

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz

Protokolant: Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 marca 2024 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 lutego 2024 roku przez wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie *E.K. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą E.K. Wspólnik Spółki Cywilnej „Pan Tadeusz” z siedzibą w Osielsku oraz N.K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą N.K. Wspólnik Spółki Cywilnej „Pan Tadeusz” z siedzibą w Osielsku* w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Centrum Onkologii im. prof. F. Łukaszczyka w Bydgoszczy przy udziale uczestnika po stronie Zamawiającego wykonawcy EMKOR spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Bydgoszczy

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie *E.K. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą E.K. Wspólnik Spółki Cywilnej „Pan Tadeusz” z siedzibą w Osielsku oraz N.K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą N.K. Wspólnik Spółki Cywilnej „Pan Tadeusz” z siedzibą w Osielsku:*

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegający się o zamówienie *E.K. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą E.K. Wspólnik Spółki Cywilnej „Pan Tadeusz” z siedzibą w Osielsku oraz N.K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą N.K. Wspólnik Spółki Cywilnej „Pan Tadeusz” z siedzibą w Osielsku* tytułem wpisu od odwołania, kwotę 8 000 zł 00 gr (słownie: osiem tysięcy złotych zero groszy) poniesioną przez wykonawców wspólnie ubiegający się o zamówienie *E.K. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą E.K. Wspólnik Spółki Cywilnej „Pan Tadeusz” z siedzibą w Osielsku oraz N.K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą N.K. Wspólnik Spółki Cywilnej „Pan Tadeusz” z siedzibą w Osielsku* tytułem wynagrodzenia pełnomocnika, kwotę 500 zł 00 gr (słownie: pięćset złotych zero groszy) poniesioną przez wykonawców wspólnie ubiegający się o zamówienie *E.K. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą E.K. Wspólnik Spółki Cywilnej „Pan Tadeusz” z siedzibą w Osielsku oraz N.K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą N.K. Wspólnik Spółki Cywilnej „Pan Tadeusz” z siedzibą w Osielsku* tytułem kosztów dojazdu na posiedzenie i rozprawę.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - sądu zamówień publicznych.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 581/24

UZASADNIENIE

Zamawiający Centrum Onkologii im. prof. F. Łukaszczyka w Bydgoszczyprowadzi postępowanie pod nazwą „Świadczenie usług hotelowych wraz z transportem w latach 2024 - 2025 na potrzeby Pacjentów Centrum Onkologii im. prof. F. Łukaszczyka w Bydgoszczy - Zakładu Radioterapii w Bydgoszczy i we Wrocławku”, Części nr 1: Grupa I - Świadczenie usług hotelowych oraz transportowych - Bydgoszcz.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2023/S 215-679182.

22 lutego 2024 roku Odwołujący działając na podstawie art. 513 pkt 1 i pkt 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2023 poz. 1605 ze zm. dalej: „Pzp” lub „ustawa”), wniósł odwołanie wobec niezgodnych z przepisami ustawy zaniechań i czynności Zamawiającego polegających na zaniechaniu odrzucenia oferty EMKOR Sp. z o. o. oraz wyborze oferty EMKOR Sp. z o. o. jako najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1)art. 224 ust. 5 i 6 Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp przez błędną ocenę wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez EMKOR Sp. z o. o. i w konsekwencji zaniechanie odrzucenia oferty tego wykonawcy,
- 2)art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp w zw. z art. 224 ust. 6 oraz art. 224 ust. 1 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty EMKOR Sp. z o. o. w sytuacji, gdy oferta tego wykonawcy zawiera rażąco niską cenę, a w konsekwencji naruszeń wskazanych w pkt 1 i 2 naruszenie,
- 3)art. 16 pkt 1 i 2 oraz art. 17 ust. 2 Pzp przez ich niezastosowanie i prowadzenie postępowania w sposób sprzeczny z zasadą uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, przejrzystości i w konsekwencji wybór oferty EMKOR Sp. z o. o. niezgodnie z w/w przepisami Pzp.

Odwołujący wniosk o:

- _uwzględnienie odwołania,
- _unieważnienie czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez EMKOR Sp. z o. o.,
- _nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty EMKOR Sp. z o. o.,
- _nakazanie Zamawiającemu dokonanie ponownej oceny ofert i dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego,
- _dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z treści dokumentów postępowania, dowodów załączonych do odwołania oraz ewentualnych dowodów złożonych na rozprawie.

Odwołujący podał, w zakresie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy, że oferta Odwołującego została sklasyfikowana na drugim miejscu w rankingu ofert. W wyniku naruszenia przez Zamawiającego ww. przepisów Pzp, interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku, albowiem został on pozbawiony możliwości realizacji przedmiotowego zamówienia. W przypadku zamówień publicznych za szkodę uznaje się zasadniczo pozbawienie korzyści wynikających z uzyskania zamówienia (vide: wyrok z 08.08.2017 roku, sygn. KIO 1583/17). Przy prawidłowych czynnościach Zamawiającego, Odwołujący może pozyskać przedmiotowe zamówienie do realizacji. Uwzględnienie odwołania i odrzucenie oferty EMKOR Sp. z o. o., spowodowałoby, że jako najkorzystniejsza zostałaby wybrana oferta Odwołującego. Wskutek naruszenia wskazanych przepisów Pzp przez Zamawiającego, Odwołujący pozbawiony został możliwości wykonania zamówienia, pomimo że złożona przez niego oferta nie podlega odrzuceniu i jest najkorzystniejsza w przedmiotowym postępowaniu.

Odwołujący następująco uzasadnił przedstawione w odwołaniu zarzuty

Wyrokiem z dnia 10.01.2024 roku, wydanym w sprawie o sygn. akt KIO 3850/23, Krajowa Izba Odwoławcza nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, ponowne badanie i ocenę ofert oraz wezwanie wykonawcy Emkor

Sp. z o. o. z siedzibą w Bydgoszczy do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny.

Pismem z dnia 18.01.2024 roku, znak: CO/DZK/436/3601 — 902/W/2-24, Zamawiający wezwał Emkor Sp. z o. o. do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów,

w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych.

W przedmiotowym wezwaniu Zamawiający wskazał, że w grupie pierwszej cena oferty jest niższa o ponad 30% od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert. Zamawiający poinstruował Emkor Sp. z o. o., że wyjaśnienia 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 roku o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (t. j. 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.

Zamawiający na złożenie wyjaśnień, w tym dowodów, w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu wyznaczył termin do dnia 25.01.2024 roku.

W odpowiedzi na wezwanie, Emkor Sp. z o. o. złożył pismo datowane na 19.01.2024 roku. Do pisma załączono 3 dokumenty zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa, a mianowicie:

1. kalkulację cenową wraz z objaśnieniami (2 strony),
2. wydruki ZUS Emkor Sp. z o. o. (9 stron),
3. wydruki ZUS Afamakor Sp. z o. o. (12 stron).

W dniu 12.02.2024 roku Zamawiający poinformował, że w toczącym się postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w części 1: grupie 1 — świadczenie usług hotelowych oraz transportowych — Bydgoszcz Zamawiający dokonał wyboru oferty Emkor Sp. z o. o. jako najkorzystniejszej.

W opinii Odwołującego oferta Emkor Sp. z o. o. powinna zostać przez Zamawiającego odrzucona, albowiem Emkor Sp. z o. o. nie wykazał, aby jego oferta nie była rażąco niska.

Odwołujący podał, że w wyjaśnieniach z dnia 19.01.2024 roku Emkor Sp. z o. o. odnosi się do ceny z oferty Hotel City Sp. z o. o. wskazując, że jest ona nierealna w stosunku

do świadczonej usługi (akapity 2 i 3 na stronie pierwszej pisma). Następnie polemizuje

z szacunkową wartością zamówienia określoną przez Zamawiającego oraz ceną oferty Odwołującego (akapit 4 na stronie pierwszej i drugiej pisma). W punktach 2 - 8 (na stronie 2

i 3 pisma) Emkor Sp. z o. o. uzasadnia przesłanki objęcia załączonych do pisma dokumentów tajemnicą przedsiębiorstwa. Zasadniczo wyjaśnieniu rażąco niskiej ceny Emkor Sp. z o. o. poświęca jeden akapit na stronie drugiej, jeden akapit na stronie trzeciej, a także punkty 1 (strona 2 pisma) oraz punkty 9 i 10 (strona 3 pisma).

Odwołujący podaje, że w akapicie znajdującym się na drugiej stronie pisma Emkor Sp. z o. o. oświadcza, że zaproponowana przez niego cena nie jest rażąco niska, a jej wysokość została dokładnie skalkulowana. Z kolei w punkcie pierwszym na drugiej stronie pisma Emkor Sp. z o. o. wskazuje, że zaoferowana cena została obliczona w oparciu

o udokumentowane koszty realizacji identycznego zamówienia publicznego w okresie

od 01.03.2021 roku do dnia 30.04.2022 roku zaktualizowane o obecne koszty składowe niezbędne do wykonania zamówienia oraz zwiększoną ilość pobytów pacjentów na dobę

(a jednocześnie uwzględniające zameldowanie dwóch osób w pokoju dwuosobowym), które stanowią bilans sprzyjających i dostępnych wykonawcy warunków cenotwórczych wykonania zamówienia. Emkor Sp. z o. o. oświadczył, że cena obejmuje wszystkie koszty związane

z prawidłowym wykonaniem zamówienia z uwzględnieniem kosztów zakupu materiałów, transportu, mediów oraz kosztów pracowników, podatków i opłat na ubezpieczenie społeczne, w związku z czym zaoferowana cena nie posiada znamion rażąco niskiej ceny.

W punkcie 9 na stronie trzeciej pisma Emkor Sp. z o. o. wskazuje, że posiada własną bazę transportową, obniżającą koszty przewozu pacjentów i zapewniającą realizację usług zgodnie z wymaganiami Zamawiającego. W punkcie dziesiątym na trzeciej stronie pisma Emkor Sp. z o. o. podaje, że w załączonej kalkulacji wykazano zysk z tytułu realizacji zamówienia publicznego w kwocie, która zapewnia realizację celów biznesowych.

W ostatnim akapicie znajdującym się na trzeciej stronie pisma Emkor Sp. z o. o. oświadcza,

że załączone dowody w postaci kalkulacji oraz deklaracji ZUS jednoznacznie potwierdzają,

że zaoferowana cena oferty nie jest rażąco niską, a przedstawiony w kalkulacji przewidywany do osiągnięcia zysk w pełni uzasadnia decyzję o udziale w przedmiotowym postępowaniu oraz stanowi ekonomiczne potwierdzenie prawidłowości obliczeń zaoferowanej w ofercie ceny.

Odwołujący wskazał, że zadaniem wykonawcy wezwanego do złożenia wyjaśnień

w zakresie rażąco niskiej ceny nie jest polemika z innymi ofertami lub szacunkową wartością zamówienia dokonaną przez zamawiającego, ale dokładne wykazanie, że to jego oferta nie jest ofertą rażąco niską. Wezwanie wykonawcy do wyjaśnień powoduje bowiem powstanie po jego stronie obowiązku wykazania realności i prawidłowości kalkulacji ceny, przez złożenie wyczerpujących i popartych dowodami wyjaśnień (wyr. z 14.1.2019 roku, KIO 2648/18, Legalis). Tymczasem w swoim piśmie Emkor Sp. z o. o. więcej miejsca poświęca takiej nieuzasadnionej polemice niż odpowiednim wyjaśnieniom w zakresie rażąco niskiej ceny. Podobnie, uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa jest obszerniejsze niż zażądane przez Zamawiającego wyjaśnienia

Wyjaśnienia Emkor Sp. z o. o. w zakresie rażąco niskiej ceny zawarte w piśmie z dnia 19.01.2024 roku należy uznać za zbłątane, lakoniczne, a przede wszystkim za gołosłowne.

