu i maszyn, zysk wykonawcy, podatek dochodowy, koszt badań lekarskich, koszt wynajmu

pomieszczenia gospodarczego, inne koszty (w tym organizacyjne).

Następnie Wykonawca Amsa Sp. z o.o. wskazał:

> „powyższe kalkulacje uwzględniają wynagrodzenie pracowników, kwotę ZUS i podatków, osób zatrudnionych na podstawie umów o pracę z uwzględnieniem kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie jest niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (...). Ponadto chcielibyśmy zaznaczyć, że pracownicy są wyposażeni w odpowiedni sprzęt (odkurzacze, wózki serwisowe, sprzęt drobny) i środki ochrony indywidualnej. Wszyscy pracownicy są na bieżąco szkoleni z metod stosowania środków chemicznych i sprzętu, oraz wstępnie przeszkoleni z wewnętrznych procedur Zamawiającego. Koordynatorzy zajmują się

rejonizacją, weryfikacją poprawnej realizacji prac, zamawianiem środków i opieką nad pracownikami oraz rzetelnym wykonywaniem usługi oraz są w regularnym kontakcie z przedstawicielem Zamawiającego. Wszyscy pracownicy są objęci wszelkimi świadczeniami, wynikającymi z umów o pracę zgodnie z obowiązującym Prawem Pracy. Wykonawca oświadcza, że korzysta z certyfikowanych środków, profesjonalnego sprzętu i przeszkolonych pracowników, do działań zgodnych z normami bezpieczeństwa i prawem ochrony środowiska. Każdy pracownik standardowo odbywa szkolenie z zakresu BHP, ochrony środowiska oraz wewnętrzne i zewnętrzne szkolenia technologiczne, których celem jest uzyskanie oraz rozwijanie wiedzy pracowników na temat używanych środków chemicznych i stosowanych technologii. Jesteśmy przekonani, że dzięki szczegółowej analizie przedmiotu zamówienia oraz doświadczeniu w realizacji usług objętych postępowaniami przetargowymi, złożyliśmy w postępowaniu ofertę, która zapewnia Zamawiającemu należytą realizację przedmiotu zamówienia przez cały okres obowiązywania Umowy. Oferta została przygotowana rzetelnie, obejmując swym zakresem wszystkie składniki cenotwórcze. W przypadku konieczności jakiejkolwiek dodatkowej analizy naszej oferty, wyrażamy chęć współpracy z Zamawiającym w zakresie przedstawienia ewentualnych dodatkowych wyjaśnień."

Pismem z dnia 1 kwietnia 2022 r. Zamawiający poinformował o wyborze najkorzystniejszej oferty w zakresie części II zamówienia - za najkorzystniejszą została uznana oferta złożona przez Wykonawcę Amsa Sp. z o.o.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowisko Zamawiającego i Uczestnika postępowania złożone na piśmie, jak również stanowiska stron i uczestnika postępowania podane do protokołu rozprawy, zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp. Ponadto Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 Pzp, tj. istnienie po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia przez niego szkody z uwagi na kwestionowane czynności Zamawiającego.

Izba ustaliła, że Zamawiający dokonał uwzględnienia zarzutów odwołania w całości. Wniosek Zamawiającego o oddalenie odwołania w zakresie dotyczącym zaniechania dokonania przez Zamawiającego czynności wyboru oferty złożonej przez Odwołującego jako najkorzystniejszej Izba uznała za bezprzedmiotowy wobec faktu, że Odwołujący nie sformułował zarzutu w odniesieniu do tego zaniechania, co zostało potwierdzone przez Odwołującego w toku rozprawy.

Izba uznała, że zarzuty wskazane w odwołaniu nie potwierdziły się i nie zasługują na uwzględnienie wskutek czego odwołanie podlega oddaleniu.

Tytułem wstępu należy wskazać, że zgodnie z przepisem art. 223 ust. 1 ustawy Pzp w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z uwzględnieniem ust. 2 i art. 187, dokonywanie jakiejkolwiek zmiany w jej treści.

Zgodnie z treścią art. 224 ust. 1 ustawy 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.

Zgodnie z art. 224 ust. 2 ustawy 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 przesłanki odrzucenia oferty 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.

W myśl przepisu art. 224 ust. 6 ustawy Pzp 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.

