Sygn. akt: KIO 1611/22

KIO 1615/22

WYROK

z dnia 8 lipca 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie 4 lipca 2022 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 16 i 17 czerwca 2022 r. przez wykonawców:

A. Eco Expert sp.j. K. M. A. z siedzibą w Gorzowie Wielkopolskim - sygn. akt KIO 1611/22 [„Odwołujący”]

B. MAGNUM sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie - sygn. akt KIO 1615/22 [„Odwołujący”]

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. Bieżące utrzymanie czystości nieruchomości budynkowych oraz przyległej do nich powierzchni zewnętrznej, stanowiących własność oraz zarządzanych przez Szczecińskie TBS, w podziale na części (nr Pn2/DZE/2022)

prowadzonym przez zamawiającego: Szczecińskie Towarzystwo Budownictwa Społecznego sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie [„Zamawiający”]

przy udziale wykonawców zgłaszających swoje przystąpienia do postępowania odwoławczego:

A. Eco Expert sp.j. K. M. A. z siedzibą w Gorzowie Wielkopolskim - po stronie Odwołującego w sprawie sygn. akt KIO 1615/22

B. Firma Usługowa ROMUS R. Sz., Szczecin - po stronie Zamawiającego w sprawach sygn. akt: KIO 1611/22, KIO 1615/22 [„Przystępujący”]

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie w sprawie sygn. akt KIO 1611/22 i nakazuje Zamawiającemu w części 7. i 8. zamówienia: unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty i odrzucenia oferty Odwołującego oraz uwzględnienie tej oferty przy powtórnym badaniu i ocenie ofert.

2. Kosztami postępowania odwoławczego w sprawie sygn. akt KIO 1611/22 obciąża Zamawiającego i:

1) zalicza w poczet tych kosztów kwotę 15000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,

2) zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 18600 zł 00 gr

(słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) - odpowiadającą wysokości wpisu oraz uzasadnionych kosztów z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

3. Oddala odwołanie w sprawie sygn. akt KIO 1615/22.

4. Kosztami postępowania odwoławczego w sprawie sygn. akt KIO 1615/22 obciąża Odwołującego i:

1) zalicza w poczet tych kosztów kwotę 15000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,

2) zasądza od Odwołującego na rzecz Przystępującego kwotę 1497 zł 80 gr

(słownie: tysiąc czterysta dziewięćdziesiąt siedem złotych osiemdziesiąt groszy) - stanowiącą uzasadnione koszty z tytułu dojazdu na wyznaczone posiedzenie.

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

Szczecińskie Towarzystwo Budownictwa Społecznego sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie {dalej: „Zamawiający"} prowadzi na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019

r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z2021 r. poz. 1129 ze zm.) {dalej również: „ustawa pzp" lub „pzp") w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na usługi pn. Bieżące utrzymanie czystości nieruchomości budynkowych oraz przyległej do nich powierzchni zewnętrznej, stanowiących własność oraz zarządzanych przez Szczecińskie TBS, w podziale na części: część 5, część 6, część 7, część 8 (nr Pn2/DZE/2022).

Ogłoszenie o tym zamówieniu 2 marca 2022 r. zostało opublikowane w Dzienniku

Urzędowym Unii Europejskiej nr 2021/S_043 pod poz. 111622.

Wartość tego zamówienia przekracza progi unijne.

6 czerwca 2022 r. Zamawiający zawiadomił o rozstrzygnięciu powyższego postępowania, w tym wyborze jako najkorzystniejszej w częściach nr 7 i 8 oferty złożonej przez Firmę Usługową ROMUS R. Sz. ze Szczecina {dalej: „Romus" lub „Przystępujący"}, a także o odrzuceniu w tych częściach oferty złożonej przez Eco Experta sp.j. K. M. A. z siedzibą w Gorzowie Wielkopolskim.

{KIO 1611/22}

16 czerwca 2022 r. Eco Expert sp.j. K. M. A. z siedzibą w Gorzowie Wielkopolskim {dalej również: „Eco Expert" lub „Odwołujący"} wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od powyższych czynności Zamawiającego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp:

1. Art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 16 ust. 1-3 - przez niezasadne odrzucenie oferty Eco Experta w częściach nr 7 i 8 zamówienia w sytuacji, gdy cena tej oferty dla każdej z tych części jest wystarczająca dla pokrycia kosztów realizacji zamówienia, osiągnięcia zysku oraz prawidłowego wykonania zamówienia publicznego, a więc nie jest rażąco niska.

2. Art. 224 ust. 6 w zw. z art. 16 ust. 1-3 - przez błędną, nieprzejrzystą i nielogiczną ocenę wyjaśnień Eco Experta dotyczących ceny oferty w tych częściach i nieuzasadnione stwierdzenie, że wyjaśnienia te wraz z dowodami nie uzasadniają ceny podanej w ofercie ceny dla tych części.

3. [ewentualnie, z ostrożności, w przypadku nieuwzględnienia powyższych zarzutów] Art. 224 ust. 1 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 i art. 224 ust. 6 - przez zaniechanie

wezwania Eco Experta do złożenia dodatkowych wyjaśnień w zakresie ceny oferty przed jej odrzuceniem, mimo powzięcia jedynie wątpliwości co do rynkowego charakteru tej ceny oraz możliwości prawidłowego zrealizowania przedmiotu zamówienia za tę cenę, co jest niewystarczające dla stwierdzenia, że jest ona rażąco niska.

4. Art. 239 ust. 1 - przez zaniechanie wyboru w częściach nr 7 i 8 oferty Eco Experta, pomimo że jest ona ]najkorzystniejsza w każdej z tych części według kryteriów oceny ofert, a w konsekwencji dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty w tych częściach

w sposób inny, niż na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach

zamówienia,

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu w częściach nr 7 i 8 postępowania:

1. Unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty.

2. Unieważnienia odrzucenia oferty Eco Experta.

3. Powtórzenia badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty oraz wyjaśnień Eco Experta.

4. Dokonania wyboru oferty Eco Experta jako najkorzystniejszej.

5. Ewentualnie - dokonania ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Eco Experta, połączonego z dodatkowym wezwaniem go do wyjaśnienia wątpliwości Zamawiającego co do ceny oferty w tych częściach.

W ramach uzasadnienia powyższa lista zarzutów została sprecyzowana w szczególności przez powołanie się na następujące okoliczności.

{powody odrzucenia wskazane przez Zamawiającego}

Z uzasadnienia odrzucenia oferty Eco Experta w częściach nr 7 i 8 z powołaniem się

na art. 226 ust. 1 pkt 8 pzp wynika, że Zamawiający stwierdził w szczególności, że:

1. Ze złożonych wyjaśnień nie wynika, jaki stopień niepełnosprawności mają osoby, które Eco Expert chce skierować do realizacji zamówienia. Zamawiający odnotował przy tym, że Eco Expert zamierza zatrudniać osoby o umiarkowanym stopniu niepełnosprawności i stwierdził, że otrzymywanie dofinansowania z PFRON może stanowić okoliczność uzasadniającą obniżenie ceny za świadczone usługi.