Odwołujący powołał orzeczenie Izby z 16 marca 2021 roku sygn. akt KIO 600/21 -Wyjaśnienia wykonawcy co do zasady muszą być konkretne, wyczerpujące, odpowiednio umotywowane, rzeczywiście uzasadniające podaną w ofercie cenę, wykazujące, że możliwe i realne jest wykonanie zamówienia za zaproponowaną cenę. Powyższe wynika z faktu, że to wyłącznie na podstawie złożonych wyjaśnień zamawiający dokonuje oceny czy oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt, czy też rażąco niskie ich istotne części składowe. Obowiązkiem wykonawcy jest, aby w odpowiedzi na wezwanie wystosowane przez zamawiającego udzielił wyjaśnień dotyczących okoliczności, które wpłynęły na wysokość zaoferowanej ceny w taki sposób, aby na ich podstawie możliwe było jednoznaczne ustalenie, że cena oferty (odpowiednio koszt, istotna część składowa) nie jest ceną rażąco niską. Efektem składanych wyjaśnień ma być stworzenie podstaw do uznania przez zamawiającego, że podejrzenie dotyczące rażąco niskiej ceny oferty nie było uzasadnione

Istotne jest w ocenie Odwołującego, aby składane wyjaśnienia nie miały charakteru ogólnego. Celem składanych wyjaśnień jest bowiem stworzenie podstaw do stwierdzenia, że podejrzenie dotyczące rażąco niskiej oferty było nieuzasadnione. Na konieczność przedstawienia szczegółowych wyjaśnień dodatkowo wskazuje fakt, iż wykonawca zobowiązany jest nie tylko do sformułowania twierdzeń dotyczących ceny lub kosztu oferty, ale również do przedstawienia dowodów na ich poparcie, tak aby na ich podstawie zamawiający mógł zweryfikować złożone wyjaśnienia.

Odwołujący podaje, że Emkor Sp. z o. o. podaje, że cena została obliczona w oparciu o udokumentowane koszty realizacji identycznego zamówienia publicznego w okresie od 01.03.2021 do dnia 30.04.2022 roku. Jednakże w żaden sposób nie dokumentuje tych kosztów. Brak takich dowodów stawia pod znakiem zapytania sam „materiał wyjściowy” przyjęty do kalkulacji ceny oferty w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Nadto Emkor Sp. z o. o. nie podaje ani nazwy tegoż zamówienia publicznego, ani jego przedmiotu. Jeżeli cena oferty została obliczona w oparciu o poniesione koszty związane z realizacją innego zamówienia publicznego, to wykonawca powinien szczegółowo opisać jego przedmiot. Przecież nawet z pozoru nieznaczące różnice pomiędzy przedmiotem obu zamówień mogą znacząco wpływać na cenę. Brak danych o zamówieniu publicznym, którego koszty realizacji stanowiły podstawę do skalkulowania ceny oferty w niniejszym postępowaniu, budzi uzasadnione wątpliwości co do prawidłowości dokonanej kalkulacji.

W ocenie Odwołującego, powyższe braki uniemożliwiają zweryfikowanie realności ceny podanej przez Emkor Sp. z o. o. Emkor Sp. z o. o. oświadcza, że cena obejmuje wszystkie koszty związane z prawidłowym wykonaniem zamówienia z uwzględnieniem kosztów zakupu materiałów, transportu, mediów oraz kosztów pracowników, podatków i opłat na ubezpieczenia społeczne. Przedstawił jednak tylko dowody na ewentualne potwierdzenie kosztów zatrudnienia (wydruki ZUS dla Emkor Sp. z o. o. i Afamakor Sp. z o. o.). Na potwierdzenie pozostałych wskazanych przez siebie kosztów nie przedstawił ani jednego dowodu. Nie przedłożył też żadnego dowodu

na posiadanie własnej bazy transportowej, która to okoliczność ma w ocenie Emkor Sp. z o. o. wpływ na niską cenę.

Mając powyższe na uwadze, trudno zgodzić się z twierdzeniem Emkor Sp. z o. o. jakoby kalkulacja oraz deklaracje ZUS jednoznacznie potwierdzały, że zaoferowana cena oferty nie jest rażąco niska.

W ocenie Odwołującego, Emkor Sp. z o. o. nie sprostął obowiązkowi nałożonemu przez art. 224 ust. 5 Pzp i nie wykazał realności i prawidłowości kalkulacji ceny, albowiem złożone przez niego wyjaśnienie nie są wyczerpujące oraz w zasadzie nie są poparte żadnymi dowodami.

Odwołujący podał, że Emkor Sp. z o. o. zastrzegł załączoną do pisma z dnia 19.01.2024 roku kalkulację cenową jako tajemnicę przedsiębiorstwa Odwołującemu odmówiono do niej dostępu, to jednak należy zauważyć, że kalkulacja potwierdzająca cenę zaproponowaną przez tego wykonawcę jest kalkulacją stojącą w opozycji do realiów rynkowych.

Odwołujący zauważa, że Zamawiający prawidłowo określił szacunkową wartość zamówienia. Zarzut Emkor Sp. z o. o., że Zamawiający bezrefleksyjnie przyjął kwotę podaną przez Odwołującego jest zarzutem chybionym, a przede wszystkim nieudowodnionym. Zamawiający zobowiązany jest do szacowania wartości zamówienia samodzielnie z zachowaniem należytej staranności. Widocznie weryfikacja przez Zamawiającego kwoty podanej przez Odwołującego doprowadziła go do wniosku, że przedmiotowa kwota odpowiada realiom rynkowym.

Odwołujący argumentuje, że został wezwany przez Zamawiającego do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny. Jego kalkulacja została oparta na kosztach z roku 2023 i uwzględnia wzrost cen towarów i usług, podatków oraz wynagrodzeń pracowników na lata 2024 - 2025.

Kalkulacja Odwołującego bardziej odpowiada rzeczywistości już tylko z tego powodu,

że jej podstawą są koszty z roku 2023, a nie roku 2021 i pierwszych czterech miesięcy 2022 roku, jak to mam miejsce w przypadku kalkulacji Emkor Sp. z o. o. Odwołujący skalkulował swoją cenę w następujący sposób (szczegółowe kalkulacje i dowody zostały załączone do wyjaśnień Odwołującego z dnia 21.01.2024 roku w zakresie rażąco niskiej ceny i znajdują się w aktach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego):

1)koszty pracownicze: 1.486.992,96 zł (w tym ZUS i podatek PIT 4 — R);

- 2)koszty gazu: 24 miesiące: 940.934,18 zł;
- 3)koszty energii elektrycznej za 24 miesiące: 223.512,02 zł;
- 4)koszty prania: 122.085,60 zł;
- 5)koszty wyżywienia: 671.250,00 zł;
- 6)koszty transportu (koszty paliwa, koszty eksploatacyjne, koszty ubezpieczenia): 104.457,56 zł;
- 7)koszty ZAKS: 6.585,70 zł;
- 8)koszty STOART: 4.679,52 zł;
- 9)koszty SFP ZAPA: 1.803,60 zł;
- 10)koszty ochrony: 1.734,48 zł;
- 11)koszty księgowości: 36.900,00 zł;
- 12)koszty dystrybucji energii elektrycznej (ENEA Operator): 99.000,00 zł;
- 13)koszty wywozu śmieci: 24.624,00 zł;
- 14)koszty zużycia wody (Gminny Zakład Komunalny): 68.511,00 zł;
- 15)koszty utrzymania i serwisu komputerów: 7.942,60 zł;
- 16)koszty usług telefonicznych (Orange i T— Mobile): 19.471,20 zł;
- 17)podatek od nieruchomości: 140.514,00 zł;
- 18)koszty ubezpieczenia: 10.730,00 zł;
- 19)koszty środków czystości: 36.786,08 zł;
- 20)koszt wody butelkowanej (obowiązek hotelu 3 — gwiazdkowego): 14.750,00 zł;
- 21)inne koszty: 25.000,00 zł.

Razem: 4.048.264,50 zł / 25.000 osobonocy 161,93 zł za 1 pacjenta.

Z kalkulacji Odwołującego wynika, że sam koszt (bez zysku) wykonania przedmiotowego zamówienia publicznego, to kwota 4.048.264,50 zł. Odwołujący złożył ofertę na kwotę brutto 4.624.830,00 zł, a zatem w okresie dwuletnim założył zysk brutto w wysokości 576.565,50 zł. Odwołujący po złożeniu wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny zaczął otrzymywać

od swoich kontrahentów informacje o podwyżkach cen, co będzie skutkować zwyżką kosztów wykonania zamówienia i obniżką prognozowanego zysku (vide: nowy cennik

na odpady komunalne i segregowane z PUK „Corimp” Sp. z o. o. oraz pismo z Solid Security z 30.11.2023 roku).

Emkor Sp. z o. o. złożył ofertę na kwotę 3.249.720,00 zł obejmująca koszt wykonania zamówienia publicznego i prognozowany zysk, a zatem na kwotę 0 798.544,50 zł niższą niż sam koszt wykonania zamówienia publicznego skalkulowany przez Odwołującego. Dlatego też oferta Emkor Sp. z o. o. jawi się jako oferta całkowicie nierealna, rażąco niska

w stosunku do realiów rynkowych. W ocenie Odwołującego, Emkor Sp. z o. o. w żaden sposób nie wykazał, że jego oferta nie jest rażąco niska. Jego wyjaśnienie w tym zakresie są nazbyt ogólne i nieprzekonujące. Dlatego też dziwi fakt, że Zamawiający uznał

te wyjaśnienia i wybrał ofertę Emkor Sp. z o. o. jako najkorzystniejszą. Zamawiający prawidłowo oceniając przesłane przez Emkor Sp. z o. o. wyjaśnienia, biorąc pod uwagę ich lakoniczność i skąpy materiał dowodowy, powinien dojść do przekonania że Emkor Sp. z o. o. nie wykazał braku rażąco niskiej ceny. W rezultacie Zamawiający powinien odrzucić ofertę Emkor Sp. z o. o. i wybrać kolejną w rankingu, tj. ofertę Odwołującego. Dlatego też, mając powyższe na uwadze, wnoszę jak w petitum.

Odwołujący podniósł również, że w przypadku zarzutu rażąco niskiej ceny mamy

do czynienia z odwróconym ciężarem dowodu. Bowiem zgodnie z art. 537 PZP ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na: 1) wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego; 2) zamawiającym, jeżeli wykonawca, który złożył ofertę, nie jest uczestnikiem postępowania odwoławczego.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i uczestnika postępowania odwoławczego na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń

i stanowisk Stron i uczestnika postępowania odwoławczego

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi

art. 528 nowej ustawy skutkujących odrzuceniem każdego z odwołania. Odwołanie zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 22 lutego 2024 roku od czynności z dnia

12 lutego 2024 roku, a kopia została przekazana w ustawowym terminie Zamawiającemu, co zostało potwierdzone oraz wynika z akt sprawy odwoławczej.

Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 505 ust 1 nowej ustawy – *Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu oraz innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy* - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

Skład orzekający Izby rozpoznając sprawę uwzględnił akta sprawy odwoławczej, które zgodnie z par. 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz. U. z 2020 r. poz. 2453) stanowią odwołanie wraz z załącznikami oraz dokumentacja postępowania o udzielenie zamówienia w postaci elektronicznej lub kopia dokumentacji, o której mowa w § 7 ust. 2, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma kierowane przez Izbę lub Prezesa Izby w związku z wniesionym odwołaniem.

Izba uwzględniła stanowisko Zamawiającego wyrażone w piśmie z dnia 4 marca 2024 roku „Odpowiedź na odwołanie” – Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości. Izba dopuściła dowody załączone do pisma oraz w nim zawnioskowane.

Izba uwzględniła stanowisko prezentowane przez uczestnika postępowania odwoławczego *EMKOR spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Bydgoszczy* w piśmie z dnia 25 lutego 2024 roku „Zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego”. Izba dopuściła dowody załączone do pisma oraz w nim zawnioskowane na okoliczności jakie zostały podniesione w piśmie.