Zgodnie z poglądem doktryny „(...) W wezwaniu do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny lub kosztu lub ich istotnych części składowych zamawiający musi określić swoje wątpliwości, aby wykonawca wiedział, co należy wyjaśnić i z jakiego powodu zamawiający powziął wątpliwości. (...). Nie jest możliwe odrzucenie oferty tylko i wyłącznie na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, gdyż odrzucenie oferty z powodu rażąco niskiej ceny lub kosztu może nastąpić wyłącznie po uprzednim przeprowadzeniu postępowania wyjaśniającego mającego na celu obalenie domniemania wystąpienia rażąco niskiej ceny lub kosztu.” (Prawo zamówień publicznych. Komentarz, pod red. H. Nowaka, M. Winiarza, Warszawa 2021, s. 708 i 712.).

Przenosząc powyższe rozważania na grunt przedmiotowej sprawy Izba uznała, że zarzuty podniesione w odwołaniu zostały oparte na błędnie ustalonym stanie faktycznym. Odwołujący błędnie przyjął, że Przystępujący Amsa Sp. z o.o. został wezwany przez Zamawiającego w trybie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny, która wydaje się rażąco niska. Idąc w ślad za tym błędnym ustaleniem, Odwołujący podniósł, że złożone przez Przystępującego wyjaśnienia z dnia 16 marca 2022 r. są niewystarczające, nie odpowiadają wymogom określonym w przepisie art. 224 ustawy Pzp i nie zawierają koniecznych dowodów, wskutek czego ich ocena powinna skutkować uznaniem, że oferta złożona przez Przystępującego Amsa Sp. z o.o. zawiera rażąco niską cenę i podlega odrzuceniu.

Tymczasem, jak ustaliła Izba, Zamawiający jako podstawę prawną wezwania z dnia 14 marca 2022 r. wystosowanego do Przystępującego Amsa Sp. z o.o. wskazał przepis art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, a nie przepis art. 224 ust. 1 lub 2 ustawy Pzp. Jednocześnie Izba zwróciła uwagę, że także z treści wezwania z dnia 14 marca 2022 r. nie wynika, by wezwanie dotyczyło kalkulacji ceny w kontekście wątpliwości co do jej rażącego charakteru. Zamawiający wskazał jedynie, że wezwanie kieruje „(...) w zakresie kalkulacji oferowanej ceny brutto za wykonanie przedmiotu zamówienia” oraz w innym miejscu wezwania „(...) zachodzi wątpliwość, w jaki sposób wyliczono w niej cenę”.

W tym miejscu należy wskazać, że Zamawiający jest zobligowany do precyzyjnego określenia swoich wątpliwości w treści wezwania skierowanego do wykonawcy i ciężaru tego nie można przenosić na wykonawców ubiegających się o uzyskanie zamówienia. Obowiązkiem wykonawcy jest udzielenie wyczerpujących wyjaśnień w odpowiedzi na

wezwanie, jednak do obowiązków zamawiającego należy jednoznaczne sformułowanie treści wezwania.

Zatem wezwanie z dnia 14 marca 2022 r. skierowane przez Zamawiającego do Przystępującego Amsa Sp. z o.o., z uwagi zarówno na przywołaną w treści wezwania podstawę prawną, jak również ze względu na treść samego wezwania, Izba oceniła jako niedające podstaw do uznania, że jest to wezwanie kierowane w trybie art. 224 ustawy Pzp, a zatem Izba uznała, że wezwanie to nie może korzystać z przewidzianych w tym przepisie instrumentów prawnych takich jak np. ciężar dowodu spoczywający na wykonawcy wezwanym do złożenia wyjaśnień czy domniemanie faktyczne ceny rażąco niskiej.

Tym samym brak było podstaw, by wyjaśnienia udzielone przez Przystępującego Amsa Sp. z o.o. oceniać przez pryzmat przepisu art. 224 ustawy Pzp.

W okolicznościach faktycznych przedmiotowej sprawy zarzut ceny rażąco niskiej Izba uznała za niezasadny wobec faktu, że do Przystępującego Amsa nie zostało skierowane wezwanie w trybie art. 224 ustawy Pzp, natomiast Odwołujący nie podniósł zarzutu zaniechania skierowania do Przystępującego Amsa Sp. z o.o. wezwania w trybie art. 224 ustawy Pzp, błędnie uznając, że wyjaśnienia w tym trybie zostały przez Przystępującego

Amsa Sp. z o.o. złożone.

Mając na uwadze powyższe Izba uznała, że odwołanie podlega oddaleniu i orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557, art. 574 oraz art. 575 ustawy Pzp, a także w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. b) oraz § 8 ust. 2 pkt 2 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. z 2020 r. poz. 2437), orzekając w tym zakresie o obciążeniu kosztami postępowania stronę przegrywającą, czyli Odwołującego.

Przewodniczący .....