2. Nie jest wystarczające dla wykazania zatrudnienia osób niepełnosprawnych przedłożenie przez Eco Experta wydruku dokumentu INF-D-P ze strony sod.pfron.org.pl, która to deklaracja zdaniem Zamawiającego nie jest dowodem potwierdzającym faktyczne uzyskanie dofinansowania z PFRON. Dodatkowo Zamawiający wskazał, że Eco Expert nie przedstawił ani dowodów potwierdzających posiadanie statusu zakładu pracy chronionej, ani wskaźnika zatrudnienia osób niepełnosprawnych, co zdaniem Zamawiającego uniemożliwia weryfikację rzetelności i wiarygodności

poszczególnych elementów kosztotwórczych.

3. Czas pracy osoby niepełnosprawnej zaliczonej do znacznego lub umiarkowanego stopnia niepełnosprawności nie może przekraczać 7 godzin na dobę i 35 godzin tygodniowo (przy zatrudnieniu na pół etatu - 3,5 godziny na dobę i 17,5 godzin tygodniowo), osoba taka nie może być zatrudniona w porze nocnej i w godzinach nadliczbowych oraz ma prawo do zwolnienia od pracy z zachowaniem prawa do wynagrodzenia w wymiarze do 21 dni roboczych w celu uczestniczenia w turnusie rehabilitacyjnym oraz w celu wykonania badań specjalistycznych, zabiegów leczniczych lub usprawniających, a także w celu uzyskania zaopatrzenia ortopedycznego lub jego naprawy, jeżeli czynności te nie mogą być wykonane poza godzinami pracy. Nie jest zatem możliwa należyta realizacja przedmiotu zamówienia w sytuacji, gdy Eco Expert zamierza skierować do wykonania zamówienia wyłącznie następującą liczbę osób zatrudnionych na pół etatu: w części nr 7 - 6 (w tym 3 osoby do sprzątania wewnątrz oraz 3 osoby do sprzątania terenu zewnętrznego, w części nr 8 - 7 (w tym 3 osoby do sprzątania wewnątrz oraz 4 osoby na pół etatu do sprzątania terenu zewnętrznego), gdyż nieuwzględnione zostałoby wymaganie Zamawiającego dotyczące zapewnienia dla realizacji zamówienia dla jednej osoby 4 godzin pracy dziennie przez 6 dni w tygodniu - w odniesieniu do terenów zewnętrznych, gdzie wymagane jest

wykonywanie czynności w soboty, a także usuwanie skutków opadów atmosferycznych bez względu na dzień tygodnia.

4. Co prawda Zamawiający wymagał dla realizacji zamówienia: w części nr 7 - 6 osób, w części nr 8 - 7 osób, lecz dla Zamawiającego oczywiste jest, że do wykonywania tych czynności Eco Expert musi zatrudnić dodatkowe osoby, gdyż osób niepełnosprawnych nie można zatrudniać w godzinach nadliczbowych oraz w porze nocnej, natomiast rezerwa w wysokości 800 zł miesięcznie na koszty nadgodzin, urlopów i zastępstw jest niewystarczająca dla zapewnienia prawidłowej realizacji usług w pełnym zakresie.

5. Kwota 592,00 zł miesięcznie jako koszt utrzymania czystości wewnątrz budynków (płyny miotły, wiadra, ścierki itp.) wskazana w wyjaśnieniach jest niewystarczająca dla zapewnienia utrzymania czystości na powierzchniach wewnętrznych na łącznie 22 lub 29 klatkach schodowych. Zamawiający przyjął, że do jednorazowego umycia samej podłogi klatki schodowej należy zużyć 3 litry płynu, przez co koszt umycia podłogi w jednej klatce wynosi 9,60 zł. Poza tym Zamawiający wymienił poszczególne powierzchnie i czynności do wykonania w ramach realizacji zamówienia i ocenił, że koszt ich wykonania jest znacznie większy niż kwota wskazana w wyjaśnieniach.

{krytyczna analiza powodów odrzucenia}

Odwołujący następująco ustosunkował się do tak zrelacjonowanej przez siebie oceny jego wyjaśnień przez Zamawiającego.

Wymóg zatrudnienia na potrzeby realizacji zamówienia odpowiednio 6 i 7 osób odpowiednio dla części nr 7 i 8 nie wynika z opisu przedmiotu zamówienia lub treści projektu umowy, a stanowi jedynie warunek udziału w postępowaniu, zgodnie z którym konieczne jest wykazanie dysponowania taką liczbą osób [por. treść pkt VI.2.2.2) lit. c) i d) SWZ].

Przede wszystkim Eco Expert przewidział zarówno skierowanie do realizacji poszczególnych części zamówienia tylu osób, ile wymagane było w ramach tak określonego warunku, jak zastępstwa dla nich w ramach posiadanego potencjału kadrowego, co wynika z przedstawionej kalkulacji, w ramach której przewidziano na ten cel 1550,00 zł dla każdej części. Dodatkowo uwzględniono konieczność wykonywania sprzątania terenu zewnętrznego w soboty dla każdej z części, na co jednoznacznie wskazuje kalkulacja zawarta w wyjaśnieniach w pozycji dotyczącej podstawowego kosztu osobowego (po 750,00 zł dla każdej z części), co zostało pominięte przez Zamawiającego. Uwzględniając koszty zastępstwa i sprzątania terenu zewnętrznego w soboty Eco Expert musiał założyć uczestnictwo w realizacji zamówienia dodatkowych osób ponad osoby wskazywane na potwierdzenie spełniania warunków udziału. Wskazane liczby etatów i osób dotyczą etatów osób, które będą skierowane wyłącznie do realizacji zamówienia w danej części. Reasumując, z kalkulacji zawartej w wyjaśnieniach jednoznacznie wynika, po uwzględnieniu kosztów zastępstw oraz kosztów pracy w soboty, że Eco Expert przewidział uczestnictwo w realizacji każdej części zamówienia większej liczby pracowników niż stwierdzona przez Zamawiającego.

W wyjaśnieniach podano realny koszt zatrudnienia za wynagrodzeniem minimalnym na pół etatu osób niepełnosprawnych: 1) w stopniu umiarkowanym specjalnym (752,09 zł) oraz w stopniu umiarkowanym bez specjalnych schorzeń (1202,09 zł), co pozwalało na wyprowadzenie z przedstawionej kalkulacji jednoznacznego wniosku, że zarówno w części 7., jak i 8. dla terenów wewnętrznych przewidziano po 3 osoby niepełnosprawne w stopniu umiarkowanym specjalnym (bo 3 x 752,09 zł = 2.265,27 zł), a dla terenów zewnętrznych - odpowiednio 3 (dla części 7.) lub 4 (dla części 8.) osoby niepełnosprawne w stopniu umiarkowanym bez specjalnych schorzeń (bo 3 x 1202,09 zł = 3.606,27 zł, a 4 x 1202.09 = 4 808,36). Przy czym nie są to jedyne przewidziane w wyjaśnieniach koszty pracownicze, gdyż w odrębnych pozycjach kalkulacji przewidziano koszty związane z zastępstwami i pracą w soboty.