Izba uwzględniła stanowisko Odwołującego wyrażone w piśmie z dnia 6 marca 2024 roku „Pismo Odwołującego”. Do pisma został załączony wydruk korespondencji email.

Izba dopuściła dowód zawnioskowany i złożony w trakcie rozprawy przez Zamawiającego (dowód nr 1) umowa z dnia 13 czerwca 2022 roku wraz z Aneksami pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami działającymi wspólnie E.K. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą E.K. Wspólnik Spółki Cywilnej „Pan Tadeusz” z siedzibą w Osielsku oraz N.K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą N.K. Wspólnik Spółki Cywilnej „Pan Tadeusz” z siedzibą w Osielsku.

W zakresie podnoszonych przez Odwołującego naruszeń:

Na wstępie Izba wskazuje, zgodnie z art. 559 ust. 2 ustawy podstawy prawne oraz przytacza przepisy prawa:

- art. 16 pkt 1 ustawy - Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;
2) przejrzysty,

- art. 17 ust. 2 ustawy - Zamówienia udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.

- art. 226 ust. 1 ustawy - Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (...)
(...)

8) zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia;

- art. 224 ust. 1 ustawy – 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.

- art. 226 ust. 5 ustawy – Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.

- art. 224 ust. 6 ustawy - 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.

Izba ustaliła,

Na podstawie art. 552 ust. 1 ustawy Izba wydając wyrok bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego.

Izba ustaliła, że wyrokiem z dnia 10 stycznia 2024 roku Krajowa Izba Odwoławcza wydała wyrok w sprawie o sygn. akt KIO 3850/23, o treści:

1. *Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu nr 1 i nakazuje: unieważnienie czynności wyboru oferty*

najkorzystniejszej, ponowne badanie i ocenę ofert oraz wezwanie wykonawcy Emkor Sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny.

2. Oddala odwołanie w pozostałym zakresie (zarzutu nr 2 i 3).

W uzasadnieniu wyroku Izba podała między innymi:

W niniejszym stanie faktycznym nie wystąpiły przesłanki do obligatoryjnego zwrócenia się do wykonawcy Emkor o udzielenie wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny, o których mowa w art. 224 ust. 2 pkt 1 zdanie 1, tj. sytuacji, w której cena całkowita oferty złożonej w terminie jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania, gdyż wartość ta wynosi 29,74%, a więc nie przekracza wymaganych 30%. Natomiast wystąpiła druga z przesłanek, gdyż cena całkowita oferty wykonawcy Emkor złożonej w terminie jest niższa o co najmniej 30% od „średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu” i wynosi 50,95%. Tym samym wystąpiła jedna z obligatoryjnych przesłanek wezwania tego wykonawcy do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny. W tej sytuacji Zamawiający zobowiązany był zwrócić się do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia a takie – w ocenie Izby - w niniejszym stanie faktycznym nie miały miejsca. Zamawiający nie wykazał bowiem, że w prowadzonym postępowaniu zaszyły przesłanki umożliwiające mu odstąpienie od przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego. Przesłanką uzasadniającą odstąpienie od tej czynności miało być „zawyżenie ceny przez ofertę spółki Hotel City Sp. z o.o.” i była to – w ocenie Zamawiającego - okoliczność oczywista, która nie wymagała wyjaśnień. Tymczasem to Zamawiający, konstruując SWZ, dopuścił do udziału w postępowaniu hotele o wyższej kategorii, kategorii zgodnej z Rozporządzeniem Ministra Gospodarki i Pracy z dnia 19 sierpnia 2004 r. w sprawie obiektów hotelarskich i innych obiektów, w których są świadczone usługi hotelarskie (Dz. U. z 2017 r., poz. 2166), dookreślając tylko, że chodzi o „minimum 3”. Wiedział i powinien być więc wiedzieć, że ceny ofert o wyższym standardzie mogą być wyższe. Co więcej kategoria hotelu stanowiła jedno z kryteriów oceny ofert, w ramach którego przewidziano, że im wyższa kategoria hotelu tym większa ilość przyznanych punktów w ramach tego kryterium. Nie można więc uznać ceny zaoferowanej przez hotel wyższej kategorii niejako z automatu jako zawyżonej i odstąpić od wyjaśnienia ceny ofert pozostałych wykonawców. Istotnie cena ta jest zdecydowanie wyższa od wartości szacunkowej zamówienia a nawet cen pozostałych wykonawców. Niemniej jednak – jak słusznie podniósł Odwołujący – w postępowaniu dopuszczone było składanie ofert przez hotele wyższej kategorii, co z kolei mogło się wiązać zarówno z wyższą ceną za realizację przedmiotu zamówienia, jak i ceną porównywalną z wartością szacunkową zamówienia oraz cenami zaoferowanymi przez pozostałych wykonawców. Cena oferty takiego wykonawcy (hotelu o wyższej kategorii – w tym przypadku 4*, dopuszczonej do udziału w tym postępowaniu) nie może być więc uznana z okoliczność oczywistą, która skutkuje tym, że oferty z niższą ceną nie wymagają wyjaśnienia. W konsekwencji, Izba stwierdziła, że w niniejszym stanie faktycznym nie ma mowy o „oczywistych okolicznościach”, które umożliwiają odstąpienie od wezwania do udzielenia wyjaśnień.*

Poza obligatoryjnym obowiązkiem wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny wątpliwości zamawiającego - jak słusznie podniósł Odwołujący - powinny wzbudzić także ceny transportu zaoferowane przez wykonawcę Emkor (kilkanaście transportów w jedną i drugą stronę). Potwierdzeniem prawidłowości jej skalkulowania nie może być odwołanie do cen za przejazd powszechnie dostępnych przewoźników, tj. BOLT, UBER a nawet FREENOW, gdyż przewoźnicy ci – jak powszechnie wiadomo - funkcjonują na różnych i raczej nieporównywalnych nawet wzajemnie zasadach.

Dlatego też Zamawiający powinien był zastosować procedurę przewidzianą w art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, celem wyjaśnienia, czy zaoferowana przez wykonawcę Emkor cena nie jest ceną rażąco niską.

Izba za niezasadny uznała zarzut dotyczący naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 i 7 ustawy Pzp. Zastosowanie sankcji wynikających z przywołanych przepisów możliwe jest dopiero

*w momencie ustalenia przez Zamawiającego, że cena oferty danego wykonawcy zawiera cenę rażąco niską i stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Natomiast to możliwe jest dopiero po obligatoryjnym wezwaniu wykonawcy Emkor do złożenia wyjaśnień dotyczących ceny oferty i jej istotnych części składowych. Brak przeprowadzenia procedury wezwania opartej na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp skutkuje bowiem brakiem możliwości zastosowania przepisu art. 226 ust. 1 pkt 8 i 7 ustawy Pzp. Tym samym Izba uznała, że **zarzuty nr 2 i 3 odwołania** na obecnym etapie postępowania nie potwierdziły się.*

Izba ustaliła, że w wykonaniu wyroku:

1) Zamawiający, pismem z dnia 18 stycznia 2024 roku (dokument jawny w aktach postępowania o udzielenie zamówienia), wezwał wykonawcę EMKOR spółka

z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Bydgoszczy (dalej: Emkor) do złożenia:

Zamawiający uznając, że zaoferowana przez wykonawcę 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, wzywa wykonawcę, działając na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2023r. poz. 1605 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp” do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych.

Zakres wymaganych wyjaśnień:

Grupa I - cena oferty jest niższa o ponad 30% od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert.

Wyjaśnienia 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 (t.j. 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 powierzaniem wykonania części zamówienia podwykonawcy.

Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.

Wyjaśnienia, w tym dowody, w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, należy złożyć w terminie do dnia 25/01/2024, za pośrednictwem platformy, działającej pod adresem <https://eProPublico.pl/>.

Zamawiający informuje, iż zgodnie z 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.

Pismem z dnia 19 stycznia 2024 roku wykonawca Emkor przesłał wyjaśnienia:

W odpowiedzi na „Wezwanie do złożenia wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu”

z dnia 18 stycznia 2024 r., przesyłamy poniższe wyjaśnienia dotyczące elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny wraz z dowodami

W pierwszej kolejności pragnę jednak zauważyć, że cena oferty Hotel City sp. z o.o. w kwocie 479,98 zł jest kompletnie nierealna w stosunku do świadczonej usługi. Na oficjalnej stronie Hotelu City uzyskałem informację, że aktualna cena za pokój dwuosobowy dla 2 osób w ofercie „elastycznej” (bezpłatne odwołanie do godziny 18 w dniu przyjazdu) ze śniadaniem – to 465 złotych brutto. Oderwanym od rzeczywistości rynkowej i realiów cenowych za usługi hotelowe jest założenie, że przy kontrakcie dwuletnim usługodawca stosuje ceny „katalogowe” bez zniżek.

Zakładając jednak zastosowanie ceny dla klienta indywidualnego na jedną noc (465 zł) nadal abstrakcyjna jest cena oferty 959,96 zł za pobyt dwóch osób – z prostej kalkulacji wynika,

że koszt obiadokolacji oraz przewozu jednego pacjenta to 247,48 zł, czyli więcej o 34% od kwoty, którą Zamawiający przeznaczył na realizację całej usługi noclegu z wyżywieniem

i transportem! Biorąc pod uwagę dwa fakty – ilość złożonych ofert (trzy) oraz absurdalnie wysoką cenę oferty Hotel City Sp. z o.o. (160 % pow. kwoty przeznaczonej) – pragniemy zauważyć, że zarówno kwota przeznaczona przez Zamawiającego, jak i cena oferty wykonawcy Pan Tadeusz są również niższe o ponad 30 % od średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert.

Kwota przeznaczona przez Zamawiającego na wykonanie zamówienia jest – w aktualnych realiach cenowych na usługi objęte zamówieniem – bardzo wysoka. Jak wynika

z dokumentów postępowania odwoławczego przed KIO o sygnaturze 3850/23, kwota ta jest wynikiem odpowiedzi na zapytanie cenowe złożone w październiku 2023 roku przez Zamawiającego do wykonawcy Pan Tadeusz, który wykonuje zamówienie obecnie,

w ramach umowy na lata 2022 – 2023. Wobec inflacji rocznej na poziomie 14,4% w roku 2022 oraz prognozowanej inflacji poniżej 9% za rok 2023, w odpowiedzi na wspomniane zapytanie wykonawca Pan Tadeusz zaoferował wykonanie usługi w kolejnych dwóch latach za cenę aż o 37% procent wyższą niż cena, za którą wykonywał usługę w chwili odpowiedzi na

zapytanie (10.2023 r.). Naszym zdaniem nie jest to podwyżka uzasadniona rzeczywistym wzrostem kosztów, a jedynie chęcią bardzo wysokiego zysku za wykonanie usługi, która powstała z przekonania o braku konkurencji ze strony innych hoteli w Bydgoszczy,

co postawiło Zamawiającego w bardzo trudnej pozycji negocjacyjnej – aby rozstrzygnąć kolejne postępowanie o udzielenie zamówienia i zapewnić realizację przedmiotowej usługi dla swoich pacjentów w kolejnych latach, Zamawiający był przekonany o konieczności zwiększenia kwoty przeznaczonej na zamówienie (185 zł/osobodoba) – aż o 23,33% w stosunku do poprzedniego zamówienia (150 zł/osobodoba). Należy również zauważyć, że jeszcze w roku 2022 oferta cenowa wykonawcy Pan Tadeusz (135 zł/osobodoba) była niższa o 11% niż kwota przeznaczona przez Zamawiającego na realizację zamówienia. Przypominam również, że umowa na wykonanie zamówienia przewiduje w §2 waloryzację ceny.