Koszty związane z urlopami lub zastępstwami zostały uwzględnione w wysokości 750,00 zł w odniesieniu do terenów wewnętrznych oraz 800,00 zł w odniesieniu do terenów zewnętrznych, czyli w łącznej wysokości dla każdej z części 1.550,00 zł (a nie - jak twierdzi Zamawiający - 800 zł)

Wydruk dokumentu INF-D-P ze strony sod.pfron.org.pl. stanowi wystarczające potwierdzenie prawdziwości oświadczenia o korzystaniu z pomocy publicznej w postaci dofinansowania wynagrodzeń dla pracowników niepełnosprawnych tytułu umowy zawartej z Państwowym Funduszem Rehabilitacji Osób Niepełnosprawnych.

Co prawda zgodnie z treścią art. 15 ust. 2 i 3 ustawy z dnia 27 sierpnia 1997 r. o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 573 ze zm.) czas pracy osoby niepełnosprawnej zaliczonej do znacznego

lub umiarkowanego stopnia niepełnosprawności nie może przekraczać 7 godzin na dobę i 35 godzin tygodniowo, a osoba niepełnosprawna nie może być zatrudniona w porze nocnej i w godzinach nadliczbowych, jednakże regulacja ta nie ma charakteru absolutnego. Art. 16ust. 1 pkt 2 tej ustawy stanowi bowiem, że przepisów art. 15 nie stosuje się, gdy, na wniosek osoby zatrudnionej, lekarz przeprowadzający badania profilaktyczne pracowników lub w razie jego braku lekarz sprawujący opiekę nad tą osobą wyrazi na to zgodę. Ponieważ osoby, które Eco Expert zamierza skierować do realizacji zamówienia posiadają taką zgodę, całość argumentacji odnośnie niewystarczającego zaangażowania personalnego jest nietrafna, gdyż oparta na błędnym założeniu Zamawiającego.\

Koszt narzędzi i materiałów w wysokości 592,00 zł miesięcznie dotyczy tylko terenów wewnętrznych, gdyż dla terenów zewnętrznych odrębnie określono ten koszt na 340,00 zł miesięcznie, co daje łącznie 932 zł miesięcznie.

Z posiadanego przez Eco Experta doświadczenia wynika, że kwota 592 zł miesięcznie jest wystarczająca dla pokrycia kosztów zakupu narzędzi i materiałów niezbędnych dla zapewnienia czystości wewnątrz budynków (miotły, wiadra, ścierki i płyny). Jak wskazał sam Zamawiający, ustanowił w opisie przedmiotu zamówienia wymóg codziennego sprzątania i zamiatania klatek schodowych, jednakże w odniesieniu do mycia korytarzy, przedsionków, podestów, stopni schodowych wraz z poręczami, podstopniami i policzkami biegów schodowych zostało ograniczony do dwóch razy w miesiącu.

Przy czym umknęło uwadze Zamawiającego, że na rynku istnieją środki czystości w postaci koncentratów, których rozrobienie z wodą prowadzi do uzyskania roztworu pozwalającego na należyte utrzymanie czystości i ograniczenie kosztów realizacji zamówienia. Koszt 1 litra takiego koncentratu wynosi 15,76 zł brutto (12,81 zł netto). Dla umycia klatki schodowej wymagane jest zużycie 200 ml koncentratu (2,56 zł netto), co pozwoli uzyskać cztery wiadra gotowego roztworu roboczego. Przy założeniu dwukrotnego umycia odpowiednio dwudziestu dziewięciu klatek schodowych (część nr 7) lub dwudziestu dwóch klatek schodowych (część nr 8) miesięczny koszt będzie kształtował się na poziomie odpowiednio 148,48 zł lub 112,64 zł. Ponieważ przewidziane przez Eco Experta kwoty byłyby wystarczające dla wykonania wymaganych czynności nawet w czterokrotnie większym wymiarze, będą wystarczające dla należytego utrzymania czystości na klatkach w okresie jesienno-zimowym. Koszty pozostałych materiałów zużywalnych niezbędnych dla utrzymania czystości na terenach wewnętrznych z pewnością nie przekroczą bowiem pozostałej kwoty przewidzianej na ten cel. Dodatkowo Eco Expert ma możliwość użycia w razie potrzeby niezbędnych materiałów już nabytych w związku z innymi zamówieniami i zleceniami, które realizuje.

{pozostałe okoliczności}

Niezależnie od krytycznego odniesienia się do oceny poszczególnych elementów wyjaśnień przez Zamawiającego Odwołujący podniósł następujące zarzuty.

Po pierwsze, że nie zaistniały obligatoryjne przesłanki badania rażąco niskiej ceny, o których mowa w art. 224 ust. 2 pkt 1 lub 2 pzp, w odniesieniu do oferty Odwołującego w żadnej z tych dwóch części, gdyż różnice pomiędzy cenami złożonych ofert są nieznaczne. Co więcej, w części nr 8 złożona została nawet oferta o niższej cenie, która nie podlegała odrzuceniu w oparciu o art. 226 ust. 1 pkt 1 lub 10 pzp. Jednocześnie Zamawiający nie skonkretyzował w wezwaniu jego podstawy faktycznej, w tym nie podał, jaka jest różnica pomiędzy ceną oferty Eco Experta a szacunkową wartością zamówienia.

Po drugie, że złożone wyjaśnienia czyniły zadość wezwaniu, w którym sprecyzowano jedynie oczekiwanie przedstawienia szczegółowej kalkulacji, z uwzględnieniem: 1) miesięcznego kosztu wynagrodzenia pracowników, miesięcznych kosztów zakupu środków czystości, 3) innych kosztów, które zostały uwzględnione w cenie oferty i dowody wyliczenia ceny, 4) wielkości zysku. W przedstawionej Zamawiającemu kalkulacji, po uwzględnieniu wszystkich kosztów wymaganych dla prawidłowej realizacji zamówienia, wykazano zysk w wysokości miesięcznej odpowiednio 4.030,42 zł (marża około 22%) dla części 7 i 2.950,75 zł (marża około 16%) dla części 8.

Po trzecie zarzucił Zamawiającemu nierówne traktowanie wykonawców, przejawiające się w braku konsekwencji przy ocenie złożonych przez wykonawców wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny w odniesieniu do części nr 7 i 8 w sytuacji, gdy:

- skalkulowanie przez Romusa dla części nr 8 na 300,00 zł miesięcznie analogicznej do zakwestionowanej w wyjaśnieniach Eco Experta kategorii kosztów związanych z narzędziami i materiałami na potrzeby sprzątania powierzchni wewnętrznych, a więc na kwotę blisko dwukrotnie niższą, nie wzbudziło jakichkolwiek wątpliwości Zamawiającego;

- przy co najmniej zbliżonym poziomie szczegółowości wyjaśnień złożonych w części 8.

przez Eco Experta w stosunku do wyjaśnień złożonych przez Romusa, oferta tego pierwszego została odrzucona, a ta druga została wybrana jako najkorzystniejsza;

- wyjaśnienia złożone przez Eco Experta są w istocie bardziej szczegółowe, gdyż uwzględniają znacznie więcej pozycji kosztowych, w tym ryzyka związane z realizacją zamówienia, a także koszty administracyjne związane z prowadzoną działalnością;

- Romus (w przeciwieństwie do Eco Experta) nie uwzględnił w wyjaśnieniach kosztów koniecznych dla należytego wykonania zamówienia związanych z: wywozem śniegu z terenu Zamawiającego, polisą i ubezpieczeniem, odzieżą ochronną, szkoleniami BHP pracowników i badaniami lekarskimi;

- Romus został wezwany do wyjaśnień rażąco niskiej ceny wyłącznie w zakresie części nr 8, pomimo że zarówno w części nr 7, jak i części nr 8 cena jego oferty nie różni się znacząco od ceny oferty Eco Experta - różnica pomiędzy miesięczną ceną ryczałtową odpowiednio dla części nr 7 i 8 wynosi odpowiednio 2.693,44 zł (nieznacznie powyżej 10%) i 2.296,29 zł (nieznacznie powyżej 10%).

- Zamawiający zaniechał badania ceny oferty Eco Experta w części nr 5, pomimo że różnice pomiędzy cenami ofert są tu znacznie większe niż w przypadku części nr 7 i 8;

- w odniesieniu do ceny oferty Eco Experta w części nr 5 zamówienia Zamawiający nie miał wątpliwości, pomimo że jej kalkulacja została oparta na tych samych założeniach co w przypadku części nr 7 i 8, i zawarł w tym zakresie umowę.

Po czwarte, że wynagrodzenie wykonawcy tego zamówienia w zakresie każdej z części ma charakter ryczałtowy, a nie kosztorysowy, co wynika z treści § 7 ust. 1 wzoru umowy, stanowiącego załącznik nr 3 do SWZ. W konsekwencji odrzucenie oferty z uwagi na jej rażąco niską cenę wymaga uprzedniego stwierdzenia, że cena łączna lub jej istotne części składowe mają taki charakter, czemu Zamawiający nie sprostał.

{KIO 1615/22}

17 czerwca 2022 r. MAGNUM sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie {dalej również: „Odwołujący" lub „Magnum"} wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od powyższego rozstrzygnięcia postępowania w części nr 8.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp:

1. Art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 5 i 6 - przez zaniechanie odrzucenia oferty

Romusa, pomimo że jego wyjaśnienia nie uzasadniają podanej w ofercie ceny, gdyż nie są konkretne i wyczerpujące oraz odpowiednio umotywowane w kontekście brzmienia opisu przedmiotu zamówienia, a także nie zawierają wystarczających dowodów potwierdzających przedstawioną w nich kalkulację, a w konsekwencji nie obalają

domniemania, że cena tej oferty jest rażąco niska.

2. Art. 226 ust. 1 pkt 10 - przez zaniechanie odrzucenia oferty Romusa, choć złożone przez niego wyjaśnienia prowadzą do wniosku, że nie uwzględnił w cenie oferty należycie obliczonych kosztów pracy zgodnie z wymaganiami opisu przedmiotu zamówienia w odniesieniu do obecności zatrudnionych pracowników we wszystkie określone tam dni.

3. Art. 226 ust. 1 pkt 5 - przez zaniechanie odrzucenia oferty Romusa w sytuacji, gdy ze złożonych przez niego wyjaśnień wynika, że zaoferował wykonanie zamówienia niezgodnie z warunkami określonymi przez Zamawiającego, tj. przyjmując, że nie będzie przestrzegał określonych w opisie przedmiotu zamówienia wymagań co do obecności zatrudnionych pracowników we wszystkie określone tam dni.

4. Art. 16 pkt 1 i 2 - z uwagi na przeprowadzenie postępowania (badania i oceny ofert) z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, przejawiającego się w odmiennej ocenie złożonych przez wykonawców wyjaśnień odnośnie cen ofert, w szczególności pominięciu w przypadku Romusa: zaangażowanej liczby pracowników i etatów w kontekście wymagań opisu przedmiotu zamówienia, żądania dowodów w zakresie cen użytych materiałów i środków chemicznych, a także przyjęcia w tym zakresie niepopartego szczegółowymi wyliczeniami wskazania kwoty kilkukrotnie niższej niż w innych ofertach, przy jednoczesnej szczegółowej analizie wyjaśnień złożonych przez innych wykonawców, o czym świadczą uzasadnienia odrzucenia ofert tych wykonawców.

5. Art. 17 ust. 2 - z uwagi na dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej i próbę udzielenia zamówienia niezgodnie z przepisami ustawy pzp Romusowi, którego oferta powinna podlegać odrzuceniu z uwagi na jeden z zarzutów, o których mowa powyżej w pkt 1.-3.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu w części nr 8 postępowania:

1. Unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty.

2. Odrzucenia oferty Romusa: jako zawierającej rażąco niską cenę w związku z tym, że złożone przez niego wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają tej ceny, ewentualnie jako zawierającej błąd w obliczeniu ceny, ewentualnie jako niezgodnej z warunkami zamówienia

3. Powtórzenia badania i oceny ofert oraz wyboru najkorzystniejszej oferty.

W ramach uzasadnienia powyższa lista zarzutów została sprecyzowana przez powołanie się na następujące okoliczności.

{okoliczności faktyczne związane z wezwaniem do wyjaśnienia ceny}

W części nr 8 do upływu terminu składania oferty złożyło czterech wykonawców z następującymi cenami: 1) Magnum - 24 362,21 zł, 2) Romus - 21.144,64 zł, 3) Usługi Porządkowe E. F., Ł. Sz., M. F. spółka cywilna {dalej: „Usługi Porządkowe” - 15.884,31 zł, 4) Eco Expert - 1. 848,35 zł,

Zamawiający przed otwarciem ofert podał, że wskazał również, że zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia w tej części kwotę 35.000,00 zł.

13 kwietnia 2022 r. Zamawiający, działając na podstawie art. 224 ust. 1 pzp, z uwagi na odbieganie cen tych ofert od tej kwoty, wobec powzięcia wątpliwości co do możliwości realizacji zamówienia w pełnym zakresie czynności szczegółowo opisanych w części IV SWZ oraz na odpowiednim poziomie jakości, wezwał każdego z wykonawców do przedstawienia szczegółowej kalkulacji wraz z wyjaśnieniem ceny wykonania usługi bieżącego utrzymania czystości, w tym utrzymania należytego stanu porządkowego, sanitarnego i estetycznego części przeznaczonych do wspólnego korzystania przez mieszkańców nieruchomości budynkowych oraz przyległych do nich powierzchni zewnętrznych, określając, że w szczególności winna ona zawierać następujące elementy: 1) miesięczne koszty wynagrodzenia pracowników, 2) miesięczne koszty zakupu środków czystości oraz narzędzi, 3) wysokość zysku, oraz wszelkie inne koszty, które zostały uwzględnione w złożonej ofercie i dowody wyliczenia ceny.