Abstrahując od powyższych rozważań - odpowiadając na wezwanie oświadczam, że cena zaproponowana przez Naszą firmę w przedmiotowym postępowaniu nie jest rażąco niska,

a jej wysokość została dokładnie przez nas skalkulowana. Żeby potwierdzić powyższe oświadczenie chcielibyśmy podnieść co następuje:

1. Zaoferowana cena została obliczona w oparciu o udokumentowane koszty realizacji identycznego zamówienia publicznego w okresie od 1 marca 2021 do dnia 30 kwietnia 2022 roku zaktualizowane o obecne koszty składowe niezbędne do wykonania zamówienia oraz zwiększoną ilość pobyków pacjentów na dobę (a jednocześnie uwzględniające zameldowanie dwóch osób w pokoju dwuosobowym), które stanowią bilans sprzyjających i dostępnych Wykonawcy warunków cenotwórczych wykonania zamówienia. Cena obejmuje wszystkie koszty związane z prawidłowym wykonaniem zamówienia z uwzględnieniem kosztów zakupu materiałów, transportu, mediów oraz kosztów pracowników, podatków i opłat na ubezpieczenia społeczne, w związku z czym zaoferowana cena nie posiada znamion rażąco niskiej ceny.
2. W załączeniu przesyłamy dowód w postaci kalkulacji cenowej wraz ze szczegółowymi objaśnieniami. Na podstawie art. 18 ust. 3 prawo o zamówieniach publicznych w związku z art. 11 ust 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, oświadczam, że załączona kalkulacja cenowa stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa.
3. Co więcej oświadczamy, że wszyscy pracownicy biorący udział w realizacji umowy są zatrudnieni na podstawie umowy o pracę. Na potwierdzenie stanu zatrudnienia, oraz kosztów wynagrodzeń i składek ZUS, w załączeniu przesyłamy wydruki ze złożonych deklaracji ZUS RCA za czwarty kwartał 2023 roku zarówno firmy wykonawcy EMKOR Sp. z o.o., jak i podwykonawcy AFAMAKOR Sp. z o.o. Sp.k. (zgodnie z treścią złożonej oferty). Wydruki również stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa oraz są objęte ochroną danych osobowych.
4. W związku z powyższym kalkulacja cenowa oraz dokumenty ZUS RCA zostały objęte stosowną klauzulą. Zgodnie z treścią art. 14 ust 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, przez tajemnicę przedsiębiorstwa „rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności.”
5. W związku z powyższym, wspomniana kalkulacja niewątpliwie stanowi wartość gospodarczą, natomiast wydruki ZUS RCA informację organizacyjną przedsiębiorstw, które nie powinny zostać rozpowszechnione wobec konkurencji co mogłoby narazić firmy EMKOR Sp. z o.o. oraz AFAMAKOR Sp. z o.o. Sp.k. na straty. Nadto należy wskazać, że powyższe informacje mają charakter poufny, ponieważ firmy EMKOR Sp. z o.o. oraz AFAMAKOR Sp. z o.o. Sp.k. nie podejmowały żadnych czynności, mających na celu ich publiczne ujawnienie.
6. EMKOR Sp. z o.o. oraz AFAMAKOR Sp. z o.o. Sp.k. przekazały swoim pracownikom wytyczne wskazujące, że dane informacyjne mają charakter poufny, a ich rozpowszechnianie jest zakazane. Poza samym faktem poinformowania ww. osób o powyższej kwestii, w spółce obowiązują również odpowiednie regulaminy oraz procedury uniemożliwiające przekazywanie oraz rozpowszechnianie powyższych informacji. Każdy z pracowników, który ma wgląd do powyższych kalkulacji kosztowych i cen jest zobligowany do stosowania się do ww. regulaminów oraz procedur.
7. Ponadto spółka EMKOR w prowadzonych negocjacjach bądź w treści zawieranych umów ściśle przestrzega zachowania w poufności powyższych informacji, poprzez wprowadzanie do kontraktów odpowiednich klauzul poufności.
8. Konkludując EMKOR Sp. z o.o. w sposób wyczerpujący wskazał, że powyższe informacje i dane zawarte w ww. dokumentach objęte są tajemnicą przedsiębiorstwa, a ponadto podjął odpowiednie kroki mające na celu zapewnienie im charakteru poufności – poprzez stosowanie odpowiednich procedur, czym realizuje zapisy art. 11 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.
9. Ponadto, posiadamy własną bazę transportową, obniżającą koszty przewozu pacjentów i zapewniającą realizację usługi zgodnie z wymaganiami Zamawiającego.

10. W załączonej kalkulacji wykazano przewidywany zysk z tytułu realizacji zamówienia publicznego w kwocie, która zapewnia realizację celów biznesowych przedsiębiorstwa Wykonawcy. Warto zaznaczyć także, że w obecnych, trudnych dla branży hotelarskiej czasach, ciężko doświadczonej okresem pandemii, jak i reakcją rynków na rosyjską agresję w Ukrainie, korzystną dla finansów firmy decyzją jest udział w postępowaniu ogłoszonym przez Zamawiającego i zawarcie długoterminowego kontraktu na świadczenie usług

o niższej rentowności, jednak o przewidywalnym wolumenie sprzedaży pozwalającym utrzymanie obiektu oraz miejsc pracy.

Podsumowując, załączone dowody w postaci kalkulacji oraz deklaracji ZUS jednoznacznie potwierdzają, że zaoferowana przez Wykonawcę EMKOR Sp. z o.o. w przedmiotowym postępowaniu cena oferty nie jest rażąco niską ceną, a przedstawiony w kalkulacji przewidywany do osiągnięcia zysk w pełni uzasadnia decyzję Wykonawcy o udziale w przedmiotowym postępowaniu oraz stanowi ekonomiczne potwierdzenie prawidłowości obliczeń zaoferowanej w ofercie ceny.

Załączniki:

1) Kalkulacja cenowa wraz z objaśnieniami – 2 strony (TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA)

2) Wydruki ZUS EMKOR Sp. z o.o. – 9 stron (TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA)

3) Wydruki ZUS AFAMAKOR Sp. z o.o. Sp.k. – 12 stron (TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA)

Do pisma zostały faktycznie załączone następujące pliki (ustalone na podstawie dokumentacji postępowania przekazanej przez Zamawiającego do akt postępowania

o udzielenie zamówienia publicznego):

2) Kolejne wezwanie Zamawiającego z dnia 30 stycznia 2024 roku (dokument jawny

w aktach postępowania o udzielenie zamówienia) dotyczyło wezwania Emkor:

Zamawiający, działając na podstawie art. 128 ust. 4 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2023r. poz. 1605 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, wzywa wykonawcę do złożenia wyjaśnień.

Zamawiający ogłosił przedmiotowe postępowanie w celu zapewnienia Pacjentom noclegu ze śniadaniem i obiadową kolacją oraz transportu na leczenie.

Wykonawca w złożonej ofercie wskazał w załączniku nr 5 do SWZ podwykonawcę tj. firmę AFAMAKOR Sp. z o.o. Spółkę komandytowa, której zamierza powierzyć nocleg i wyżywienie Pacjentów.

W piśmie z dnia 19.01.2024 r. dotyczącym wyjaśnienia ceny oświadczyli Państwo,

że posiadają własną bazę transportową, obniżającą koszty przewozu pacjentów

i zapewniającą realizację usługi zgodnie z wymaganiami Zamawiającego, Jednak

z dokumentów załączonych do złożonych wyjaśnień to nie wynika, jedynie faktury za paliwo są wystawione na firmę AFAMAKOR Sp. z o.o. Spółka komandytowa.

Zgodnie z art. 462 ust. 1. Wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy”.

W związku z powyższym Zamawiający zwraca się o wyjaśnienia jakie części zamówienia realizować będzie Wykonawca tj. firma Emkor Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, Ludwikowo 1, 85-502 Bydgoszcz.

Wyjaśnienia, w formie wskazanej w Specyfikacji Warunków Zamówienia, należy złożyć

w terminie do dnia 2024-02-02, za pośrednictwem Platformy, działającej pod adresem <https://e-ProPublico.pl/>.

Pismem z dnia 30 stycznia 2024 roku Emkor złożył wyjaśnienia, zastrzegając część pisma tajemnicą przedsiębiorstwa:

część jawna pisma (zgodnie z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez Zamawiającego do akt postępowania odwoławczego)

W odpowiedzi na „Wyjaśnienia” z dnia 30 stycznia 2024 r., potwierdzam, że informacje podane w ofercie dot. wskazanego podwykonawcy – firmy AFAMAKOR Sp. z o.o. Sp.k.

są prawidłowe i zgodne z wymaganiami SWZ. Zgodnie z treścią oferty, wskazany podwykonawca będzie odpowiedzialny za usługi noclegu i wyżywienia – jako podmiot posiadający wszelkie wymagane uprawnienia, kompetencje, bazę lokalową, techniczną

i osobową do realizacji powierzonych usług.

Wykonawca EMKOR Sp. z o.o. będzie realizować transport pacjentów oraz część administracyjną zamówienia tj. przyjmowanie i procesowanie zleceń pobytu pacjentów, planowanie pobytów, posiłków i transportu, kontrolę jakości wykonywanych przez podwykonawcę usług, nadzór nad obsługą pacjentów w hotelu, prowadzenie rejestru przejazdów, przygotowanie zestawienia pobytów i jego weryfikację z pracownikami Zamawiającego, rozliczanie pobytów. EMKOR Sp. z o.o., zgodnie z oświadczeniem zawartym w piśmie z dnia 19 stycznia 2024 roku, posiada własną bazę transportową, w skład której wchodzi:

- samochód osobowy PEUGEOT TRAVELLER DIESEL AUTOMAT, numer rej. PO 5TK65 rok produkcji 2020 - 8 osób

- samochód osobowy VOLKSWAGEN ROUTAN LPG AUTOMAT, numer rej CB 593EV r.

produkcji 2009 – 7 osób

- samochód osobowy MINI COUNTRYMAN hybryda PHEV AUTOMAT, numer rejestracyjny

PO 2MG14, rok produkcji 2018 – 5 osób

Są to samochody nowoczesne, bardzo wygodne, dobrze wyposażone (m.in. klimatyzacja) oraz ekonomiczne, a ich zróżnicowanie pozwala w sposób elastyczny, ekologiczny

i efektywny kosztowo realizować transport pacjentów Zamawiającego zgodnie z SWZ.

Na potwierdzenie faktu posiadania przez wykonawcę EMKOR Sp. z o.o. w/w samochodów, załączam dowód w postaci dokumentacji stanowiącej tajemnicę przedsiębiorstwa (skany dowodu rejestracyjnego i umów leasingowych). Jeśli uzasadniona będzie potrzeba zmiany floty pojazdów, firma zakupi kolejny pojazd 8/9 osobowy, na co posiada zarezerwowane środki (dowód: potwierdzenie salda rachunku).

Firma zatrudnia pracowników na podstawie umowy o pracę, którzy posiadają prawo jazdy

i odpowiednie kompetencje oraz predyspozycje, aby świadczyć pracę w charakterze kierowców do transportu pacjentów Zamawiającego. Już w piśmie z dnia 19 stycznia załączyliśmy dowody w postaci deklaracji ZUS na potwierdzenie faktu zatrudnienia w/w personelu. Na kolejnej stronie znajdziecie Państwo dalszą część wyjaśnień, która stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa.

POCZĄTEK TREŚCI STANOWIĄCEJ TAJEMNICĘ PRZEDSIĘBIORSTWA

(...)