Wszyscy wezwani wykonawcy przekazali swoje wyjaśnienia w terminie zakreślonym przez Zamawiającego.

6 czerwca 2022 r. Zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej oferty Romusa, a także o odrzuceniu ofert złożonych przez Usługi Porządkowe i Eco Experta, gdyż złożone przez nich wyjaśnienia nie dowiodły realnej i prawidłowo obliczonej ceny. Tym samym Zamawiający musiał uznać wyjaśnienia Romusa za obalające domniemanie, że cena jego oferty zawiera rażąco niską cenę.

{krytyczna analiza kalkulacji z wyjaśnień Romusa}

Romus skalkulował zatrudnienie 7 osób na podstawie umowy o pracę w wymiarze 0,5 etatu, przyjmując koszt 1.776,00 zł na osobę miesięcznie, przy czym wobec braku odmiennych informacji należy wnioskować, że wszystkie te osoby będą wykonywały prace zarówno wewnątrz, jak i na zewnątrz budynków od poniedziałku do piątku.

Zamawiający wymaga jednak również obsługi terenu na zewnątrz budynków w każdą sobotę (w godzinach od 6:00 do 10:00) przez wszystkie osoby skierowane do realizacji zamówienia, co nie zostało uwzględnione przez Romusa w kalkulacji, w której brakuje kosztu 112 godzin miesięcznie (4 godz. x 4 soboty x 7 osób). Przy czym, kierując się obowiązującymi w tym zakresie przepisami prawa, należy przyjąć, że będą to dla tych osób nadgodziny (normalna stawka + 50% wynagrodzenia za nadgodziny). Takie założenia

prowadzą do następujących wyliczeń przy założeniu średnio 168 godzin roboczych

w miesiącu - stawka 21,14 zł/godz. x 150% = 31,71 zł/godz. - stawka za pracę w sobotę; 31,71 zł/godz. x 4 godz. x 4 soboty = 507,36 zł dodatkowo na każdą z 7 zatrudnionych osób; 507,36 zł x 7 osób = 3551,52 zł dodatkowych kosztów zatrudnienia miesięcznie.

Przy czym nie ma podstaw, aby uznać, że Romus przyjął optymalne kosztowo

rozwiązanie, polegające zwiększeniu każdemu zatrudnionemu wymiar czasu pracy do 0,6 etatu, tak aby objął on również soboty, co dałoby łącznie poziom kosztów pracowniczych w wysokości 2131,63 zł na pracownika, czyli o 355,63 zł więcej na osobę.

Romus popełnił również istotny błąd rachunkowy przy kalkulacji zastępstw urlopowych, przemnażając właściwe dla 0,5 etatu koszty pracownicze łącznie z kosztami pracodawcy w wysokości 1776,00 zł przez 13 zamiast 26 (z wyjaśnień wynika, że wszyscy pracownicy mają staż pracy ponad 10 lat, czyli przysługuję im 26 dni urlopu w roku), co dało kwotę 673,40 zł miesięcznie za osobę. Przy czym prawidłowa kalkulacja w tym zakresie, i to przy założeniu, że każdy z zastępowanych pracowników jest zatrudniony na 0,6 etatu, powinna wyglądać następująco: 2131,63 zł : 20 dni roboczych w miesiącu x 26 dni x 7 osób = 19.397,83 złote : 12 miesięcy = 1616,49 zł miesięcznie.

Zamawiający z niezrozumiałych względów dał wiarę oświadczeniu Romusa, że kwota 300,00 zł miesięcznie wystarczy na pokrycie kosztów środków chemicznych i sprzętu do sprzątania ręcznego, choć jednocześnie zakwestionował jako rażąco zaniżoną kwotę 592 zł miesięcznie na zakup narzędzi i materiałów w wyjaśnieniach Eko Experta, którego ofertę m.in. z tego powodu odrzucił. Tym bardziej, że zdobycie jakichkolwiek dowodów w tym zakresie (np. faktur, ofert handlowych etc.) nie powinno nastręczać jakichkolwiek problemów.

Reasumując, kwota wykazana jako miesięczny koszt wykonywania usługi przez Romusa powinna zostać powiększona w poszczególnych pozycjach o: 1) koszt wynagrodzeń pracowników - 3551,52 zł (albo co najmniej 2489,41 zł), 2) koszt zastępstw urlopowych - 943,09 zł, 3) koszt środków chemicznych i ręcznych narzędzi do sprzątania - 400,00 zł, co oznacza, że zamiast wskazanego przez Romusa miesięcznego zysku w wysokości 1548,46 zł netto poniesie on stratę w wysokości 3346,15 zł netto.

{brak podstaw do ponowienia wezwania}

Niezależnie od powyższego Odwołujący podniósł, że Zamawiający nie ma już możliwości ponownego wezwania Romusa do wyjaśnień w powyższym zakresie, gdyż nie może to służyć uzyskaniu informacji, których wykonawca nie podał w odpowiedzi na pierwsze wezwanie, choć mógł i powinien był to uczynić.

Według Odwołującego złożenie dodatkowych wyjaśnień, przedstawienie nowych argumentów i dowodów w celu wykazania prawidłowości wyliczenia wskazanej w ofercie ceny dopiero na rozprawie nie powinno zostać wzięte pod uwagę przez Izbę, która powinna badać jedynie prawidłowość czynności Zamawiającego wyjaśnień i dowodów złożonych w odpowiedzi na jego wezwanie.

{KIO 1611/22}

W odpowiedzi na odwołanie z 4 lipca 2022 r. Zamawiający wniósł o jego oddalenie, w szczególności następująco odnosząc się do zawartych w nim zarzutów.

{odnośnie zakwestionowanej oceny wyjaśnień}

O ile Eco Expert wyjaśnił, że mógł obniżyć cenę ofertową, gdyż zatrudnia osoby posiadające orzeczenie o niepełnosprawności w stopniu umiarkowanym w związku z czym uzyskuje dofinansowania z PFRON, o tyle nie przedłożył odpowiednich dowodów potwierdzających otrzymywanie takiego dofinansowania, jego wysokość oraz liczbę pracowników, którego dotyczy. W szczególności załączony przykładowy załącznik do wniosku Wn-D: INF-DP nie potwierdza żadnej z tych okoliczności już z tego względu, że nie wynikają z niego dane podmiotu składającego zawarte w nim oświadczenie. Niezależnie od tego dotyczy on tylko jednej osoby (patrz część C formularza).