KONIEC TREŚCI STANOWIĄCEJ TAJEMNICĘ PRZEDSIĘBIORSTWA

Załączniki:

1) Skany dokumentów dot. pojazdów – 8 stron (TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA)

2) Potwierdzenie salda rachunku bankowego na dzień 30.01.2024 r. (TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA)

3) Faktury – 3 strony (TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA)

4) Odpisy KRS: AUTO-LECH Sp. z o.o., AFAMAKOR Sp. z o.o. i AFAMAKOR Sp. z o.o. Spółka komandytowa (informacja ogólnodostępna i nie stanowi tajemnicy)

Do pisma zostały faktycznie załączone następujące pliki (ustalone na podstawie dokumentacji postępowania przekazanej przez Zamawiającego do akt postępowania

o udzielenie zamówienia publicznego):

3) Zamawiający, pismem z dnia 5 lutego 2024 roku (dokument jawny w aktach postępowania o udzielenie zamówienia), skierował wezwanie do Emkor:

Dotyczy postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na: „Świadczenie usług hotelowych wraz z transportem w latach 2024-2025 na potrzeby Pacjentów Centrum Onkologii im. prof. F. Łukaszczyka

w Bydgoszczy - Zakładu Radioterapii w Bydgoszczy i we Włocławku.” — znak sprawy 902/P/2023.

W związku z odpowiedzią z dnia 19.01.2024 r. zawierającą wyjaśnienia w zakresie wyliczenia ceny oferty Zamawiający, działając na podstawie art. 128 ust. 4 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2023r. poz. 1605 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, wzywa wykonawcę do złożenia dodatkowych wyjaśnień w zakresie

- kosztów prania bielizny pościelowej,

- kosztów obsługi księgowej,

- kosztów ochrony,

- kosztów opłat związanych z licencją do publicznego odtwarzania utworów.

Wyjaśnienia, w formie wskazanej w Specyfikacji Warunków Zamówienia, należy złożyć

w terminie do dnia 2024-02-08, za pośrednictwem Platformy, działającej pod adresem <https://e-ProPublico.pl/>.

W odpowiedzi Emkor w dniu 7 lutego 2024 roku złożył wyjaśnienia objęte tajemnicą przedsiębiorstwa oraz załączył do nich dokumenty

Szanowni Państwo,

W odpowiedzi na „Wyjaśnienia” z dnia 5 lutego 2024 r., składam wyjaśnienia w wymaganym zakresie, zastrzegając, że stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa:

POCZĄTEK TREŚCI STANOWIĄCEJ TAJEMNICĘ PRZEDSIĘBIORSTWA

(...)

KONIEC TREŚCI STANOWIĄCEJ TAJEMNICĘ PRZEDSIĘBIORSTWA

Załączniki:

1) Faktury – 2 strony (TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA)

Do pisma został faktycznie załączony następujący pliki (ustalone na podstawie dokumentacji postępowania przekazanej przez Zamawiającego do akt postępowania o udzielenie zamówienia publicznego):

Pismem z dnia 12 lutego 2024 roku Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej w postępowaniu:

Działając na podstawie art. 253 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023r. poz. 1605), zwanej dalej „ustawą Pzp”, informuję, że w toczącym się postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, jako najkorzystniejsza wybrana została oferta złożona przez wykonawcę:

Część nr 1: Grupa I - Świadczenie usług hotelowych oraz transportowych - Bydgoszcz

Emkor Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością

Ludwikowo 1 85-502 Bydgoszcz za cenę wykonania przedmiotu zamówienia w wysokości 3 249 720.00 zł brutto.

Uzasadnienie wyboru.

Wybrana została najkorzystniejsza oferta, czyli oferta przedstawiająca najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub oferta z najniższą ceną, zgodnie z art. 239 ust. 2 ustawy PZP

(...)

Izba ustaliła również, że na podstawie specyfikacji warunków zamówienia (dalej: SWZ) Zamawiający określił:

11.1. W niniejszym postępowaniu komunikacja między Zamawiającym a Wykonawcami odbywa się przy użyciu środków komunikacji elektronicznej za pośrednictwem Platformy on-line działającej pod adresem <https://e-ProPublico.pl/> (dalej jako: "Platforma").

Postępowanie prowadzone jest na Platformie pod nazwą: „Świadczenie usług hotelowych wraz z transportem w latach 2024-2025 na potrzeby Pacjentów Centrum Onkologii im. prof. F. Łukaszczyka w Bydgoszczy — Zakładu Radioterapii w Bydgoszczy i we Włocławku — znak sprawy: 902/P/2023.

(...)

11.10 W postępowaniu, wszelkie oświadczenia, wnioski, zawiadomienia oraz informacje przekazywane są za pośrednictwem Platformy (karta "Wiadomości"). Za datę wpływu oświadczeń, wniosków, zawiadomień oraz informacji przesłanych za pośrednictwem Platformy, przyjmuje się datę ich zamieszczenia na Platformie.

Izba ustaliła, że Odwołujący w dniu 15 stycznia 2024 roku skierował

do Zamawiającego „prośbę o przesłanie dokumentacji na podstawie rozstrzygnięcia KIO 3850/23”.

Wniosek został przesłany emailiem na adres:

Odwołujący w skierowanym wniosku podał:

Szanowni Państwo,

na podstawie rozstrzygnięcia w sprawie o sygn. akt KIO 3850/23 proszę o przesłanie dokumentacji, dotyczącej ponownego badania i oceny ofert oraz wezwania wykonawcy Emkor Sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny wraz z wyjaśnieniem firmy Emkor Sp. z o.o.

Izba ustaliła, że Zamawiający w dniu 26 stycznia 2024 roku udzielił Odwołującemu odpowiedzi z adresu: na adres: oraz do wiadomości: .

Dzień dobry!

W załączeniu przesyłam wezwanie do złożenia wyjaśnienia ceny przez firmę Emkor oraz odpowiedź. Niestety załączników nie mogę udostępnić, ponieważ są zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa .

Przepis art. 18 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, w sposób kompleksowy normuje kwestię informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa. A mianowicie: nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 222 ust. 5.

Sąd Okręgowy w Katowicach w wyroku z dnia 8 maja 2007r XIX Ga 167/07 wywiódł: „zarówno metoda kalkulacji ceny, jak i konkretne dane cenotwórcze ujawnione przez wykonawcę na żądanie zamawiającego dla sprawdzenia, czy cena oferty nie jest rażąco niska stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa i mogą być przedmiotem ochrony przez ich utajnienie przed innymi podmiotami, również tymi uczestniczącymi w przetargu”.

Wykonawca poczynił stosowne zastrzeżenie, które umotywował w sposób uprawniający do przyjęcia, że doszło do skutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.

W zakresie rozpoznania zarzutów odwołania Izba zważyła:

Na wstępie, przed przystąpieniem do rozpoznania zarzutów odwołania Izba wskazuje, że nie uwzględniła wniosków o odrzucenie odwołania na podstawie art. 528 pkt 4

i 5 ustawy.

W oparciu o powyżej wskazane przepisy Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że: 4) odwołujący powołuje się wyłącznie na te same okoliczności, które były przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę w sprawie innego odwołania, dotyczącego tego samego postępowania wniesionego przez tego samego odwołującego; 5) odwołanie dotyczy

czynności, którą zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby lub sądu lub, w przypadku uwzględnienia zarzutów przedstawionych w odwołaniu, którą wykonał zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Uwzględniając stan faktyczny rozpoznawanej sprawy odwoławczej, wydany w styczniu br. wyrok oraz jego rozstrzygnięcie żadna z przesłanek wskazanych powyżej nie uzasadnia odrzucenia odwołania. W wyniku wydania wyroku z dnia 10 stycznia 2024 roku w sprawie o sygn. akt KIO 3850/23 Zamawiający podjął w postępowaniu o udzielenie zamówienia określone czynności, a następnie dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej.

Wykonanie wyroku w tym przypadku, zgodnie z sentencją wyroku związane było z: *unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, ponowne badanie i ocenę ofert oraz wezwanie wykonawcy Emkor Sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny*. Natomiast wybór oferty najkorzystniejszej z dnia 12 lutego 2024 roku stanowi czynność wykraczającą poza czynności wynikające i wykonane zgodnie

z wyrokiem Izby. Izba za niezasadne uznała również odwołanie do podstawy odrzucenia odnoszącej się do powołania przez Odwołującego na te same okoliczności, które były przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę – okoliczności uległy zmianie, bowiem w wyniku wydania ww. wyroku. Zamawiający wykonał ciążące na nim obowiązki wezwania do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, a Odwołujący kwestionował w odwołaniu czynności Zamawiającego oceny oferty Emkor w kontekście wyjaśnień z dnia 19 stycznia 2024 roku. Okoliczności i stan faktyczny sprawy nie jest taki sam i nie odwołuje się wykonawca na podstawie tych samych okoliczności co w odwołaniu w sprawie o sygn. akt KIO 3850/23. Stan faktyczny sprawy, na moment wniesienia tego podlegającego

w tej sprawie odwoławczej odwołania, jest zupełnie inny w wyniku przeprowadzonych przez Zamawiającego czynności i okoliczności, tym samym odwołanie obecnie złożone nie jest oparte na tych samych okolicznościach, które były już uprzednio przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę. Dodatkowo należy podnieść, że Odwołujący nie wykazał tych okoliczności.

Odwołujący podniósł zarzut naruszenia:

- 1)art. 224 ust. 5 i 6 Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp przez błędną ocenę wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez EMKOR Sp. z o. o. i w konsekwencji zaniechanie odrzucenia oferty tego wykonawcy,
- 2)art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp w zw. z art. 224 ust. 6 oraz art. 224 ust. 1 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty EMKOR Sp. z o. o. w sytuacji, gdy oferta tego wykonawcy zawiera rażąco niską cenę, a w konsekwencji naruszeń wskazanych w pkt 1 i 2 naruszenie,
- 3)art. 16 pkt 1 i 2 oraz art. 17 ust. 2 Pzp przez ich niezastosowanie i prowadzenie postępowania w sposób sprzeczny z zasadą uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, przejrzystości i w konsekwencji wybór oferty EMKOR Sp. z o. o. niezgodnie z w/w przepisami Pzp.

W ramach rozpoznania tej sprawy odwoławczej niezbędne jest na wstępie odniesienie do ustalonego w sprawie stanu faktycznego (powyżej), oraz wpływu poszczególnych podejmowanych w postępowaniu o zamówienie czynności przez Zamawiającego oraz sposobu realizacji uprawnień przez wykonawcę na okoliczności rozpoznawanej sprawy odwoławczej.

Okoliczności jakie zaistniały w trakcie prowadzenia postępowania są następujące: Odwołujący w ramach postępowania o zamówienie w dniu 15 stycznia br. złożył

do Zamawiającego prośbę (wniosek) o przesłanie dokumentacji dotyczącej ponownego badania i oceny ofert po wydaniu wyroku z dnia 10 stycznia 2024 roku. Wniosek ten został skierowany do Zamawiającego na adres email, za pomocą poczty elektronicznej. Takie działanie wykonawcy Odwołującego stanowiło nieprawidłowe działanie w obliczu wymagań postanowień SWZ. Odwołujący nie złożył wniosku zgodnie z pkt 11.1 i pkt 11.10 SWZ,

w których jednoznacznie Zamawiający przewidział, że *komunikacja między Zamawiającym*

a Wykonawcami odbywa się przy użyciu środków komunikacji elektronicznej

za pośrednictwem Platformy on-line (...) oraz, że w postępowaniu, wszelkie oświadczenia, wnioski, zawiadomienia oraz informacje przekazywane są za pośrednictwem Platformy (karta "Wiadomości"). Za datę wpływu oświadczeń, wniosków, zawiadomień oraz informacji przesłanych za pośrednictwem Platformy, przyjmuje się datę ich zamieszczenia na Platformie. Powyżej przytoczone postanowienia SWZ wypełniają obowiązek określony

w art. 134 ust. 10 ustawy, tj. wskazania informacji o środkach komunikacji elektronicznej, przy użyciu których zamawiający będzie komunikował się z wykonawcami, oraz informacje

o wymaganiach technicznych i organizacyjnych sporządzania, wysyłania i odbierania korespondencji elektronicznej. Izba stwierdza, że Zamawiający w sposób jednoznaczny określił sposób komunikacji pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami i jednoznacznie podał, że wszelkie wnioski składa się za pośrednictwem platformy oraz określił moment

(datę)

w jakiej złożenie takiego wniosku następuje. Powyższe regulacje Zamawiającego zgodne są również z wymaganiami wynikającymi z art. 61 ust. 1 ustawy, że komunikacja

w postępowaniu o udzielenie zamówienia i w konkursie, w tym składanie ofert, wniosków

o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub konkursie, wymiana informacji oraz przekazywanie dokumentów lub oświadczeń między zamawiającym a wykonawcą,

z uwzględnieniem wyjątków określonych w ustawie, odbywa się przy użyciu środków komunikacji elektronicznej. Przy czym jednoznacznie określił Zamawiający za pomocą jakiego środka komunikacji elektronicznej dopuszcza komunikację między Zamawiającym

a wykonawcami tj. *Platformy on-line*

Mając na uwadze powyższe Izba stwierdza, że w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego Odwołujący, co do zasady, nie złożył do Zamawiającego wniosku

o przekazanie dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób określony i dopuszczony w tym postępowaniu.