Eco Expert nie wykazał również w złożonych wyjaśnieniach, że osoby skierowane przez niego do realizacji zamówienia posiadają zaświadczenia lekarskie, o których mowa w art. 16 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 27 sierpnia 1997 r. o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych (t.j. Dz. U. z 2021r. poz. 573 ze zm.), pozwalające tym osobom na pracę w większym wymiarze czasu pracy niż 7 godzin na dobę i 35 godzin tygodniowo.

{odnośnie pozostałych okoliczności}

Podstawą faktyczną wezwania było wystąpienie dysproporcji pomiędzy ceną każdej ze złożonych ofert a wartością zamówienia oszacowaną przez Zamawiającego. Niezależnie od tego z art. 224 ust. 1 ustawy pzp wynika, że dla wszczęcia procedury badania ceny oferty konieczne i wystarczające zarazem jest powzięcie przez zamawiającego wątpliwości co do realności ceny oferty.

Ponieważ żaden z wykonawców wezwanych do złożenia wyjaśnień nie zakwestionował prawidłowości tej czynności Zamawiającego w drodze odwołania, kwestionowanie jej na tym etapie jest spóźnione.

Formuła wynagrodzenia jest irrelewantna z punktu widzenia przepisów regulujących obowiązki zamawiającego w zakresie badania realności ceny.

Odwołujący sugeruje, że doszło do nierówności w traktowaniu wykonawców na etapie oceny wyjaśnień w zakresie realności ceny, jednakże zarzutu w tym zakresie formalnie nie formułuje, co powoduje formalnoprawną niemożność poddania kontroli przez Izbę tego aspektu procedowania Zamawiającego.

{KIO 1615/22}

Na posiedzeniu przed Izbą Zamawiający oświadczył do protokołu, że uwzględnia w całości odwołanie, jak to określił, z powodów finansowych.

Przystępujący Romus oświadczył, że zgłasza sprzeciw wobec tej czynności procesowej Zamawiającego.

Uprzednio w piśmie z 30 czerwca 2022 r. Przystępujący Romus wniósł o oddalenie odwołania, w szczególności następująco się ustosunkowując do zwartych w nim zarzutów.

Dla części 8. (osiedle przy ul. Bronisława Sobola i Józefa Romana) Zamawiający oczekuje dysponowania 7 osobami zdolnymi do wykonania wyłącznie tylko tego zamówienia. Z uwagi na przedmiot zamówienia, charakter czynności, złożoność przedmiotu zamówienia, jego specyfikę i wymagania, Zamawiający wymaga, aby usługę wykonywali pracownicy zatrudnieni przez Wykonawcę na umowę o pracę lub Wykonawca i jego pracownicy, tj. aby min. 7 osób było zatrudnionych przez Wykonawcę na umowę o pracę albo aby wykonywał osobiście Wykonawca i 6 pracowników zatrudnionych na umowę o pracę. Każda z tych osób winna zostać zatrudniona dla potrzeb realizacji niniejszego przedmiotu zamówienia (rozdział VI pkt 2.2 ppkt 2 lit. d). W przywołanym postanowieniu nie wskazano jednak ani liczby godzin, jakie dziennie powinna przepracować każda osoba, ani konkretnej liczby osób każdego dnia - odmiennie niż w odpowiednich postanowieniach dla części 5. i 6. (por .rozdział VI pkt 2.2 ppkt 2 lit. a oraz b). Z kolei w załączniku 1d do SWZ określono przedział godzin i częstotliwość wykonywania dla poszczególnych czynności, przy braku sprecyzowania wymagań co do liczby osób i czasu pracy każdej z nich.

Zapis o tym, że 7 osób przez 4 godzinny dziennie ma być stale obecna na miejscu wykonywania usługi funkcjonował w poprzedniej edycji przetargu na obsługę tego osiedla z 2019 r., jednak został on zmieniony po tym, jak Romus, który obsługuje je od momentu jego powstania w 2019 r. wielokrotnie zgłaszał Zamawiającemu problem nadmierności tego wymagania w stosunku do ilości pracy.

Przyjęte w wyjaśnieniu zatrudnienie siedmiu osób na pół etatu pozwala, przy uwzględnieniu wymagań zawartych w SWZ, na zabezpieczenie należytego wykonania usługi przez 6 dni w tygodniu (5 dni obsługi powierzchni wewnętrznych i 6 dni obsługi powierzchni zewnętrznych). Dysponowanie tyloma osobami umożliwia taką organizację pracy, aby w godzinach wyznaczonych w załączniku 1d do SWZ zawsze znajdował się na osiedlu ktoś wykonujący usługę. Nie ma także problemu z organizacją pracy w godzinach popołudniowych przy likwidacji skutków zimy.

O ile jest faktem, że kalkulacja z wyjaśnień zawiera niezamierzoną nieścisłość, wynikającą z przyjęcia dniówkowego rozliczenia urlopu zamiast godzinowego, gdzie wymiar urlopu dla osoby zatrudnionej na pół etatu wynosi 104 godziny. Roboczogodzina z kosztem pracodawcy, przy założeniu średnio 168 roboczogodzin w miesiącu (3552/168) = 21,14 zł, czyli 104 x 21,14 x 7 = 15.389,92 zł rocznie, czyli 1.282,49 zł miesięcznie. Po tej korekcie miesięczny koszt pracy w stosunku do wskazanego w wyjaśnieniach wzrośnie zaledwie o 609,09 zł. Tym samym, choć wskazana w ofercie marża miesięczna ulegnie obniżeniu,

dalej osiągany jest zysk. Nie bez znaczenia jest także fakt mało znaczącego wpływu tego elementu kosztów na całkowitą ofertę, gdyż koszt zastępstw urlopowych stanowi niecałe 7% ceny ofertowej netto (18.644,75 zł).

Wyliczenia zawarte w odwołaniu wskazują na wyższą kwotę, ale oparte są o przyjęcie powyżej omówionego błędnego założenia, czyli konieczności zatrudnienia siedmiu osób przez 4 godziny dziennie przez 6 dni w tygodniu, co implikuje kolejne błędy w wyliczeniach.

W wyjaśnieniach dokonano wyliczenia średniej marży za 36 miesięcy kontraktu, przy czym o ile założono wzrost kosztów pracy i cen materiałów, o tyle nie wliczono możliwych waloryzacyjnych zmian stawek za usługę wynikających z zapisów projektu umowy (§ 7 ust. 5 i 6 załącznika nr 3 do SWZ).