Niezaprzeczalnym faktem jest, że Zamawiający na wniosek Odwołującego z dnia 15 stycznia 2024 roku (złożony w sposób nieprawidłowy) przesłał wykonawcy w dniu 26 stycznia 2024 roku również w sposób niezgodny z SWZ, to jest przed terminem wyboru oferty najkorzystniejszej, informację o wyjaśnieniach złożonych Zamawiającemu przez Emkor w dniu 19 stycznia 2024 roku, które stanowią załącznik do Protokołu postępowania.

Mając na uwadze nieprawidłowości czynności podjętych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego przez Zamawiającego co do: 1) przekazania Odwołującemu informacji dotyczących złożonych wyjaśnień z dnia 19 stycznia 2024 roku przez Emkor przed terminem wyboru oferty najkorzystniejszej, który nastąpił dopiero 12 lutego 2024 roku, oraz 2) udzielenie w dniu 26 stycznia 2024 roku informacji przez Zamawiającego na wniosek wykonawcy Odwołującego złożony niezgodnie z postanowienia SWZ pkt 11.1 i 11.10, 3) udzielenie przez Zamawiającego informacji w dniu 26 stycznia 2024 roku wykonawcy Odwołującemu w sposób niezgodny z ww. postanowieniami SWZ, Izba stwierdziła, że:

- nie sposób odmówić racji Odwołującemu, że choć wniosek Odwołującego został złożony nieprawidłowo, to Zamawiający przekazał wykonawcy informację (również niezgodnie z SWZ), tym samym nie można odmówić w ocenie Izby Odwołującemu prawa do kwestionowania i oceny przedstawionych przez Zamawiającego informacji,
- w ocenie Izby nie sposób uznać za zasadną argumentacji Odwołującego - o braku przekazania „całości” dokumentacji, skoro Odwołujący nie złożył wniosku o przekazanie, udostępnienie dokumentacji zgodnie z postanowieniami SWZ, tym samym w ocenie Izby nie ma podstaw do uznania zasadności twierdzenia o nieprzekazaniu Odwołującemu dokumentacji postępowania o zamówienie.

Mając powyższe na uwadze, a odnosząc się do twierdzenia Odwołującego z rozprawy,

że nie kwestionował w ramach zarzutów odwołania braku przekazania przez Zamawiającego dokumentów złożonych przez Emkor po 19 stycznia 2024 roku, bowiem nie miał wiedzy

w tym zakresie, Izba stwierdza, że to stanowisko nie ma wpływu na rozpoznanie podniesionych zarzutów odwołania, ponieważ jak Izba stwierdziła wcześniej, Odwołujący

co do zasady w ogóle nie złożył wniosku o przekazanie dokumentacji, bo nie złożył

go w sposób zgodny z SWZ. Izba, co wyjaśniła powyżej, uznała, że skoro Zamawiający odpowiedział na wniosek Odwołującego – przy czym obie czynności dokonano niezgodnie

z SWZ co do sposobu komunikacji – to tylko w tym zakresie, w jakim dokumenty zostały przekazane nie może odmówić Odwołującemu prawa do kwestionowania i oceny przedstawionych informacji, natomiast w pozostałym zakresie brak jest podstawy do uznania twierdzenia Odwołującego za zasadne. Po terminie wyboru oferty najkorzystniejszej,

jak i przed, Odwołujący nie złożył wniosku zgodnie ze sposobem komunikacji określonym

w SWZ. Wymaga w tym miejscu podkreślenia, że zgodnie z art. 74 ust. 2 pkt 1 ustawy załączniki do protokołu postępowania udostępnia się po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty albo unieważnieniu postępowania, z tym że oferty wraz

z załącznikami udostępnia się niezwłocznie po otwarciu ofert, nie później jednak niż

w terminie 3 dni od dnia otwarcia ofert, z uwzględnieniem lub zdanie drugie. Ten przepis ustawy wyznacza jednocześnie moment, od którego udostępnieniu podlegają poszczególne załączniki do protokołu. Załączniki do protokołu stanowią: oferty, opinie biegłych, oświadczenia, informacja z zebrania z wykonawcami, zawiadomienia, wnioski, dowód przekazania ogłoszenia Urzędowi Publikacji UE, inne dokumenty i informacje składane przez zamawiającego i wykonawców oraz umowa

w sprawie zamówienia publicznego (tak: *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, red. Marzena Jaworska, Dorota

Grześkowiak-Stojek, Julia Jarnicka, Agnieszka Matusiak 2023 rok). Załączniki do protokołu postępowania, o których mowa w ustawie udostępnia się po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty lub unieważnieniu postępowania, z tym że oferty wraz z załącznikami udostępnia się niezwłocznie po otwarciu ofert, nie później jednak niż w terminie 3 dni od dnia otwarcia ofert, a wnioski o dopuszczenie do udziału

w postępowaniu wraz z załącznikami – od dnia poinformowania o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu (tak: *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, red.

dr hab. Małgorzata Sieradzka, 2022 rok). Załączniki do protokołu udostępnia się

co do zasady po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty albo po unieważnieniu postępowania. Moment, od którego dostępne mogą być załączniki, jest zatem tożsamy

z dniem, w którym wybór najkorzystniejszej oferty albo unieważnienie postępowania stały się „ostateczne”, w szczególności z powodu upływu terminu na wniesienie środków ochrony prawnej lub ostateczne rozstrzygnięcie odwołania. Wyjątek w odniesieniu do momentu dostępności załączników do protokołu ustawa czyni tylko w stosunku do ofert i załączników

do ofert oraz wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu (tak: *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, red. H. Nowak, M. Winiarz 2021 rok). Podobnie w orzecznictwie Izby tak np. Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 maja 2022 r. KIO 1148/22. Szczególnie należy natomiast podkreślić, że w wyroku Sądu Okręgowego – Sądu Zamówień Publicznych z dnia 4 lipca 2023 roku sygn. akt XXIII Zs 33/23 jednoznacznie podano,

że zgodnie z art. 74 ust 2 Pzp załączniki do protokołu inne niż oferty udostępnia się dopiero po dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej lub unieważnieniu postępowania, a sprawa odnosiła się również między innymi do wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Izba podkreśla,

że termin złożenia ofert w postępowaniu wyznacza moment nawiązania pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami wielostronnego stosunku przetargowego. Termin złożenia ofert jest terminem wyznaczonym i nie podlega on przywróceniu. Ofertę można skutecznie złożyć jedynie w tym terminie co jednoznacznie wynika z art. 219 ust. 1 ustawy, a żaden inny dokument złożony po tym terminie nie stanowi oferty.

Na wstępie przed odniesieniem się do poszczególnych wskazanych w uzasadnieniu odwołania okoliczności mających uzasadniać podniesione zarzuty odwołania Izba wyjaśnia

i podkreśla na wstępie, że w postępowaniu odwoławczym Izba dokonuje oceny czynności podjętej przez Zamawiającego w prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniu

o udzielenie zamówienia publicznego, które to czynności dokonane zostały na podstawie

i w oparciu o dokumenty złożone w postępowaniu.

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone przez Zamawiającego

jest postępowaniem kreowanym w oparciu o regulacje prawne obowiązujące Zamawiającego. Oznacza to, że ocenie w zakresie zarzutów odwołania podlegają

te czynności Zamawiającego podjęte w określonym stanie faktycznym, który wynika

z akt sprawy postępowania o udzielenie zamówienia publicznego stanowiących akta postępowania odwoławczego.

Nadmienić należy również, że postępowanie odwoławcze przed Izbą jest postępowaniem kontradyktoryjnym, czyli spornym, a spór prowadzą strony postępowania odwoławczego przy udziale uczestnika tego postępowania. Izba

podkreśla również, że zgodnie z obowiązującymi przepisami ustawy art. 516 ust. 1 odwołanie zawiera: 7) wskazanie czynności lub zaniechania czynności zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, lub wskazanie zaniechania przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia lub zorganizowania konkursu na podstawie ustawy; 8) zwięzłe przedstawienie zarzutów; 9) żądanie co do sposobu rozstrzygnięcia odwołania; 10) wskazanie okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania oraz dowodów na poparcie przytoczonych okoliczności. Z regulacji tej wynika w sposób jednoznaczny, że na Odwołującym ciążyą określone obowiązki w zakresie złożenia odwołania. W przypadku składania odwołania obejmującego zarzuty do oceny przez Zamawiającego oferty wykonawcy konkurencyjnego w przymacie wyjaśnień ceny oferty Odwołujący nie został zwolniony przez ustawodawcę ze wskazanie okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania oraz dowodów na poparcie przytoczonych okoliczności. Mimo odwrócenia ciężaru dowodu na etapie postępowania odwoławczego zgodnie z art. 537 pkt 1 ustawy, zgodnie z którym ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa na wykonawcy, który ją złożył, nie zmienia to faktu,

że to po stronie Odwołującego ustawodawca określa jednoznacznie obowiązki w zakresie wskazania okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania.

Przechodząc dalej w rozważaniach należy na wstępie wskazać, że regulacje prawne z art. 90 oraz 89 ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych

tj. ustawy obowiązującej do dnia 31 grudnia 2020 roku zbieżne są z regulacjami art. 224 oraz 226 ust. 1 pkt 8 ustawy z 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych, co oznacza,

że cały dorobek orzecniczy oraz stanowiska doktryny wypracowane w oparciu o wcześniej obowiązujące regulacje pozostaje aktualny w obowiązującym stanie prawnym. Pozwala to zatem na szerokie czerpanie wiedzy oraz korzystanie z utartych wykładni, wyjaśnień jak równie przyjętych w doktrynie i orzecznictwie stanowisk.

Cena rażąco niska to cena oferty, za którą nie da się wykonać zamówienia – tak

w sposób najbardziej prosty i zrozumiały można wytłumaczyć czym jest cena oferty rażąco niska. Cena rażąco niska to cena, która jest nierealistyczna, nieadekwatna do zakresu

i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, zakłada wykonanie zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów i w takim sensie nie jest ceną rynkową,

a więc nie występuje na danym rynku, na którym ceny wyznaczane są m.in. przez 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. Cena rażąco niska to taka, za którą nie może wykonawca wykonać zamówienia w sposób zgodny z przedmiotem, rzetelny i prawidłowy.

Izba podkreśla, że to po stronie Zamawiającego w procedurze udzielenia zamówienia publicznego ustawodawca wprowadził obowiązek dokonania oceny prawidłowości kalkulacji ceny oferty i oceny tego, czy cena zaoferowana w postępowaniu za realizację danego zamówienia nie jest ceną rażąco niską. Ukształtowana, tak w obecnie obowiązującej ustawie jak i w ustawie z 2004 roku procedura wyjaśnienia ceny oferty polega na wezwaniu wykonawcy do złożenia wyjaśnień, które Zamawiający poddaje ocenie. Na ich podstawie ocenia czy zaoferowana przez wykonawcę cena ofertowa nie jest rażąco niska.