Romus ma tę przewagę, że świadczy usługę na tym osiedlu od 3 lat, który to okres wykorzystał na maksymalne zoptymalizowanie kosztów zużywanych tam materiałów, narzędzi i środków czyszczących. Potwierdzeniem, że udało się zrobić to dobrze, jest brak kar za nienależyte wykonanie usługi na tym osiedlu. Wszystkie kalkulacje wykonał w oparciu o faktyczne zużycie na obiekcie będącym przedmiotem tego zamówienia. Nie bez znaczenia dla poziomu kosztów materiałów, narzędzi i środków jest to, że Romus jest jedną z większych na lokalnym rynku firmą z branży sprzątania osiedli mieszkaniowych, aktualnie obsługującą około 1,5 tysiąca klatek schodowych i wszystkie wyłącznie w Szczecinie. Znacząco podnosi to pozycję negocjacyjną u lokalnych dostawców środków czyszczących, dla których Romus jest często największym klientem. Duże zamówienia jednostkowe oraz wieloletnia współpraca ułatwiają pozyskiwanie wysokich opustów. Ponadto Romus stale, aktywnie i z sukcesami poszukuje tańszych, ale nie gorszych, zamienników użytkowanego sprzętu. Narzędzia używane do sprzątania (mopy, miotły, grabie itd.) kupowane są u różnych dostawców, a przy obecnie dostępnych kanałach zakupowych bez problemu można uzyskać bardzo atrakcyjne ceny.

Niezależnie od powyższego akurat ta pozycja kosztów (materiały, narzędzia i środki chemiczne) stanowi zaledwie 2-3% wartości oferty, co nie pozwala uznać jej za istotny

składnik.

Dla potwierdzenia, że podany w wyjaśnieniach koszt materiałów, narzędzi i środków chemicznych do sprzątania ręcznego nie jest oderwany od rzeczywistości, Przystępujący załączył do pisma szczegółowe ich zestawienie wraz z aktualnymi dowodami zakupów.

Odwołujący pomija okoliczność, że kwestionowana kwota dotyczy wyłącznie

materiałów, środków i narzędzi do sprzątania ręcznego. W tej pozycji nie ma kosztów paliwa

do odśnieżarki i samochodu, nie ma też kosztów zasypania pojemników solą i piachem, gdyż koszty te ujęte zostały w osobnych pozycjach kalkulacji. Dzięki temu łączna suma kosztów dotyczących materiałów, środków i narzędzi jest wyższa niż sugerowana przez Odwołującego oraz wyższa od jego kalkulacji.

{KIO 1611/22, KIO 1615/22}

W toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających Izba nie stwierdziła, aby którekolwiek z odwołań podlegało w całości odrzuceniu na podstawie przesłanek

określonych w art. 528 npzp.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia któregokolwiek z odwołań lub umorzenia

postępowania odwoławczego w zakresie którejkolwiek ze spraw, Izba skierowała odwołania

do rozpoznania na rozprawie, podczas której Strony i Przystępujący podtrzymali swoje dotychczasowe stanowiska i argumentację.

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 ofertę w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia. Jednocześnie każdy z nich może ponieść szkodę w związku z zarzucanymi Zamawiającemu naruszeniami przepisów ustawy pzp, które dotyczą albo odrzucenia złożonych przez nich ofert albo zaniechania odrzucenia oferty, która została wybrana jako najkorzystniejsza, gdyż w każda z tych sytuacji zamyka drogę do uzyskania zamówienia.

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne:

Nie ma potrzeby powtarzania okoliczności dotyczących treści: SWZ, wezwań do wyjaśnienia ceny, złożonych wyjaśnień czy uzasadnienia odrzucenia oferty, gdyż zostały one adekwatnie odzwierciedlone odpowiednio w odwołaniu lub odpowiedzi na odwołanie w pierwszej ze sprawa oraz w odwołaniu i piśmie Przystępującego w drugiej ze spraw.

Złożone wyjaśnienia, zarówno przez Eco Experta (dotyczące części nr 7 i 8), jak i przez Romusa (dotyczące części nr 8), czyniły zadość wystosowanemu przez Zamawiającego (jednobrzmiącemu) wezwaniu, zarówno co do poziomu ich szczegółowości, jak i co do treści, która wystarczająco uzasadnia ceny złożonych ofert przez tych wykonawców.

W pierwszej ze spraw wyjaśnienia Eco Experta zostały zakwalifikowane jako nieuzasadniające cenę oferty nie w wyniku negatywnej weryfikacji merytorycznej treści zawartych w nich informacji i kalkulacji, lecz z powodu uznania przez Zamawiającego za nieudowodnione okoliczności korzystania z pomocy publicznej w postaci dofinansowania wynagrodzeń zatrudnianych niepełnosprawnych pracowników, tudzież dysponowania przez te osoby zgodą lekarza na pracę w pełnym wymiarze godzin i w godzinach nadliczbowych. Co spowodowało, że Zamawiający w oparciu o poczynione przez siebie założenia, w oderwaniu od treści złożonych mu wyjaśnień, dokonał alternatywnego przeliczenia kosztów zatrudnienia pracowników.

Oprócz tego Zamawiający arbitralnie uznał wykazane w wyjaśnieniach Eco Experta koszty środków i narzędzi ręcznych służących do utrzymania w czystości powierzchni wewnętrznych, pomimo że znacznie niższą kwotę wskazaną na ten cel w wyjaśnieniach złożonych przez Romusa, którego ofertę wybrał, ocenił jako wystarczającą.

Złożone w toku postępowania odwoławczego przez Odwołującego dowody dodatkowo potwierdzają prawdziwość i adekwatność wyjaśnień, w tym kalkulacji złożonych uprzednio Zamawiającemu.

W drugiej ze spraw odwołanie opiera się na błędnie ustalonej treści SWZ, z której - jak udowodnił to Przystępujący Romus - w odniesieniu do części 8. nie wynikał obowiązek, aby każda z osób przewidzianych do realizacji usług miała świadczyć je przez określoną liczbę godzin na danym osiedlu. A na takim błędnym założeniu oparta jest alternatywna w stosunku do zawartej w wyjaśnieniach kalkulacja kosztów osobowych realizacji

zamówienia w tej części.

Przy czym - jak również udowodnił to Przystępujący Romus - błąd rachunkowy przy wyliczaniu kosztów zastępstw za pracowników przebywających na urlopach powoduje

jedynie obniżenie zysku.

Z kolei w przeciwieństwie do Przystępującego Odwołujący nie udowodnił, że za kwotę wskazaną w kalkulacji Romusa nie jest możliwe zapewnienie środków i narzędzi ręcznych służących do utrzymania w czystości powierzchni wewnętrznych.

Złożone w toku postępowania odwoławczego przez Przystępującego Romus dowody dodatkowo potwierdzają adekwatność wyjaśnień, w tym kalkulacji, złożonych uprzednio Zamawiającemu, a także brak wpływu popełnionej omyłki rachunkowej na możliwość realizacji z zyskiem zamówienia za cenę wskazaną w ofercie.

Skoro odwołanie Eko Experta opisuje szczegółowo okoliczności dotyczące odmiennej oceny złożonych przez nich wyjaśnień w zakresie analogicznych kategorii kosztów, zawiera

w tym zakresie zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 16 pkt 1 pzp przez nierówne traktowanie wykonawców.

W tych okolicznościach Izba stwierdziła, że odwołanie w sprawie sygn. akt KIO 1611/22

jest zasadne, a odwołanie w sprawie sygn. akt KIO 1615/22 jest niezasadne.

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 według art. 224 ust. 4 pzp 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.

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 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 niezwykle 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 zatem 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 co do zasady nie mogą być brane pod uwagę.

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. Stąd dla skutecznego zakwestionowania wyboru oferty przystępującego po udzieleniu przez niego wyjaśnień dotyczących ceny jego oferty, konieczne a zarazem wystarczające jest wykazanie, że zamawiający nieprawidłowo ocenił te wyjaśnienia. W konsekwencji również 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 o nowe okoliczności uzasadniające cenę oferty oraz zgłosić na ich poparcie dowodów, gdyż kognicja Izby ogranicza się do zbadania w kontekście zarzutów odwołania, czy wyjaśnienia złożone zamawiającemu zostały przez niego prawidłowo ocenione.

Należy przy tym 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.

Zamawiający obstawał przy tym, że dla udowodnienia wynikającej ze złożonych wyjaśnień okoliczności uzyskiwania pomocy publicznej w związku z zatrudnianiem osób niepełnosprawnych, które dodatkowo mają zgodę lekarza na pracę w pełnym wymiarze godzin i w godzinach nadliczbowych, co legło u podstaw przedstawionej kalkulacji kosztów osobowych, Eco Expert winien złożyć dodatkowe dowody.

Takie stanowisko nie zasługuje jednak na aprobatę, gdyż rygor dowodowy, który ustawa pzp nakłada na wykonawcę w przypadku wezwania go do wyjaśnienia rażąco

niskiej ceny nie oznacza konieczności składania ściśle określonego katalogu dowodów w każdym przypadku oraz odniesienia się do wszystkich zagadnień wskazanych przykładowo w ustawie pzp. Zwrócić przy tym należy uwagę na to, że w wezwaniu Zamawiający nie domagał się przedłożenia określonych dowodów na potwierdzenie sposobu skalkulowania ceny. Z tych względów nic nie stało na przeszkodzie, aby wykonawcy udowodnili brak rażąco niskiej ceny takimi dowodami, które ich zdaniem uzasadniały przyjętą wycenę przedmiotu zamówienia.

W ocenie Izby - wbrew twierdzeniom, odpowiednio Zamawiającego w pierwszej z rozpoznawanych spraw i Odwołującego w drugiej z rozpoznawanych spraw - zawarte w złożonych wyjaśnieniach oświadczenia i kalkulacje były wystarczającymi dowodami na potwierdzenie prawidłowości skalkulowania ceny. O ile oczywiste jest, że tak złożone wyjaśnienia obejmujące kalkulację stanowią dokumenty autorstwa wykonawców, o tyle nie pozbawia to ich automatycznie jakiejkolwiek mocy dowodowej. Kalkulacje te i oświadczenia jak każdy dowód podlegają bowiem ocenie.

Tymczasem Zamawiający i Odwołujący, przyjmując zbyt formalistyczne podejście o braku możliwości traktowania ich jako dowodów, błędnie przyjmują, że na ich podstawie nie jest możliwe zweryfikowanie ofert pod kontem realności ceny. Zdaniem Izby prawidłowa, a zatem pogłębiona analiza treści tych wyjaśnień, które obejmującą kalkulacje cen złożonych ofert, prowadzi do wniosku, że żadna z nich nie jest rażąca w stosunku do przedmiotu zamówienia objętego daną częścią zamówienia.

Tym samym Izba uznała za adekwatne również w rozpoznawanych sprawach stanowisko wyrażone uprzednio odnośnie analogicznych kwestii w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie działającego jako Sądu Zamówień Publicznych z 22 grudnia 2021 r. sygn. akt XXIII Zs 90/21.

Niezależnie od powyższego należy zauważyć, że jeżeli Zamawiający powziął wątpliwości na podstawie informacji zawartych w wyjaśnieniach Eco Experta, mógł wystosować wezwanie do ich wyjaśnienia. Podobnie jak błąd rachunkowy w kalkulacji Romusa również mógłby być przedmiotem wyjaśnień. W obu przypadkach nie stanowiłoby to naruszenia wywiedzionej w doktrynie i orzecznictwie z zasady równego traktowania wykonawców zasady jednokrotnego wzywania, gdyż służyłoby jedynie rozwianiu wątpliwości co do pewnych konkretnych kwestii wynikłych przy badaniu złożonych wyjaśnień, które co do zasady były kompletne i szczegółowe, czyli rzetelne - a nie uzupełnieniu ich o zupełnie nową treść.

Reasumując, o ile w pierwszej z rozpoznawanych spraw potwierdził się zarzut nieprawidłowej oceny przez Zamawiającego złożonych mu przez Eco Experta wyjaśnień, o tyle w drugiej sprawie analogiczny zarzut nie potwierdził się.

Ponadto w pierwszej ze spraw potwierdził się również zarzut naruszenia przez Zamawiającego zasady równego traktowania wykonawców, przez odmienne potraktowanie Eco Experta i Romusa przy ocenie wyjaśnień w zakresie tych samych elementów.

Ponieważ jako zarzut należy traktować przede wszystkim podniesione w odwołaniu okoliczności faktyczne, które świadczą o naruszeniu przepisów ustawy pzp, w drugiej ze spraw za oczywiście niezasadne należy uznać wszystkie alternatywne zarzuty naruszenia poszczególnych przepisów przez Zamawiającego, jako oparte o błędnie ustaloną treść SWZ.

Mając powyższe na uwadze, w sprawie sygn. akt KIO 1611/22 Izba stwierdziła, że:

- naruszenie przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy pzp miało wpływ na wynik prowadzonego przez niego postępowania o udzielenie zamówienia, stąd na podstawie art. 554 ust. 1 pkt 1, ust. 3 pkt 1 lit. a oraz b ustawy pzp orzeczono, jak w pkt 1. sentencji,

- ponieważ Zamawiający w całości przegrał sprawę, stosownie do takiego wyniku powinien ponieść koszty postępowania odwoławczego, na które złożył się uiszczony przez Odwołującego wpis oraz jego uzasadnione koszty poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika, stąd na podstawie art. 557 ustawy pzp w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. b 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) orzeczono, jak w pkt 2. sentencji.

Z kolei w sprawie sygn. akt KIO 1615/22 Izba stwierdziła, że:

- zarzuty odwołania nie potwierdziły się, stąd orzeczono, jak w pkt 3. sentencji,

- ponieważ Odwołujący w całości przegrał sprawę, stosownie do tego wyniku powinien ponieść koszty postępowania odwoławczego, na które złożył się uiszczony przez niego wpis

oraz koszty dojazdu poniesione przez Przystępującego, stąd na podstawie art. 557 ustawy pzp w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. a oraz b oraz § 8 ust. 2 pkt 2 przywołanego powyżej rozporządzenia orzeczono, jak w pkt 4. sentencji. Jednocześnie Izba nie uwzględnia kosztów zastępstwa przed Izbą wynikających ze złożonej faktury wystawionej przez pełnomocnika w sytuacji, gdy ten nie stawił się, a Przystępującego na posiedzeniu i rozprawie reprezentował jego prokurent.

25