To po stronie wykonawcy pozostaje obowiązek wykazania, że cena oferty nie jest rażąco niska (art. 224 ust. 5 ustawy).

Izba wskazuje, że w ramach postępowania odwoławczego oceniana jest prawidłowość czynności Zamawiającego, tj. dokonanej oceny złożonych w postępowaniu wyjaśnień elementów zaoferowanej ceny oferty. Zamawiający dokonuje czynności oceny zaoferowanej w postępowaniu przez wykonawcę ceny w oparciu o dostępne mu informacje, które uzyskuje w wyniku przedstawienia przez wezwanego wykonawcę wyjaśnień – temu służy procedura wyjaśnienia opisana w art. 224 ustawy. Wykonawca obowiązany jest podać Zamawiającemu wszystkie informacje dotyczące kalkulacji zaoferowanej ceny, w tym informacje dotyczące sposobu kalkulacji ceny oferty, uwarunkowania w jakich dokonywał tej kalkulacji, szczególne przesłanki warunkujące przyjęty sposób kalkulacji i inne istotne elementy mające wpływ na wysokość zaoferowanej ceny taki jak korzystne upusty, sprzyjające w oparciu o konkretne informacje warunki finansowego, uzyskane specjalne oferty, a dowodzące możliwości zaoferowania cen obniżonej a zawartej w złożonej ofercie. Wyjaśnienia wykonawcy – informacje jakie przedstawił wykonawca - powinny umożliwić Zamawiającemu podjęcie decyzji, co do przyjęcia bądź odrzucenia oferty. Podkreślenia wymaga, że Zamawiający informacje dotyczące indywidualnych elementów kalkulacji danej ceny jak również okoliczności, które wpływają na daną kalkulację uzyskuje od konkretnego wykonawcy,

w konkretnym postępowaniu, w wyniku wezwania do złożenia wyjaśnień w określonym przez Zamawiającego terminie. Tym samym wykonawca składający wyjaśnienia Zamawiającemu, już w ramach swoich wyjaśnień winien wskazać na te okoliczności, które stanowiły podstawę dokonanej wyceny, bowiem to na wykonawcy ciąży obowiązek wykazania, że oferta

nie zawiera rażąco niskiej ceny.

Nadal aktualność swą zachowuje stanowisko wypracowane w dotychczasowym orzecznictwie Izby i sądów powszechnych wskazujące, że Izba może ocenić i stwierdzić jedynie czy wyjaśnienia w przedmiocie elementów zaoferowanej ceny były wystarczające,

a ich ocena dokonana przez Zamawiającego prawidłowa. Zachowuje swoją aktualność wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 30 lipca 2014 r. (sygn. akt XXIII Ga 1293/14), w którym podkreślono znaczenie staranności wykonawcy w składaniu wyjaśnień, o których mowa w art. 90 ustawy z 2004 roku (obecnie art. 224 ustawy), a także wskazano na konieczność uznania, że cena ofertowa jest ceną rażąco niską, w przypadku braku przedstawienia przez wykonawcę takich wyjaśnień, które wykażą, że oferowana przezeń cena rażąco niska nie jest. W obecnie obowiązującym stanie prawnym ustawodawca właściwie przesądził ich słuszność, wprost wskazując w przepisie art. 224 ust. 5 ustawy, że to wykonawca powinien wykazać Zamawiającemu, że cena jego oferty lub koszt nie zawiera rażąco niskiej ceny. To wykonawca musi wykazać to na etapie postępowania

o udzielenie zamówienia, czyli w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego. Tym samym jak najbardziej aktualna i wymagająca podkreślenia, jest wyrażana w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej i sądów powszechnych teza o wymaganej staranności wykonawcy

w składaniu wyjaśnień, a tym samym ryzyko jakie ponosi wykonawca w przypadku uznania, że wyjaśnienia są niewystarczające do wykazania legalnego charakteru jego ceny.

Izba wskazuje, że nie istnieje jeden optymalny i powinny kształt czy sposób dowodzenia okoliczności związanych z

kalkulacją ceny dokonanej przez wykonawcę i sposobu prezentowania okoliczności umożliwiających mu jej zaoferowanie. Sposób wykazania,

że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny zależy od indywidualnych okoliczności sprawy, zwłaszcza w związku z rodzajem podawanych informacji, będzie można ocenić i przyjąć konieczny sposób i stopień uwiarygodnienia podawanych danych. Niewątpliwie można natomiast sformułować jeden generalny postulat, który przy ocenie wyjaśnień wykonawców powinien być bezwzględnie egzekwowany - wyjaśnienia powinny być konkretne, jasne, spójne i adekwatne do danego przedmiotu zamówienia.

Izba podkreśla, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego stanowi sformalizowaną procedurę, która dzięki regulacjom ustawowym stanowi gwarancję realizacji zasad prawa zamówień publicznych takich jak równe traktowanie wykonawców

w postępowaniu o udzielenie zamówienia oraz zachowanie konkurencyjności między wykonawcami. Każde odstępstwo od formalizmu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzi do naruszenia procedury o zamówienie publiczne, a w konsekwencji naruszenie zasad prawa zamówień publicznych w stosunku do wykonawców, którzy składają w postępowaniu oferty. Wezwanie przez Zamawiającego do złożenia wyjaśnień w ramach procedury z art. 224 ustawy rodzi skutki w zakresie obowiązków wykonawcy, do którego

to wezwanie jest skierowane oraz rodzi obowiązki Zamawiającego, które są efektem skierowanego wezwania.

Wymaga podkreślenia, że wykonawca zobowiązany jest zgodnie z art. 224 ust. 5 ustawy

do wykazania Zamawiającemu, że cena nie jest rażąco niska. Podkreślenia wymaga to,

że obowiązek jaki statuuje ustawa nałożony jest na wykonawcę, po drugie wykonawca obowiązany jest do wykazania – co oznacza, że nie będzie wystarczające złożenie zapewnienia przez wykonawcę lecz niezbędne jest wykazanie takiego stanu rzeczy. Więcej zgodnie z art. 224 ust. 6 ustawy wykonawca w celu wykazania, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska, składa dowody, które mają uwiarygodnić realność zaoferowanej ceny oferty. Powstały obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, a w konsekwencji zakres złożonych wyjaśnień może być kwestionowany w postępowaniu odwoławczym. Zakres złożonych wyjaśnień, ich precyzyjność i szczegółowość, czy też lakoniczność

i ogólnikowość stanowią podstawę kształtowania zarzutu odwołania. Podkreślić należy,

że to wykonawca jest dysponentem wiedzy na temat podstaw kształtowania i doboru elementów stanowiących podstawy wyliczenia ceny jego oferty co oznacza jednocześnie,

że tylko taki wykonawca ma jednoznaczną i pełną świadomość tego co w cenie oferty zostało uwzględnione, jakie elementy stanowią szczególnie sprzyjające warunki kalkulacji ceny oferty oraz jaki ma to wpływ na całość oferty cenowej lub na poszczególne

jej elementy. Podkreślenia wymaga, że elementy szczególnie korzystne, wpływające

na wysokość ceny oferty znane są wyłącznie samemu wykonawcy, a ich źródło powinno znaleźć odzwierciedlenie w dowodach składanych Zamawiającemu. Izba wskazuje,

że zgodnie z ustawą Zamawiający nie ma podstawy żądania określonego katalogu dowodów, niemniej nie oznacza to braku konieczności przedstawienia dowodów,

tym bardziej w zakresie tych elementów ceny, które są szczególnie korzystne

dla wykonawcy i pozwalają na skalkulowanie ceny oferty na tak niskim jak

w rozpoznawanym przypadku poziomie. Izba podkreśla, że Zamawiający

nie ma obowiązków określania katalogu dowodów, wręcz w ocenie Izby nie jest do tego uprawniony aby określać katalog dowodów jakie ma złożyć wykonawca, bowiem zakreślenie danego katalogu dowodów stanowiłoby ograniczenie w możliwości prezentacji stanowiska wykonawcy. Jednocześnie wymaga wskazania, że określone informacje odnoszące się do kalkulacji ceny oferty mogą wynikać właśnie ze złożonych dowodów. Wyjaśnienia wykonawcy wraz z dowodami muszą być oceniane całościowo.

Mając na uwadze powyższe Izba odniesienie się do poszczególnych wskazywanych przez Odwołującego argumentów, a mających uzasadniać podniesiony przez Odwołującego zarzut odwołania.

Przechodząc do rozpoznania zarzutów odwołania Izba w pierwszej kolejności stwierdza, że argumentacja Odwołującego nie odnosi się do wszystkich składanych

w postępowaniu o udzielenie zamówienia wyjaśnień przez Emkor. Odwołujący, zaniechując swojego uprawnienia do złożenia wniosku za pomocą platformy zgodnie z wymaganiami SWZ pozbawił się możliwości zapoznania się z pełną dokumentacją postępowania,

jak również pozbawił się prawa skutecznego kwestionowania braku przekazania

tej dokumentacji, czy też podnoszenia na tej podstawie skutecznej argumentacji.

Dodatkowo, co należy również podkreślić w tym miejscu, Odwołujący opierając argumentację na wyjaśnieniach Emkor z dnia 19 stycznia 2024 roku nie kwestionował

w żaden sposób faktu, że załączniki do tego pisma (wszystkie załączniki) zostały objęte tajemnicą przedsiębiorstwa. Izba zwraca uwagę, mając na uwadze całą powyższą argumentację co do rozpoznania zarzutów odwołania w granicach informacji przekazanych Odwołującemu, że w dniu 26 stycznia 2024 roku wykonawca powziął wiadomość o objęciu przez Emkor załączników do pisma tajemnicą przedsiębiorstwa jak również o tym, że Zamawiający uznał zasadność zastrzeżonej tajemnicy przedsiębiorstwa przez Emkor.

Izba podkreśla, że Emkor złożył wyjaśnienia za pismem z 19 stycznia 2024 roku, 30 stycznia 2024 roku oraz za pismem z dnia 7 lutego 2024 roku. Do pism złożone zostały dowody, załączniki objęte tajemnicą przedsiębiorstwa, a pisma z 30 stycznia 2024 roku oraz z dnia 7 lutego 2024 roku zostały objęte w części również tajemnicą przedsiębiorstwa.

W zakresie zarzutów odwołania podniesiona została jedynie argumentacja co do stanowiska Emkor zawartego w piśmie z dnia 19 stycznia 2024 roku. Na podstawie ustalonego stanu faktycznego na dzień wydania wyroku Izba oceniając zasadność zarzutów odwołania nie może pominąć stanowiska Emkor wyrażonego w pozostałych dwóch pismach, bowiem to te dokumenty (całość wyjaśnień Emkor) stanowiły podstawę oceny wykonawcy.

W zakresie odwołania Odwołujący przedstawił obszerny stan faktyczny referujący do treści wezwania z dnia 18 stycznia 2024 roku oraz treści złożonego pisma z dnia 19 stycznia 2024 roku. Izba stwierdza w tym miejscu, że wskazanie Odwołującego w treści odwołania,

że nie jest zadaniem wykonawcy polemika z innymi ofertami czy oszacowaną wartością zamówienia nie jest stwierdzenie do końca zasadnym. Wynika to z tego, że sposób argumentacji wykonawcy w zakresie ceny oferty nie jest w żaden sposób uregulowany,

o czym Izba argumentowała powyżej w przedstawieniu stanu prawnego. To wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień ceny oferty decyduje do jakich informacji będzie się odnosił i w jaki sposób prezentował stanowisko. Wyliczenie Odwołującego o poświęceniu większej ilości miejsca w złożonych wyjaśnieniach polemice z powyżej podanymi zakresami oraz

o wykazaniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa niż zażądanych przez Zamawiającego wyjaśnień w ocenie Izby niczego nie uzasadnia ze strony Odwołującego. Izba podkreśla,

że wykazanie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa (którego w tej sprawie Izba nie poddaje ocenie) stanowi zawsze istotny element stanowiska wykonawcy, w tym przypadku Emkor z uwagi na wagę podawanych danych i przekazywanych Zamawiającemu informacji w zastrzeżonych dokumentach, które mają wartość gospodarczą dla wykonawcy. Tym samym nie dziwi w żaden sposób szerokie uzasadnienie wykazania tajemnicy przedsiębiorstwa zastrzeganych informacji.

Z uzasadnienia zarzutów odwołania podniesieniowych przez Odwołującego wyłania się ogólna teza o lakoniczności przedstawionych wyjaśnień. W ocenie Izby, wyjaśnienia przedstawione przez Emkor wraz z załączonymi dowodami nie są lakoniczne i ogólne oraz odnoszą się w sposób szczegółowy do wezwań Zamawiającego.

W ramach przedstawionego za pismem z dnia 19 stycznia 2024 roku dokumentu Kalkulacja cenowa do której Emkor dołączył celem wykazania prawidłowości dokonanej kalkulacji cenowej faktury i zestawienia (dokumenty objęte tajemnicą przedsiębiorstwa). Kalkulacja zawiera bardzo szczegółowe informacje o poszczególnych wskazanych tam pozycjach jak również w przedstawionych dokumentach, tych załączonych do kalkulacji cenowej jak również w dwóch pozostałych plikach objętych również tajemnicą przedsiębiorstwa zostały ujęte informacje znajdujące odzwierciedlenie w Kalkulacji cenowej. Odwołujący wskazywał

w odwołaniu na brak udokumentowania kosztów realizacji zamówienia do której odnosił się Emkor w piśmie z dnia 19 stycznia br. jednakże pominął Odwołujący, że Emkor podał, że są one *zaktualizowane o obecne koszty składowe niezbędne do wykonania zamówienia*.

W ocenie Izby wskazanie na udokumentowane koszty realizowanego wcześniej zamówienia oraz zaktualizowanie o obecne koszty składowe niezbędne do wykonania zamówienia stanowi w zasadzie o tym, że w wykonawca obliczając cenę oferty posłużył się wiedzą

o udokumentowanych kosztach poniesionych na realizację takiego zamówienia jaką powziął w wyniku realizacji zamówienia i uwzględnił obecnie koszty składowe niezbędne

do wykonania zamówienia. Takie podejście wykonawcy jest jak najbardziej słuszne, bowiem odnosząc się do wiedzy jaką posiada w zakresie kosztów realizacji uwzględnia aktualne koszty świadczenia usługi. Co również udokumentował w złożonych do wyjaśnień dowodach. W ramach realiów rozpoznawanej sprawy Odwołujący nie wyjaśnił, w jaki sposób na wykazanie realności ceny w tym postępowaniu ma wpływ niewykazania kosztów zamówienia, którego realizacja zakończyła się prawie dwa lata temu. Dla Izby w żaden sposób nie jest wiarygodna argumentacja odnosząca się do braku „materiału wyjściowego”, bowiem to cena oferty tego zamówienia jest poddawana wyjaśnieniu, a nie cena zamówienia sprzed trzech lat. Podkreślić należy, że Emkor jednoznacznie wskazał na zaktualizowanie

o obecne koszty składowe dla realizacji zamówieni, co znajduje odzwierciedlenie w załącznikach. Odwołujący wskazywał na możliwe, ewentualne różnice w przedmiotach zamówień, które mogą mieć wpływ na cenę oferty ale nie przedstawił w tym zakresie żadnej argumentacji. Wymaga wskazania, że Emkor użył określenia identycznego zamówienia publicznego – co w ocenie Izby oznacza tożsamość przedmiotową i podmiotową. To natomiast pozwalało na identyfikację zamówienia oraz pozyskanie informacji przez Odwołującego. W ocenie Izby taki skonstruowane wyjaśnienia w piśmie z dnia 19 stycznia br. oraz dowody załączone do pisma nie uniemożliwiają dokonania realności oceny ceny oferty Emkor. Izba za niezasadne uznaje również twierdzenia Odwołującego o tym, że „kalkulacja Odwołującego bardziej odpowiada rzeczywistości już tylko z tego powodu, że jej podstawą są koszty z roku 2023, a nie roku 2021 i pierwszych czterech miesięcy 2022 roku, jak to mam miejsce w przypadku kalkulacji Emkor”. Z pisma z dnia 19 stycznia 2024 roku od Emkor jednoznacznie wynika, że te koszty zostały zaktualizowane o obecne koszty składowe niezbędne do wykonania zamówienia. W ocenie Izby oznacza to tyle, że Odwołujący nie zrozumiał treści wyjaśnień Emkor lub stara się cząstkowe informacje dopasować do tego jakie mają uzasadniać jego stanowisko.

W zakresie dowodów jakie zostały załączone przez Emkor do pisma procesowego (zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego) tj. formularz cenowy Odwołującego się z postępowania 666/P/2022 wraz z wzorem umowy Izba uznała

za bezprzedmiotowy do rozpoznania zarzutów odwołania. Izba stwierdziła, mając na uwadze powyższą argumentację, że dla określenia realności ceny oferty w tym postępowaniu

o udzielenie zamówienia istotne były dane zawarte w dokumentach złożonych wraz

z wyjaśnieniami jakie składał Emkor na wezwania Zamawiającego, a dla oceny tych dokumentów nie miał znaczenia ww. dowód jak również nie wnosił do sprawy, żadnych informacji na temat realności obecnej ceny oferty. Dowód ten dowodzi jedynie tego,

że w tamtym postępowaniu Odwołujący zaoferował wskazane w dowodzie ceny za realizację zamówienia. Jednocześnie brak jest wskazania przez Emkor tezy dowodowej na okoliczność jaką w zakresie podniesionych zarzutów odwołania został przedstawiony ten dowód. Izba stwierdza również, że bezprzedmiotowa dla rozpoznania zarzutów odwołania była argumentacja odnosząca się do realizacji ww. zamówienia oraz cen za jakie usługa była świadczona. Natomiast co do dowodu złożonego przez Zamawiającego w trakcie rozprawy (dowód nr 1) umowa z dnia 13 czerwca 2022 roku Izba uznała dowód za zasadny oraz potwierdzający dodatkowo realność zaoferowanej przez Emkor ceny, bowiem obecnie Odwołujący realizuje usługę noclegu i wyżywienia za kwotę 112,64 zł brutto a usługę transportu za kwotę 28,17 zł brutto. Izba uznaje za niezasadne i niezgodne ze stanem faktycznym stanowisko Odwołującego

co do tego, że Emkor „nie przedstawił ani jednego dowodu” na potwierdzenie kosztów realizacji tego zamówienia. Izba stwierdza, że już przy wyjaśnieniach z dnia 19 stycznia 2024 roku zostały złożone dowody jak również przy piśmie z dnia 30 stycznia jak i 7 lutego br. Izba wskazuje w tym miejscu, że za pismem z dnia 30 stycznia 2024 roku Emkor wyjaśnił i przedstawił dowody wskazujące posiadanie bazy transportowej. Natomiast w Kalkulacji cenowej przedstawionej za pismem z dnia 19 stycznia 2024 roku Emkor odniósł się do ceny transportu pacjentów podając szczegółowe informacje dla tej pozycji oraz wyceniając

tą pozycję, a w załączonych dokumentach zostały ujęte informacje znajdujące odzwierciedlenie w Kalkulacji cenowej.

Izba powyżej szczegółowo odniosła się do argumentacji prezentowanej w ramach odwołania przez Odwołującego. Izba uznała, że argumentacja Odwołującego jest bardzo szczątkowa, a przy tym niezmiernie lakoniczna. W ocenie Izby wyjaśnienia wykonawcy Emkor złożone na wezwania Zamawiającego nie są ani gołostowne, ani lakoniczne, ani ogólnikowe. Treści zawarte w pismach złożonych przez Emkor znajdują swoje uszczegółowienie w załącznikach, dowodach złożonych przy tych pismach, które zostały objęte tajemnicą przedsiębiorstwa. Podkreśla Izba, że Odwołujący nie kwestionował objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa tych dokumentów. Wbrew twierdzeniom Odwołującego wyjaśnienia wykonawcy Emkor opatrzone są dowodami, które potwierdzają realność ceny Emkor. Odwołujący w zasadzie nie przedstawia żadnej argumentacji szczegółowo wyjaśniającej nierealność ceny oferty wykonawcy Emkor. Podkreślić bowiem należy,

że w ramach postępowania odwoławczego Izba ocenia czynność Zamawiającego w kontekście podniesionych zarzutów odwołania i przedstawionego uzasadnienia faktycznego. Odwrócenie ciężaru dowodu nie zwalnia Odwołującego z uzasadnienia i przedstawienia argumentacji jak, będzie podstawą w zakresie oceny czynności Zamawiającego. Odwołujący nie odniósł się do ceny jednostkowej zaoferowanej przez Odwołującego i w żaden sposób nie próbował nawet uzasadnić, że za cenę zaoferowaną przez Emkor nie można zrealizować przedmiotu zamówienia. Odwołujący znał wartości zaoferowane przez Emkor i mógł wykazywać, że cena ta jest nierealna chociażby przez wskazanie elementów ceny jakich nie można oszacować poniżej określonych wartości np.: tych wartości jakie sam przyjął do wyceny oferty albo wartości jakie rynkowo są jednoznaczne. W odwołaniu brak jest takiej argumentacji, a samo odwołanie się do kosztów i składników cenowych własnej oferty z globalnym odniesieniem do wymienionych 21

składników kosztowych stanowi w ocenie Izby jedynie o tym, że tak została skalkulowana oferta Odwołującego. odwołujący w żaden sposób nie wykazał (nie podał) dlaczego kalkulacja cenowa oferty Emkor stanowi „kalkulację stojącą w opozycji do realiów rynkowych”.

W zakresie dowodów jakie zostały załączone przez Emkor do pisma procesowego (zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego) Izba uznała za bezprzedmiotowy do rozpoznania zarzutów odwołania rzuty ekranu ze strony FB Odwołującego. W zakresie zarzutów odwołania oceniana była realność zaoferowanej ceny przez Emkor. Izba uznała również za bezprzedmiotowe dla rozpoznania zarzutów odwołania dowody przedstawione przez Odwołującego tj. cennik na odpady komunalne i segregowane oraz pismo z Solid Security, bowiem te dokumenty zostały przedstawione przez Odwołującego wydaje się jako potwierdzające wzrost cen usług przy czym nie przedstawił Odwołujący jednoznacznej tezy dowodowej na jaką okoliczność przedstawia te dokumenty.

Izba, w podsumowaniu wskazuje, że niezasadne okazały się zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy w zw. z art. 224 ust. 5 i 6 ustawy oraz naruszenia art. 224 ust. 1 ustawy a także podnoszone naruszenia art. 16 pkt 1 i 2 ustawy oraz 17 ust. 2 ustawy przez błędną ocenę wyjaśnień ceny Emkor i w konsekwencji zaniechania odrzucenia oferty tego wykonawcy z uwagi na to, że oferta zawiera cenę rażąco niską. Stwierdzony przez Izbę brak powyższych naruszeń w działaniu Zamawiającego powoduje, że nie sposób również stwierdzić naruszenia zasad Prawa zamówień publicznych w zakresie równego traktowania wykonawców oraz prowadzenia postępowania w sposób konkurencyjny oraz udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z ustawą.

Koszty:

Izba oddaliła odwołanie.

Zamawiający nie złożył wniosku kosztowego.

Zgodnie z art. 557 ustawy z 2019 r., w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557 ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 pkt 2 lit. b oraz § 8 ust. 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), zgodnie z którym w przypadku oddalenia odwołania w całości koszty ponosi Odwołujący.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji wyroku.

Przewodnicząca:
