

WYROK

Warszawa, dnia 14 lutego 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Monika Szymanowska
Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 lutego 2024 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 stycznia 2024 r. przez odwołującego M.G. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą MG PARTNER M.G. w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Miasto Wodzisław Śląski przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego Vital-Med Sp. z o.o. w Przeworsku

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołującego M.G. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą MG PARTNER M.G. w Warszawie i:

2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania kwotę 14 700,00 zł (czternaście tysięcy siedemset złotych) stanowiącą uiszczony wpis od odwołania i uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego,

2.2. zasądza od odwołującego M.G. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą MG PARTNER M.G. w Warszawie na rzecz zamawiającego Miasta Wodzisław Śląski kwotę 3 600,00 zł (trzy tysiące sześćset złotych) tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego.

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:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Miasto Wodzisław Śląski ul. Bogumińska 4, 44-300 Wodzisław Śląski, działający w imieniu i na rzecz Miejskiego Ośrodka Pomocy Społecznej w Wodzisławiu Śląskim, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Świadczenie usług opiekuńczych dla klientów Miejskiego Ośrodka Pomocy Społecznej w Wodzisławiu Śląskim”, podzielone na części, o ogłoszeniu o zamówieniu opublikowanym w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 22 listopada 2023 r., nr: 2023/BZP 00505203, dalej zwane „postępowaniem”.

Postępowanie na usługę, o wartości poniżej kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy z dnia 11 września 2019. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. 2023 r. poz. 1605 ze zm.), dalej zwanej „p.z.p.”, jest prowadzone przez zamawiającego w trybie podstawowym.

W dniu 24 stycznia 2024 r. odwołanie wobec czynności i zaniechań zamawiającego, w części I postępowania, wniósł wykonawca M.G. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą MG PARTNER M.G. ul. Włociańska 15/21, 01-710 Warszawa, dalej zwany „odwołującym”. We wniesionym środku zaskarżenia odwołujący postawił zamawiającemu następujące zarzuty naruszenia (pisownia oryginalna):

1.art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy Vital-Med sp. z o.o., pomimo że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a w konsekwencji Zamawiający błędnie wybrał ofertę podlegającą odrzuceniu jako najkorzystniejszą;

2.art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy Vital-Med sp. z o.o., pomimo że oferta została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, a w konsekwencji Zamawiający błędnie wybrał ofertę podlegającą odrzuceniu jako najkorzystniejszą;

a w konsekwencji naruszenie:

3.art. 239 ust. 1 ustawy PZP w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 7 lub 8 ustawy PZP poprzez dokonanie punktowej oceny oferty Wykonawcy Vital-Med sp. z o.o. i wybór oferty Wykonawcy jako najkorzystniejszej, pomimo że oferta polegała na odrzuceniu.

Wobec powyższego odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie części I postępowania, złożonej przez wykonawcę Vital-Med sp. z o.o. i odrzucenie tej oferty. Wniesiono także o obciążenie zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego oraz

zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania, w tym wpisu w kwocie 7500 zł oraz kosztów zastępstwa prawnego na podstawie faktury przedłożonej na rozprawie. Ponadto, wniesiono o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów: 1) Specyfikacja Warunków Zamówienia; 2) oferta wykonawcy Vital-Med Sp. z o.o. 3) wezwanie zamawiającego z dnia 14 grudnia 2023 r. w zakresie wyliczenia ceny; 4) odtajnione wyjaśnienia z dnia 18 grudnia 2023 r. złożone przez Vital-Med Sp. z o.o. w zakresie wyliczenia ceny; 5) informacja zamawiającego z dnia 19 stycznia 2024 r. o ponownym wyborze oferty najkorzystniejszej; 6) dokumenty powołane w treści uzasadnienia odwołania; wszystkie - na wykazanie okoliczności podniesionych w treści odwołania.

W uzasadnieniu środka zaskarżenia odwołujący wskazał co następuje. Zamawiający działając na podstawie art. 224 ust. 1 p.z.p., pismem z dnia 14 grudnia 2023 r., wezwał wykonawcę Vital-Med Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny oferty, bowiem zaoferowana cena lub jej 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. Wykonawca pismem z dnia 18 grudnia 2023 r. przedstawił wyjaśnienia w zakresie wyliczenia ceny, a jednocześnie zastrzegł, że część informacji zawartych w piśmie stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa. Zamawiający zaakceptował przedstawione wyjaśnienia w zakresie wyliczenia ceny, po czym w dniu 20 grudnia 2023 r. poinformował o wyborze najkorzystniejszej oferty w zakresie części I zamówienia złożonej przez Vital-Med Sp. z o.o. Odwołujący wniósł odwołanie na zaniechanie czynności odtajnienia wyjaśnień przez zamawiającego. Krajowa Izba Odwoławcza wyrokiem z dnia 15 stycznia 2024 r. w sprawie o sygn. akt KIO 3912/23 nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz odtajnienie pisma z dnia 18 grudnia 2023 r. złożonego przez wykonawcę Vital-Med Sp. z o.o. zawierającego wyjaśnienia w zakresie ceny oferty. Zamawiający w ślad za powołanym wyrokiem odtajnił wyjaśnienia wykonawcy, po czym w dniu 19 stycznia 2024 r. ponownie wybrał jako najkorzystniejszą ofertę złożoną przez wykonawcę Vital-Med Sp. z o.o. w zakresie części I zamówienia. Z tym rozstrzygnięciem i przeprowadzonym przez zamawiającego badaniem oferty najkorzystniejszej - nie sposób się zgodzić. Zamawiający dopuścił się oczywistego i rażącego naruszenia przepisów ustawy p.z.p. oraz zasad udzielania zamówień publicznych, w tym zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.

W zakresie zarzutu nr 1 odwołujący argumentował, że w rozdziale II pkt 1 SWZ zamawiający wskazał, że przedmiotem zamówienia dla części 1 zamówienia jest świadczenie usług opiekuńczych i specjalistycznych usług opiekuńczych dla klientów Miejskiego Ośrodka Pomocy Społecznej w Wodzisławiu Śląskim. Usługi opiekuńcze i specjalistyczne usługi opiekuńcze świadczone w oparciu o przepisy ustawy z dnia 12 marca 2004 roku o pomocy społecznej (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 901ze zm.) oraz realizowane są u osób, które z powodu wieku, choroby lub innych przyczyn wymagają pomocy osób innych. Zamawiający wskazał, że łączna liczba godzin w okresie obowiązywania umowy wynoszącym 12 miesięcy wynosi: 1) 21 600 godzin usług opiekuńczych, 2) 144 godzin specjalistycznych usług opiekuńczych, toteż w oparciu o wskazany wymiar godzinowy wykonawcy winni wyliczyć cenę ofertową.

Odnosnie dalszych wymogów dotyczących świadczenia usług opiekuńczych zamawiający wskazał, że usługi będą świadczone osobom wskazanym przez Ośrodek na terenie miasta Wodzisław Śląski w miejscu ich zamieszkania, przez 7 dni w tygodniu, w tym także w dni ustawowo wolne od pracy.

Znamiennym jest, że zamówienie będzie realizowane w okresie od dnia 1 lutego 2024 r. do dnia 31 stycznia 2025 r., toteż ofertowana stawka winna uwzględniać uwarunkowania prawne związane z kosztami prowadzenia działalności gospodarczej i zatrudniania pracowników, które będą obowiązywać w okresie świadczenia usługi. Mając na względzie termin składania ofert, który upłynął w dniu 1 grudnia 2023 r. składana oferta winna uwzględniać, że od dnia 1 stycznia 2024 r., a następnie od dnia 1 lipca 2024 r. nastąpi zmiana wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz zmiana wysokości minimalnej stawki godzinowej stosownie do zapisów rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 14 września 2023 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2024 r. (Dz. U. z 2023 r., poz. 1893). Ponadto winna zakładać zmianę przedmiotowych stawek z dniem 1 stycznia 2025 r. Zmiany przedmiotowych wartości w zakresie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz umowy zlecenia bezpośrednio przekładają się na koszty wykonania zamówienia na podstawie umowy przez wykonawcę, mianowicie spowodują rzeczywisty wzrost ponoszonych przez wykonawcę wydatków na wynagrodzenia personelu (pracowników) oraz składki na ubezpieczenia społeczne i zdrowotne.

Jednocześnie zamawiający, w szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia, stanowiącym załącznik do SWZ, określił wszelkie wymagania jakościowe jakim winny odpowiadać świadczone usługi, zaś w projektowanych postanowieniach umowy, określił wszelkie obowiązki wykonawcy związane z realizacją zamówienia. Zamawiający w rozdziale IX SWZ wskazał, że jednym z kryteriów oceny ofert jest cena, zaś waga kryterium została ustalona na wartość 60%. Ponadto w pkt 4 w rozdziale VIII SWZ wskazano: Cena powinna zawierać wszystkie koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia w sposób zgodny z SWZ. Znamiennym jest, że oferowana cena oraz jej części

składowe, w tym stawki jednostkowe za godzinę świadczenia usług, musi zapewnić realizację usług zgodnie z wymogami zamawiającego oraz pozwalać wykonawcy na osiągnięcie rentowności z realizacji usług.

Wykonawca Vital-Med Sp. z o.o. złożył ofertę na realizację części I zamówienia wg wzoru formularza ofertowego stanowiącego załącznik do SWZ. Wykonawca w pkt 1 formularza ofertowego wskazał, że oferuje cenę całkowitą 748 944,00 zł oraz wskazał: a) stawkę jednostkową za godzinę świadczenia usług opiekuńczych 34,44 zł, których łączny wymiar wynosi 21 600 godzin; b) stawkę jednostkową za godzinę świadczenia specjalistycznych usług opiekuńczych 35,00, których łączny wymiar wynosi 144 godziny.

Zamawiający, mając na względzie zaoferowane stawki godzinowe za poszczególne rodzaje usług oraz cenę całkowitą oferty, działając na podstawie art. 224 ust. 1 p.z.p., pismem z dnia 14 grudnia 2023 r. wezwał wykonawcę do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny. W odpowiedzi na wezwanie z dnia 14 grudnia 2023 r., Vital-Med Sp. z o.o. przedłożył pismo z wyjaśnieniami z dnia 18 grudnia 2023 r.

W ocenie odwołującego wyjaśnienia oraz sporządzona kalkulacja obarczone są istotną wadą, polegającą na braku wyjaśnienia ceny całkowitej oferty. Znamionym jest, że na przedmiot zamówienia składa się 21 600 godzin zwykłych usług opiekuńczych oraz 144 godzin specjalistycznych usług opiekuńczych. Wykonawca w formularzu ofertowym zaoferował cenę całkowitą za wykonanie przedmiotu zamówienia wynoszącą 748 944 zł, która to cena zgodnie z ofertą uwzględnia 21 600 godzin zwykłych usług opiekuńczych oraz 144 godzin specjalistycznych usług opiekuńczych. Jednocześnie wykonawca zaoferował stawki jednostkowe za poszczególne rodzaje usług: – 34,44 zł za jedną godzinę świadczenia zwykłych usług opiekuńczych; – 35 zł za jedną godzinę świadczenia specjalistycznych usług opiekuńczych. Wyjaśnienia wykonawcy Vital-Med Sp. z o.o. oraz sporządzona kalkulacja winny uwzględniać dwa rodzaje usług opiekuńczych, ich wymiar godzinowy oraz wpływ obu rodzajów usług na cenę całkowitą.

Zamawiający wezwaniem z dnia 14 grudnia 2023 r. wezwał do wyjaśnienia ceny za realizację I części zamówienia, która obejmuje świadczenie zwykłych usług opiekuńczych i specjalistycznych usług opiekuńczych. Zamawiający podkreślił, że wyjaśnieniu podlegają istotne części składowe ceny, tj. stawki za poszczególne rodzaje usług. Natomiast wykonawca Vital-Med Sp. z o.o. oparł wyjaśnienia i kalkulację z dnia 18 grudnia 2023 r. na fundamentalnym błędzie polegającym na nieuwzględnieniu w obliczeniach istotnej części przedmiotu zamówienia polegającej na realizacji 144 godzin specjalistycznych usług opiekuńczych. Wszelkie wyjaśnienia i obliczenia przedstawione przez wykonawcę opierają się wyłącznie na liczbie godzin w wymiarze 21 600. Potwierdzeniem powyższego jest już pierwsza część wyjaśnień, w których Vital-Med Sp. z o.o. odnosi się do kosztów osobowych kadry. Wykonawca wyraźnie wskazuje, że „Przewidziano łącznie 21 600 godzin świadczenia usług, czyli na m-c średnio 1800 h.”, po czym przenosi tę wartość godzinową do obliczeń za poszczególne okresy realizacji przedmiotu zamówienia, a następnie dochodzi do konkluzji, że koszty osobowe wyniosą łącznie 726 624 zł przy założeniu 21 600 godzin. Następnie w podsumowaniu kalkulacji (str. 4 pisma) wskazuje: „Reasumując więc na koszty wykonania zamówienia składają się następujące koszty: 726 624,00 zł – koszt wynagrodzenia wraz ze składkami za 21 600 godzin świadczenia usług 6974,04 zł - koszt wynajmu biura, 1990,00 zł - łączny koszt zakupu środków ochronnych. Łącznie koszty: 735 588,04 zł; zysk: 743 904,00 zł - 735 588,04 zł = 8 315,96 zł”. Co zdaniem odwołującego jednoznacznie potwierdza, że w przedstawionej kalkulacji Vital-Med Sp. z o.o. uwzględnił koszty osobowe wynagrodzeń pracowników wyłącznie za wykonanie 21 600 godzin usług opiekuńczych, nie uwzględniając przy tym 144 godzin specjalistycznych usług opiekuńczych.

Dalej odwołujący wskazał, że zgodnie ze szczegółowym opisem przedmiotu zamówienia wykonawca zobowiązany jest do zapewnienia koordynatora usług do kontaktów z zamawiającym jak również do bezpośredniego osobistego kontaktu z klientami MOPS, w stacjonarnym punkcie obsługi na terenie Miasta Wodzisławia Śląskiego, dla osób/rodzin, u których świadczone są usługi. Ponadto zamawiający wymaga, aby wykonawca gwarantował stały, całodobowy kontakt telefoniczny z osobą pełniącą funkcję koordynatora upoważnionego do podejmowania decyzji, a jeżeli zajdzie taka potrzeba – wykonawca zapewni bezpośredni kontakt osobisty w czasie nie dłuższym niż dwie godziny od wezwania telefonicznego lub e-mailowego.

Wykonawca Vital-Med Sp. z o.o. wskazał, że na potrzeby realizacji zamówienia dysponuje koordynatorem w osobie pani I.K., a jednocześnie oświadczył, że wskazana osoba jest zatrudniona na podstawie umowy o pracę i otrzymuje minimalne wynagrodzenie za pracę, tj. wynagrodzenie analogicznie jak opiekunki, których pracę nadzoruje. Mając na względzie wskazany powyżej szeroki zakres obowiązków koordynatora i wymagane kwalifikacje niewątpliwym jest, że przyjęty przez Wykonawcę poziom wynagrodzenia koordynatora jest nierynkowy, a przez to nierealny i stanowi jedynie działanie mające na celu obniżenie ceny ofertowej, co stanowi przejaw czynu nieuczciwej konkurencji. Podkreślenia wymaga, że koordynator jest specjalistą, który nadzoruje i koordynuje jednocześnie pracę kilkudziesięciu opiekunek, ponadto musi pozostawać w ciągłej gotowości, bowiem odpowiada za ciągły i codzienny kontakt z ośrodkiem (w tym jak wynika z SWZ również w dni ustawowo wolne od pracy), co niewątpliwie generuje również konieczność poniesienia kosztu wynagrodzenia za pracę w godzinach nadliczbowych i w święta, który to koszt nie został

uwzględniony w kalkulacji.

W opinii odwołującego koszt zatrudnienia koordynatora w ogóle nie został uwzględniony w koszcie realizacji zamówienia przedstawionym przez Vital-Med Sp. z o.o. Wykonawca w piśmie z dnia 18 grudnia 2023 r. wskazał: „Wyjaśnić w tym miejscu należy, iż koszt zatrudnienia Pani I.K. jest stałym kosztem prowadzenia przedsiębiorstwa. Osoba ta nie została zatrudniona i nie jest dedykowana tylko i wyłącznie do realizacji przedmiotowego zadania, a w ramach wykonywania obowiązków na rzecz Pracodawcy, zarówno obecnie, jak i w przyszłości będzie wykonywać także inne obowiązki, w tym między innymi zajmuje się koordynacją usług w ramach umów: Żorach, Mikołowie, Czeladzi, Wodzisławiu Śląskim, Radzionkowie, Piekarach Śląskich, Pszowie, Markłowicach, Radlinie. Wobec powyższego powstaje pytanie, mianowicie z jakich środków, czy z której umowy finansowane jest wynagrodzenie koordynatora. Wykonawca wskazuje, że wszelkie koszty jakie Wykonawca musi ponosić i już ponosi (w tym koszty pracownicze osoby wskazanej na koordynatora, czy koszty obsługi kadrowo-księgowej) Wykonawcy pozostają w pełni pokryte z dotychczas prowadzonej działalności, tj. nawet bez pozyskania przedmiotowego zamówienia. Wykonawca tym samym przedstawia oświadczenie doradcy podatkowego prowadzącego księgi rachunkowe VITAL-MED sp. z o.o., z którego wynika, iż dochód spółki za miesiące styczeń - listopad 2023 r. wynosi 3 635 621,05 zł.”.

Praktyka finansowania kosztów niezbędnych do poniesienia w ramach realizacji przedmiotu zamówienia, w tym przypadku kosztu zatrudnienia koordynatora, z innej działalności operacyjnej danego wykonawcy, stanowi przejaw czynu nieuczciwej w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, bowiem prowadzi do stosowania cen poniżej kosztów wytworzenia usługi i utrudniania dostępu do rynku lokalnego innym przedsiębiorcom. Jednocześnie prowadzi to do konkluzji, że zaoferowana cena jest rażąco niska, bowiem nie pozwala na pokrycie kosztów realizacji danego zamówienia. Ponadto, przytoczone powyżej wyjaśnienia wykonawcy Vital-Med Sp. z o.o. dodatkowo potwierdzają, że zatrudnienie osoby mającej koordynować pracę opiekunek nie tylko w ramach Miejskiego Ośrodka Pomocy Społecznej w Wodzisławiu Śląskim, ale równocześnie w kilku innych ośrodkach na podstawie jednej umowy o pracę na podstawie minimalnego wynagrodzenia za pracę – jest nierealne. Mając na względzie zakres obowiązków koordynatora wynikający z niniejszego postępowania a także z postępowań prowadzonych przez powołane przez wykonawcę ośrodki, w tym pozostawanie w ciągłej gotowości i obowiązek niezwłocznego osobistego stawienia się w siedzibie danego ośrodka – za niewykonalne należy uznać realizowanie analogicznego zakresu obowiązków jednocześnie na rzecz kilku ośrodków. Pełnienie funkcji koordynatora usług opiekuńczych jest zajęciem stałym w ramach danego ośrodka i wymaga pełnego zaangażowania i nie jest zajęciem niejako „przy okazji” wykonywania innych czynności.

Odwołujący dodał, że wyjaśnienia wykonawcy Vital-Med Sp. z o.o., dotyczące realizacji i koordynacji usług opiekuńczych w innych ośrodkach, w których poświadczą nieprawdę i wprowadza zamawiającego w błąd. Wykonawca wyjaśnia, że pani I.K. „zajmuje się koordynacją usług w ramach umów: Żorach, Mikołowie, Czeladzi, Wodzisławiu Śląskim, Radzionkowie, Piekarach Śląskich, Pszowie, Markłowicach, Radlinie (wszystkie ww. umowy zostały zawarte przed terminem składania ofert, a jednocześnie obejmują okres do końca roku 2024)”.

Odnosząc się do powyższego odwołujący podkreślił, że Vital-Med Sp. z o.o.:

- nie zawarł umowy i nie realizuje zamówienia obejmującego świadczenie usług opiekuńczych na rzecz Miejskiego Ośrodka Pomocy Społecznej w Czeladzi w 2024 r. dowód: informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 15 grudnia 2023 r. z Miejskiego Ośrodka Pomocy Społecznej w Czeladzi,
- nie zawarł umowy i nie realizuje zamówienia obejmującego świadczenie usług opiekuńczych na rzecz Miejskiego Ośrodka Pomocy Społecznej w Piekarach Śląskich w 2024 r., dowód: informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 20 grudnia 2023 r. z Miejskiego Ośrodka Pomocy Społecznej w Piekarach Śląskich,
- nie zawarł umowy i nie realizuje zamówienia obejmującego świadczenie usług opiekuńczych na rzecz Miejskiego Ośrodka Pomocy Społecznej w Wodzisławiu Śląskim w 2024 r. (niniejsze postępowanie zostało objęte odwołaniem, co uniemożliwia podpisanie umowy),
- pani I.K. nie jest koordynatorem usług opiekuńczych w ramach umowy realizowanej przez Vital-Med Sp. z o.o. na rzecz Miejskiego Ośrodka Pomocy Społecznej w Mikołowie, bowiem jak wynika z pisma z dnia 22 stycznia 2024 r. otrzymanego z wskazanego Ośrodka koordynatorem usług jest pani E.M., dowód: pismo z dnia 22 stycznia 2024 r. znak SPP.0143.5.2024.AE z Miejskiego Ośrodka Pomocy Społecznej w Mikołowie.

Powyższe jednoznacznie dowodzi, że wyjaśnienia złożone przez Vital-Med Sp. z o.o. w zakresie ceny ofertowej są niewiarygodne. Tworzą one fałszywy i niemający oparcia w faktach obraz rzeczywistości, mający skłonić zamawiającego do uznania, że zaoferowana cena jest ceną realną.

W dalszej kolejności, na potwierdzenie nierealności kosztu i zakresu zaangażowania koordynatora według odwołującego należy również zauważyć, że pani I.K. została wskazana przez Vital-Med Sp. z o.o. jako osoba, która będzie pełniła funkcję koordynatora w 2024 r. w ramach zamówienia na rzecz Ośrodka Pomocy Społecznej w Raciborzu znak: DAR 2211.6.2023 pn. Świadczenie usług opiekuńczych, specjalistycznych usług opiekuńczych na terenie miasta

Raciborza i w ramach zamówienia na rzecz Ośrodka Pomocy Społecznej w Jastrzębiu Zdroju znak: AG.260.4.2023 pn. Świadczenie podstawowych usług opiekuńczych na terenie miasta Jastrzębia-Zdroju, w których to postępowaniach w SWZ przewidziano wymóg niezwłocznego stawiennictwa koordynatora w siedzibie ośrodka na wezwanie zamawiającego. Ponadto w opisie przedmiotu zamówienia powołanego powyżej postępowania prowadzonego przez Ośrodek Pomocy Społecznej w Raciborzu wskazano, że koordynator musi być obecny na terenie miasta Raciborza (nie dopuszcza się koordynowania na odległość na telefon) i wymóg posiadania na terenie miasta Raciborza stacjonarnego punktu dla obsługi pracowników socjalnych, dla osób/rodzin, w celu bezpośredniego kontaktu z koordynatorem w godzinach pracy ośrodka. (tak SWZ i opis przedmiotu zamówienia z powołanych postępowań).

Powyższe w ocenie odwołującego jednoznacznie dowodzi, że wyjaśnienia wykonawcy zawarte w piśmie z dnia 18 grudnia 2023 r. jakoby koordynator w osobie pani I.K. miał jednocześnie koordynować z biura wykonawcy w Wodzisławiu Śląskim również inne umowy - są nierealne i niewiarygodne. Tym samym zakres zaangażowania wskazanego koordynatora w wykonywanie czynności koordynacji usług na podstawie innych umów, z uwagi na obowiązek osobistego stawiennictwa - uniemożliwia należyłą realizację niniejszego zamówienia na rzecz zamawiającego.

W zakresie kosztów lokalu - wykonawca Vital-Med Sp. z o.o. w wyjaśnieniach i kalkulacji z dnia 18 grudnia 2023 r. wskazał, że na potrzeby realizacji przedmiotu zamówienia dysponuje lokalem na terenie miasta Wodzisław Śląski, którego koszt wynajmu biura na okres jednego miesiąca to 581,17 zł, na cały okres realizacji kontraktu koszt wynajmu wynosi 6 974,04 zł. Wykonawca przedłożył umowę najmu lokalu użytkowego zawartą w dniu 1 stycznia 2023 r. z Invest Group Polska Sp. z o.o. Z § 3 ust. 1 umowy wynika, że miesięczna stawka czynszu wynosi 472,50 zł netto, która to stawka w wartości brutto wynosi 581,17 zł (miesięczna wartość wskazana w wyjaśnieniach). Stawka czynszu stosownie do § 3 ust. 1 umowy podlega automatycznej waloryzacji począwszy od 2024 r. o średnioroczny wskaźnik wzrostu cen za rok poprzedni. Zgodnie z komunikatem Prezesa GUS z dnia 15 stycznia 2024 r. w sprawie średniorocznego wskaźnika cen towarów i usług konsumpcyjnych ogółem w 2023 r. - wzrost cen wyniósł 11,4 %. Zatem miesięczna zwaloryzowana stawka czynszu, która stosownie do przedłożonej umowy winna zostać przyjęta w kalkulacji Wykonawcy na 2024 r. wynosi 647,42 zł brutto, zaś całkowity koszt czynszu najmu przez okres 12 miesięcy wynosi 7 769,04 zł brutto, a kalkulacja oparta jest na nieaktualnych i zaniżonych kwotach.

Co również istotne, wykonawca Vital-Med Sp. z o.o. na potrzeby kalkulacji i wykazania pozycji całkowitego kosztu lokalu przyjął wyłącznie koszt czynszu jaki zobligowany będzie płacić za wskazany lokal, zaś nie uwzględnił opłat eksploatacyjnych za lokal. Jak wynika z § 3 ust. 3 przedstawionej umowy Wykonawca oprócz czynszu zobligowany jest pokrywać opłaty eksploatacyjne w postaci: opłaty za energię elektryczną, opłaty za wodę, opłaty za centralne ogrzewanie, opłaty za wywóz nieczystości stałych, podatek od nieruchomości 2,00 zł za 1m². Stosownie do § 3 ust. 4 umowy opłaty eksploatacyjne pobierane są na podstawie cen dostawców i rozliczane proporcjonalnie do zajmowanej powierzchni. Mając na względzie aktualne ceny za poszczególne rodzaje mediów niewątpliwym jest, że udział wymienionych opłat w całkowitym koszcie utrzymania lokalu użytkowego jest znaczny. Tym samym wskazanie przez wykonawcę w kalkulacji, że koszt wynajmu biura zawiera się w łącznej kwocie 6974,04 zł (odpowiadającej wyłącznie wartości 12-miesięcznego czynszu) przy braku uwzględnienia opłat eksploatacyjnych – czyni kalkulację niekompletną, a przez to wadliwą. Reasumując, kalkulacja Wykonawcy w zakresie kosztu najmu lokalu oparta jest na nieaktualnych i zaniżonych kwotach, a ponadto nie uwzględnia wszystkich kosztów i opłat, które obciążają wykonawcę.

W dalszej kolejności odwołujący podkreślił, że wykonawca Vital-Med Sp. z o.o. nie uwzględnił w kalkulacji kosztów przejazdów, telefonu dla koordynatora, internetu i komputera. Koordynator skierowany do realizacji zamówienia musi sprawnie poruszać się po obszarze objętym przedmiotem zamówienia w celu dostania się do podopiecznych, a także aby skontrolować pracę opiekunów. Ponadto koordynator każdorazowo zobligowany jest do stawiennictwa w siedzibie zamawiającego w celu dostarczenia i odebrania dokumentów. Miasto Wodzisław Śląski stanowi rozległy obszar, toteż nie można założyć, że koordynator będzie poruszał się pieszo. Tym samym wykonawca w złożonej kalkulacji nie uwzględnił kosztów transportu koordynatora. Nie uwzględniono również kosztu zakupu telefonu i abonamentu telefonicznego dla koordynatora (ewentualny koszt telefonu stacjonarnego nie został ujęty także w kosztach najmu lokalu), który musi być w stałym kontakcie telefonicznym z zamawiającym, opiekunami i podopiecznymi, oraz w kontakcie mailowym z zamawiającym. Dodatkowo comiesięczne rozliczenia usług prowadzone są w formie elektronicznej, do których wymagane jest posiadanie komputera.

Mając na względzie przytoczone powyżej argumenty odnoszące się do poszczególnych elementów i składników kalkulacji ceny w opinii odwołującego niewątpliwym jest, że przedstawiona przez wykonawcę Vital-Med Sp. z o.o. kalkulacja opiera się na nierealnych i nierynkowych założeniach, które mają jedynie stworzyć fałszywy obraz rentowności zaoferowanej ceny. Przedstawione wyjaśnienia i kalkulacja są wadliwe, a tym samym potencjalny zysk wyliczony przez wykonawcę w oparciu o błędne założenia na kwotę 8 315,96 zł jako nierealny - czyni cenę ofertową ceną rażąco niską.

Odwołujący podkreślił także, iż zamawiający pismem z dnia 14 grudnia 2023 r. wezwał wykonawcę zarówno do

złożenia wyjaśnień jak i przedłożenia dowodów dotyczących wyliczenia ceny lub kosztów w szczególności z zakresu zarządzania procesem świadczonych usług, wyjątkowo korzystnych warunków usług, oryginalności dostaw i usług oferowanych przez wykonawcę, 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 lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie; zgodności z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej; zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie, zgodności z przepisami dotyczącymi z zakresu ochrony środowiska oraz wypełniania obowiązków związanych z powierzeniem wykonania części zamówienia podwykonawcy.

Wykonawca nie przedłożył wszystkich wymaganych dowodów na poparcie wyjaśnień i kosztów przyjętych przez wykonawcę w kalkulacji, co czyni wyjaśnienia niekompletnymi, a przez to wadliwymi. Na powyższe zwróciła uwagę Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 28 lutego 2023 r. sygn. KIO 414/23, jak również w wyroku z dnia 30 grudnia 2021 r. sygn. KIO 3639/21.

W zakresie zarzutu nr 2 odwołujący podniósł, że przedmiot zamówienia obejmuje realizację 21 600 godzin usług opiekuńczych oraz 144 godzin specjalistycznych usług opiekuńczych. Wykonawca Vital-Med Sp. z o.o., mając na względzie wskazaną powyżej dysproporcję w wymiarze godzinowym dwóch rodzajów usług oraz konstrukcję cenowego kryterium oceny ofert, złożył ofertę w toku przedmiotowego postępowania, w której zaoferował 34,44 zł za jedną godzinę świadczenia zwykłych usług opiekuńczych i 35 zł za jedną godzinę świadczenia specjalistycznych usług opiekuńczych. Zdaniem odwołującego stanowi to przejaw nieuczciwego wpływu na wynik postępowania i sprzeczną z dobrymi obyczajami próbę manipulowania cenami jednostkowymi oferty w celu polepszenia swojej sytuacji i uzyskania dodatkowej punktacji, co stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2022 r., poz. 1233) dalej zwanej „z.n.k.”, a w konsekwencji podstawę odrzucenia oferty z art. 226 ust. 1 pkt 7 p.z.p.

Odwołujący przywołał wyroki Izby z dnia 28 marca 2017 r. sygn. akt KIO 473/17 i z dnia 22 października 2014 r. sygn. akt KIO 2046/14 i wskazał, że mając na względzie zakres przedmiotu zamówienia, tj. znacznie mniejszy zakres godzinowy specjalistycznych usług opiekuńczych względem zwykłych usług opiekuńczych, opisane powyżej działanie wykonawcy pozwala na uzyskanie większej liczby punktów w ramach kryterium cenowego, a w dalszej kolejności skompensowanie straty z nierentownego zakresu przedmiotu zamówienia.

W szczególności, że specjalistyczne usługi opiekuńcze, w odróżnieniu od zwykłych usług opiekuńczych mogą być świadczone wyłącznie przez osoby posiadające wysokie kwalifikacje zawodowe określone w § 3 rozporządzenia Ministra Polityki Społecznej z dnia 22 września 2005 r. w sprawie specjalistycznych usług opiekuńczych (Dz. U. z 2005 r. nr 189 poz. 1598) - co niewątpliwie na fundamentalne znacznie, w zakresie kosztu zatrudnienia tych osób. Tym samym przyjęcie stawki godzinowej za realizację specjalistycznych usług opiekuńczych na poziomie zaledwie 56 gr potwierdza, iż istotny składnik ceny ofertowej jest rażąco niski w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Ponadto, w kontekście czynu nieuczciwej konkurencji według odwołującego należy również zwrócić uwagę na praktykę stosowaną przez wykonawcę Vital-Med Sp. z o.o., poruszoną w uzasadnieniu zarzutu nr 1, polegającą na nieuwzględnianiu określonych kosztów realizacji zamówienia w zaoferowanej cenie ofertowej. Wykonawca w piśmie z dnia 18 grudnia 2023 r. wskazał: wszelkie koszty jakie musi ponosić i już ponosi (w tym koszty pracownicze osoby wskazanej na koordynatora czy koszty obsługi kadrowo-księgowej) wykonawcy pozostają w pełni pokryte z dotychczas prowadzonej działalności, tj. nawet bez pozyskania przedmiotowego zamówienia.

Wykonawca Vital-Med Sp. z o.o. tym samym przedstawia oświadczenie doradcy podatkowego prowadzącego jego księgi rachunkowe, z którego wynika, iż dochód spółki za miesiące styczeń - listopad 2023 r. wynosi 3 635 621,05 zł, a także: Analogicznie koszty takie jak, np. obsługa księgowa czy kadrowa, także stanowią koszt stały pracodawcy i są w pełni pokryte, a wykonawca nie ma obowiązku kalkulować ich drugi (czy kolejny raz) w ramach każdego kolejnego pozyskanego kontraktu, dlatego też jest w stanie zaoferować korzystniejszą cenę. Praktyka finansowania kosztów niezbędnych do poniesienia w ramach realizacji przedmiotu zamówienia, w tym przypadku kosztu zatrudnienia koordynatora, kosztu obsługi księgowej, kosztu lokalu, z innej działalności operacyjnej danego wykonawcy, stanowi przejaw czynu nieuczciwej konkurencji - z art. 15 ust. 1 pkt 1 z.n.k.

Reasumując, mając na względzie stawkę zaoferowaną przez wykonawcę Vital-Med Sp. z o.o., zakres przedmiotu zamówienia, a także obowiązujące przepisy prawa i koszty realizacji zamówienia, zdaniem odwołującego należy uznać, że zaoferowana przez wykonawcę cena jest ceną rażąco niską. Realizacja usług opiekuńczych według stawek godzinowych zaoferowanych przez Vital-Med Sp. z o.o., przy uwzględnieniu wymagań i standardów jakościowych wskazanych w OPZ, w tym obowiązku dysponowania biurem w miejscu świadczenia usług opiekuńczych oraz skierowania stałego koordynatora do nadzorowania realizacji usług opiekuńczych, w żadnej mierze nie pozwala na

osiągnięcie rentowności realizowanej usługi oraz zysku w realizacji przedmiotu zamówienia. Złożone przez wykonawcę Vital-Med Sp. z o.o. wyjaśnienia nie uzasadniają podanej w ofercie ceny, toteż tę ofertę należy odrzucić jako zawierającą cenę rażąco niską, a jednocześnie potwierdzają, że oferta została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, więc także zachodzi podstawa odrzucenia tej oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7 p.z.p.

Działając w imieniu i na rzecz zamawiającego odpowiedź na odwołanie w formie pisemnej wniósł pełnomocnik strony wskazując, iż zamawiający wnosi o jego oddalenie w całości, zgodnie z uzasadnieniem wskazanym w jego piśmie procesowym z dnia 8 lutego 2024 r., a także o zasądzenie od odwołującego na rzecz zamawiającego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego w postaci wynagrodzenia pełnomocnika, w oparciu o fakturę VAT złożoną na rozprawie.

Wobec spełnienia wymagań art. 525 ust. 1-3 p.z.p. Izba dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawcę Vital-Med Sp. z o.o. ul. Niepodległości 59, 37-200 Przeworsk (dalej zwanego „przystępującym”), który zgłosił przystąpienie po stronie zamawiającego. Przystępujący przedstawił swoje stanowisko procesowe w formie pisemnej – pismo z dnia 7 lutego 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, po zapoznaniu się ze stanowiskami przedstawionymi w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, stanowiskiem przystępującego, konfrontując je z zebrany w sprawie materiałem procesowym, w tym z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz po wysłuchaniu oświadczeń i stanowisk złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy – ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający stwierdził, że odwołanie dotyczy materii określonej w art. 513 p.z.p. i podlega rozpoznaniu zgodnie z art. 517 p.z.p., zaś odwołujący wykazał, że posiada legitymację materialną do wniesienia środka zaskarżenia zgodnie z przesłankami art. 505 ust. 1 p.z.p. Izba stwierdziła również, że nie została wypełniona żadna z przesłanek określonych w art. 528 p.z.p., których stwierdzenie skutkowałoby odrzuceniem odwołania i odstąpieniem od badania meritum sprawy.

Dalej Izba ustaliła, że stan faktyczny nie był między stronami sporny i został w sposób prawidłowy, mający odzwierciedlenie w materiale procesowym, przedstawiony przez odwołującego. Strony różniły się natomiast oceną prawną zaistniałych okoliczności faktycznych sprowadzając oś sporu do weryfikacji prawidłowości badania i oceny oferty przystępującego dokonanej przez zamawiającego, w wyniku której oferta ta została wybrana jako najkorzystniejsza w części I postępowania, kiedy w ocenie odwołującego zamawiający powinien odrzucić ofertę przystępującego jako: 1. zawierającą rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia (art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 p.z.p.), 2. złożoną w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji (art. 226 ust. 1 pkt 7 p.z.p.), co w konsekwencji doprowadziło do naruszenia przez zamawiającego 3. art. 239 ust. 1 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 7 lub 8 p.z.p.

Skład rozpoznający spór dokonał oceny stanu faktycznego ustalonego w sprawie mając na uwadze art. 554 ust. 1 pkt 1 p.z.p., który stanowi, że Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Uwzględniając zgromadzony materiał procesowy przedłożony przez strony, po dokonaniu ustaleń na podstawie dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w szczególności w oparciu o postanowienia ogłoszenia o zamówieniu, SWZ, korespondencję prowadzoną w toku postępowania, dowody złożone przez strony i uczestnika postępowania odwoławczego, mając na względzie zakres sprawy zakreślony przez okoliczności podniesione w odwołaniu, Izba stwierdziła, że sformułowane przez odwołującego zarzuty nie zasługują na uwzględnienie, więc rozpoznawane odwołanie zostało oddalone. W ocenie składu orzekającego wybór oferty przystępującego jako oferty najkorzystniejszej został dokonany przez zamawiającego w sposób prawidłowy.

Odnosząc się do zarzutu nr 1 z *petitum* odwołania – zaniechania odrzucenia oferty przystępującego, pomimo że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia – Izba wskazuje jak niżej.

O ile na wykonawcy wezwanym do złożenia wyjaśnień sposobu wyliczenia ceny spoczywa ciężar wykazania, że jego cena nie jest rażąco niska – czemu w ustalonym stanie rzeczy sprostano poprzez złożenie wyjaśnień z dowodami – to jednocześnie nie zwalnia to odwołującego z wykazania zasadności stawianych przez niego zarzutów (art. 516 ust. 1 pkt 7 i 10 p.z.p.). Aby bowiem skutecznie podważyć ocenę zamawiającego i wykazać naruszenie prawa, należałoby wskazać na błąd, jaki popełniła jednostka zamawiającego oceniając kalkulację przystępującego. Błąd ten musiałby być zauważalny, czyli możliwy do wyjaśnienia przez przyzmat zasad racjonalnej oceny, wówczas możliwe byłoby stwierdzenie, że starannie działający zamawiający oceniłby wyjaśnienia przystępującego (lub chociażby mógłby je ocenić) w sposób odmienny niż zamawiający w postępowaniu objętym sporem. Tymczasem w rozpoznawanej sprawie żadne okoliczności – czy to wynikające z dokumentacji postępowania, czy wskazywane przez odwołującego, do takiej odmiennej oceny nie mogły doprowadzić.

Odwołujący przedstawił własną, odmienną ocenę wyjaśnień ceny przystępującego ograniczając się do ogólnej polemiki z wyjaśnieniami, bez podjęcia próby faktycznego merytorycznego podważenia przedmiotowej kalkulacji i

złożonych z nią dowodów. W sposób niezasadny uznano, że ciężar dowodowy przerzucono na wykonawcę, którego cena ofertowa jest kwestionowana, posiada charakter absolutny i wystarczającym jest samo zakwestionowanie poziomu ceny, tak jakby nie była ona wyjaśniana. W rozpoznawanym środku zaskarżenia nie zawarto odwołania do jakichkolwiek skwantyfikowanych wartości, nie podjęto nawet próby ogólnego wskazania o ile zdaniem odwołującego cena przystępującego została zaniżona lub jaka kwota byłaby w jego ocenie wartością rynkową dla danego czynnika cenotwórczego – aby możliwym było zweryfikowanie i uznanie, że zakwestionowana cena jest nierealna, że zamówienie mogłoby być realizowane ze stratą. Odwołujący w żaden sposób nie podważył wysokości składników ceny ze spornych wyjaśnień, nie zawarto żadnych szczegółowych danych pozwalających na uznanie ceny przystępującego za cenę nierealną. Przy formułowaniu elementów, których w ocenie odwołującego przystępujący nie uwzględnił w cenie czy je zaniżył, odwołujący pozostawił je w sferze ogólnych rozważań, bez próby konkretyzacji wysokości tych kosztów czy wskazania ile takie koszty mogłyby potencjalnie wynosić, chociażby w dalekim przybliżeniu.

Zarzut zaniechania odrzucenia oferty ze względu na zaferowanie rażąco niskiej ceny nie może sprowadzać się do ogólnikowych twierdzeń, że cena jest rażąco niska. Odwołujący wielokrotnie stwierdza, że cena przystępującego jest nierealna czy nieekwiwalentna, ale nie odnosi się nawet do rzędu kwoty o jaką w jego ocenie została ona zaniżona. Jeżeli w odwołaniu nie pada żadna kwota, to nie ma możliwości podzielenia tezy, że wysokość zakwestionowanej ceny nie odzwierciedla realnych kosztów realizacji zamówienia, ponieważ Izba nie ma z czym skonfrontować treści i wyliczeń z wyjaśnień przystępującego, co powoduje oddalenie odwołania w tym zakresie. Nic nie stało na przeszkodzie, żeby odwołujący przedstawił model kalkulacji lub ogólne wyliczenia, które doprowadziły go do postawienia omawianego zarzutu, tak aby możliwa była weryfikacja i podzielenie jego stanowiska. Odwołujący powinien chociaż ogólnie wskazać czy podsumować, ile jego zdaniem wynoszą zaniżone koszty, czego w rozpoznawanym sporze zabrakło.

Izba dalej wskazuje, że dokonana kontrola czynności zamawiającego w postępowaniu skutkowałą stwierdzeniem, że przystępujący wykazał, że posiada uzasadnione podstawy do przyjęcia ceny na zaferowanym poziomie. Wyjaśnienia z dnia 18 grudnia 2023 r. właściwie odpowiadają na wezwanie zamawiającego z dnia 14 grudnia 2023 r., zawierają szczegółową kalkulację, pokazano w nich składniki cenotwórcze składające się na cenę oferty. Wyjaśnienia zostały poparte adekwatnym i wiarygodnym materiałem dowodowym. Nie potwierdziło się zatem, żeby złożone wyjaśnienia wypełniały hipotezę art. 224 ust. 6 p.z.p., co byłoby równoznaczne z potwierdzeniem, że oferta zawiera rażąco niską cenę i podlega odrzuceniu – gdy wyjaśnienia sposobu kalkulacji nie uzasadniają podanej ceny, tj. sytuacji, w której udzielone przez wykonawcę wyjaśnienia są niekompletne, ogólnikowe, lakoniczne, czy nie dołączono do nich właściwych dowodów. Innymi słowy, gdy złożono wyjaśnienia o charakterze nieprzydatnym dla określenia kosztów przyjętych w cenie oferty, bez poparcia ich wiarygodnym materiałem dowodowym. Ustawodawca zrównał taką sytuację z potwierdzeniem, że oferta zawiera cenę rażąco niską i podlega odrzuceniu, co nie ma miejsca w ustalonym stanie rzeczy. Jak również, ocena wyjaśnień sposobu kalkulacji ceny, zgodnie z dyspozycją art. 226 ust. 1 pkt 8 p.z.p., wymaga ustalenia – w sposób niebudzący wątpliwości – że oferta zawiera cenę rażąco niską, ponieważ odrzucenie oferty może nastąpić wyłącznie w sytuacji rzeczywistego wystąpienia przesłanek określonych w tej normie. Odrzuceniu podlega oferta, gdy można jednoznacznie ustalić, że zaferowana przez wykonawcę cena nie pozwala na należyłą realizację zamówienia zgodnie z wymaganiami zamawiającego, jest nierealna, nieekwiwalentna, co nie ma miejsca w ustalonym stanie rzeczy.

Przechodząc do omówienia poszczególnych elementów wyjaśnień sposobu kalkulacji ceny przystępującego, skład orzekający wskazuje co następuje. Odwołujący podnosił, że wyjaśnienia ceny są obarczone wadą polegającą na braku wyjaśnienia całkowitej ceny oferty z powodu nieuwzględnienia w kalkulacji istotnej części składowej przedmiotu zamówienia polegającej na realizacji 144 godzin specjalistycznych usług opiekuńczych. W tym zakresie Izba w całości podzieliła stanowisko zamawiającego i przystępującego, że stawka za rzeczzone 144 godzin nie jest istotną częścią składową ceny oferty za realizację tej umowy. Cena za specjalistyczne usługi opiekuńcze to wręcz marginalny zakres zamówienia wynoszący 0,6% jego wartości – 99,4% stanowią zwykle usługi opiekuńcze, określone przez zamawiającego w wymiarze 21 600 godzin – zatem w związku z wielkością tej części zamówienia trudno uznać ją za istotną. W szczególności, że we wszystkich złożonych w postępowaniu ofertach cena za specjalistyczne usługi opiekuńcze nie stanowi znaczącego, podstawowego kosztu zamówienia, a dominującym kosztem dla części I postępowania jest cena za zwykle usługi opiekuńcze. Powyższe znajduje potwierdzenie w doktrynie, gdzie trafnie zaznacza się, że „Ustawodawca nie wyjaśnia pojęcia istotnej części składowej. Jednakże posługiwanie się tym pojęciem w kontekście ceny wskazuje na to, że za części istotne powinny być uznawane te, których wartość znacząco wpływa na cenę. Nie chodzi więc o rozróżnienie na podstawie istotności rzeczowej, lecz jedynie wartościowej. Chodzi zatem o część, która w znacznym stopniu, bardziej niż pozostałe składniki przyczynia się do powstawania kosztów po stronie wykonawcy.” – tak W. Dzierżanowski [w:] Ł. Jaźwiński, J. Jerzykowski, M. Kittel, M. Stachowiak, W. Dzierżanowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2021, art. 224.

Odwołujący nie zdecydował się w odwołaniu podnieść argumentacji przemawiającej za uznaniem tego składnika ceny oferty za jej istotną część. Dopiero na rozprawie formułowano stanowisko oparte o wymagania dla personelu

świadczącego specjalistyczne usługi opiekuńcze, co jednak nie wpisuje się w rozumienie istotnej części składowej ceny jako zasadniczego kosztu zamówienia ze względu na jego wielkość/wartość. I jedynie dodatkowo można zaznaczyć, że trudno byłoby uznać ten składnik cenowy za mający istotne znaczenie merytoryczne dla przedmiotu zamówienia, ponieważ w ramach wcześniej realizowanej umowy zamawiający w ogóle nie zlecił wykonawcy specjalistycznych usług opiekuńczych. Realizowano zamówienie tylko w zakresie zwykłych usług opiekuńczych.

Izba również zauważa, że w wezwaniu zamawiającego do wyjaśnień ceny w sposób graficzny zaakcentowano „istotne części składowe ceny” – pogrubienie tego elementu na str. 1 wezwania, i nie żądano rozbicia na poszczególne stawki za dwa rodzaje usług (tj. zwykłe usługi opiekuńcze i specjalistyczne usługi opiekuńcze). Skoro więc treść wyjaśnień wykonawcy jest determinowana treścią wezwania, przystępujący udzielił prawidłowej odpowiedzi na wezwanie zamawiającego z dnia 14 grudnia 2023 r.

Ponadto, wbrew stanowisku odwołującego, właściwie uwzględniono w cenie koszty pracy, w rozbiciu na świadczenie usługi w okresie: od 1 lutego 2024 r. do 30 czerwca 2024 r., od 1 lipca 2024 r. do 31 grudnia 2024 r. i od 1 stycznia 2025 r. do 31 stycznia 2025 r., uwzględniając zmiany minimalnego wynagrodzenia za pracę i wszelkie koszty pracodawcy związane z realizacją usługi. W ocenie Izby zarówno stawka 34,44 zł za godzinę świadczenia zwykłych usług opiekuńczych, jak i stawka 35,00 zł za godzinę świadczenia specjalistycznych usług opiekuńczych, zawiera wszystkie wymagane koszty, zaś odwołujący nie zakwestionował tych wyliczeń, ani nie podjął nawet próby wykazania, że któryś z wymaganych przepisami prawa koszt nie został uwzględniony w przyjętych przez przystępującego stawkach.

Stanowisko odwołującego, że dla wymiaru obowiązków koordynatora nierynkowym jest wypłacanie tej osobie minimalnego wynagrodzenia za pracę pozostało gołosłowne. Izba nie widzi podstaw do zakwestionowania przyjętego przez przystępującego wynagrodzenia, popartego załączonym do wyjaśnień dowodem w postaci aneksu do umowy o pracę z panią I.K. z dnia 15 grudnia 2023 r., w szczególności, że odwołujący ogranicza się do zanegowania poziomu tego wynagrodzenia, nie podejmując jakiegokolwiek inicjatywy dowodowej. Tożsamo w zakresie stwierdzenia, że praca tej osoby „niewątpliwie generuje również konieczność poniesienia kosztu wynagrodzenia za pracę w godzinach nadliczbowych i w święta, który to koszt nie został uwzględniony w kalkulacji” – gołosłowne zapewnienie odwołującego i brak podjęcia próby skwantyfikowania tej hipotezy czyni ją nieweryfikowalną. Odwołujący również realizuje tożsame zamówienia, na tym samym rynku, i nie powinien mieć problemu z wskazaniem jaki wymiar nadgodzin powinien zostać uwzględniony w kalkulacji, chociażby w oparciu o swoją ofertę. Izba podzieliła także w całości argumentację zamawiającego, iż na etapie sporządzania i oceny oferty nie można zakładać, że zajdzie potrzeba pracy koordynatora w godzinach nadliczbowych i w święta. Odwołujący pominął, że zgodnie z przepisami prawa pracy pracodawca może udzielić pracownikowi dnia wolnego w zamian za pracę w godzinach nadliczbowych (art. 151² k.p.) oraz musi udzielić innego dnia wolnego w przypadku pracy w święto (art. 151¹ k.p.). W takich przypadkach wykonawca nie ponosi dodatkowych kosztów z tym związanych.

Odnosząc się dalej do kosztu zatrudnienia koordynatora należy zgodzić się z zamawiającym i przystępującym, że koordynator nie jest dedykowany wyłącznie do realizacji przedmiotowego zadania, a w ramach wykonywania obowiązków na rzecz wykonawcy – zarówno obecnie, jak i w przyszłości – będzie wykonywać także obowiązki koordynowania innych umów. W ocenie składu orzekającego jest to spójne z opisem przedmiotu zamówienia, gdzie zamawiający nie wymaga dedykowania koordynatora do wyłącznej realizacji tego zamówienia. Zamawiający nie określa też konieczności zatrudnienia koordynatora na pełen etat (wymagane jest jedynie zatrudnienie w oparciu o umowę o pracę), zaś z dokumentów składanych przez przystępującego i odwołującego w przetargu wynika, że jednoczesna praca koordynatora usług opiekuńczych na rzecz kilku ośrodków jest stałą praktyką na tym rynku.

Argumentacja odwołującego, że pełnienie funkcji koordynatora usług opiekuńczych nie może być w tym samym czasie realizowane na rzecz kilku ośrodków, jest sprzeczne ze składanymi przez niego ofertami, gdzie dla kilku postępowań została wskazana ta sama osoba – pani K.W., tak str. 10 stanowiska procesowego przystępującego z dnia 7 lutego 2024 r. i przedłożone dokumenty: dowód nr 1 - wykaz osób w postępowaniu na „Świadczenie podstawowych usług opiekuńczych na terenie miasta Jastrzębia - Zdroju”, dowód nr 2 - wskazanie pani K.W. jako osoby skierowanej do realizacji zamówienia jako koordynatora usług w postępowaniu objętym przedmiotem zamówienia, dowód nr 3 - wykaz osób (koordynator) w postępowaniu na „Świadczenie usług opiekuńczych, specjalistycznych usług opiekuńczych na terenie miasta Raciborza” wraz z dowodem nr 4 - wzorem umowy. Co więcej z zestawienia doświadczenia pani K.W. wynika, że od lat równocześnie koordynowała usługi opiekuńcze i specjalistyczne usługi opiekuńcze w kilku miastach, co czyni argumentację odwołującego pozbawioną przymiotu wiarygodności.

Zatem nie było podstaw do podważenia, że tego typu koszt – po pierwsze, w związku z charakterystyką tego rynku i sposobem realizacji danego typu zamówień, jest kosztem stałym prowadzenia przedsiębiorstwa przystępującego, – po drugie, że koszt ten nie musi zostać kalkulowany oddzielnie dla każdej umowy. Koszty stałe, które generuje przedsiębiorstwo (które są stratą, kiedy przedsiębiorstw nie generuje żadnego zysku) są ponoszone niezależnie od wymiaru zleceń i w sposób naturalny stanowią podstawowy element ryzyka gospodarczego związany z prowadzeniem

określonej działalności. Im większe przedsiębiorstwo, tym udział tych kosztów jest wyższy, a ich kalkulacja bardziej skomplikowana. W przypadku jednak mniejszej skali działalności, koszty te mogą oscylować wokół znacznie niższych kwot, co pozwala niewielkim, dobrze zorganizowanym przedsiębiorstwom, korzystającym z dużego wolumenu zleceń, na wypracowanie znacznie wyższego zysku niż przedsiębiorstwom dużym, mocno obciążonym kosztami stałymi. Jest to jedna z podstaw prawidłowo działającej gospodarki. W przedmiotowej sytuacji stosunkowo niewielkie koszty stałe (koszt koordynatora, koszt wynajmu biura, koszt obsługi księgowej i kadrowej, itd.), które są niezbędne dla bieżącego funkcjonowania przedsiębiorstwa wykonawcy, w sposób naturalny rozkładają się na trudną do zidentyfikowania na konkretny moment liczbę zleceń, stanowiąc element ryzyka gospodarczego. Należy bowiem zauważyć, że umowy na tym rynku zazwyczaj mają termin realizacji od początku roku i założenia do kalkulacji ceny oferty – które są sporządzane w ostatnim kwartale roku, kiedy mamy ogłoszony wolumen postępowań, bez pewności które z nich wykonawcy będą realizować – mogą być obciążone znacznym ryzykiem (co w sytuacji przystępującego nie jest decydujące, ponieważ zgodnie ze str. 4 wyjaśnień ceny osiąga niebagatelny zysk, por. też oświadczenie doradcy podatkowego z dnia 18.12.2023 r. o zysku za okres styczeń-listopad 2023 r.). A im większa liczba realizowanych zleceń, tym koszty te mają niższy indywidualny wymiar w przełożeniu na konkretny kontrakt. Tak jak trafnie podkreślał przystępujący, koszt stały nie jest powielany dla każdego zamówienia, nie zwiększa się skali ponoszenia tego kosztu, a uzyskanie każdego dodatkowego zamówienia nie spowoduje, że koszt ten stanie się większy od rzeczywiście ponoszonego wymiaru kosztu stałego przedsiębiorstwa.

W ustalonym stanie faktycznym, mając na uwadze wyjaśnienia przystępującego i okoliczności podnoszone w odwołaniu, modelowo działający zamawiający powinien dopytać przystępującego jak ostatecznie rozlicza koszty stałe, bowiem o ile ich wysokość (minimalne wynagrodzenie dla koordynatora) nie budzi żadnych wątpliwości i nie może świadczyć o tym, że zaoferowano cenę rażąco niską, to mamy pewną niespójność. Z jednej strony wykonawca podkreśla, że koszt stały koordynatora, nawet bez uzyskania tego kontraktu, byłby ponoszony, wykonawca nie musi go po raz kolejny kalkulować w ramach tego zadania (koordynator realizuje zamówienia dla innych zamawiających). Zaś z drugiej strony przystępujący stwierdza, że swoje koszty stałe pokrywa z zysku, czyli siłą rzeczy, skoro uzyska przedmiotowe zamówienie i zysk z tego kontraktu, to zysk będzie partycypować w pokrywaniu wszystkich kosztów stałych przedsiębiorstwa (np. koszty pracownicze osoby wskazanej na koordynatora czy koszty obsługi kadrowo-księgowej). Przystępujący w wyjaśnieniach nie rozбивa ogólnie uzyskiwanego zysku na dane zamówienia, traktując go jako jedność, odnosząc się do dochodu spółki jako całości i podkreśla, iż koszty prowadzenia działalności (koszty stałe) pozostają w pełni pokryte z zysku. Zwykle zatem w takim wypadku zamawiający powinien dopytać przystępującego czy będzie pokrywał część kosztu wynagrodzenia koordynatora (koszt stały przedsiębiorstwa) z uzyskanego zysku z tej umowy, czy w przypadku realizacji przedmiotowego zamówienia całkowity koszt koordynatora będzie pokrywany z zysku z innych zleceń, tak aby wyjaśnić zaistniałą niespójność. Niemniej przyjęcie, że koszt koordynatora w całości będzie pokrywany z innej umowy jest sprzeczne z prezentowanym w wyjaśnieniach kalkulacji ceny modelem prowadzenia działalności, a dokładne ustalenie wymiaru tego kosztu (który jest pokrywany z zysku, niezależnie od tego jak dużo zleceń realizuje wykonawca) nie ma i nie mogłoby mieć żadnego wpływu na ocenę kwestionowanej czynności zamawiającego.

Jak wskazał przystępujący na rozprawie, nawet przyjmując proporcjonalny podział tego kosztu dla kilkunastu umów, będzie to kwota kilkuset złotych, a zysk w pełni pokryje koszty tej umowy. W ocenie Izby, pomimo że można byłoby dopytać o tę okoliczność przystępującego, to zgromadzony na moment wyrokowania materiał procesowy wskazuje, że w tej sprawie mowa jest o tak drobnej kwocie, że w zestawieniu z zakładanym zyskiem z umowy jej szczegółowe wyjaśnienie przez zamawiającego nie tylko nie ma, ale i nie mogłoby mieć nawet hipotetycznego wpływu na wynik postępowania. Przy tym przystępujący nie rozdzielił w wyjaśnieniach umów realizowanych w roku 2023 oraz w roku 2024, co jednak nie zmienia faktu, iż posiada zawarte umowy – także na rok 2024, w których koordynatorem jest pani I.K. Przedłożono bowiem następujące dokumenty: dowód nr 5 - wyciąg z umowy nr 60/2023 z dnia 20.06.23 r. zawarta z Gminą Mikołów, dowód nr 6 - wyciąg z umowy OPS.432.9.2023.U z 22.12.2023 r. zawarta z Gminą Marklowice, dowód nr 7 - wyciąg z umowy nr 333/14/2024 z 25.01.2024 r. z Gminą Miejską Żory, wyciąg z umowy nr 333/16/2024 z 25.01.2024 r. z Gminą Miejską Żory, wyciąg z umowy nr 333/12/2024 z 25.01.2024 r. z Gminą Miejską Żory, wyciąg z umowy nr 333/13/2024 z 25.01.2024 r. z Gminą Miejską Żory, wyciąg z umowy nr 333/15/2024 z 25.01.2024 r. z Gminą Miejską Żory, wyciąg z umowy nr 333/11/2024 z 25.01.2024 r. z Gminą Miejską Żory, dowód nr 8 - wyciąg z umowy nr 07/2023/PZP z 28.12.2023 r. z Ośrodkiem Pomocy Społecznej w Świętochłowicach, dowód nr 9 - wyciąg z umowy nr OPS-DAK.262.15.2023 z Gminą Radzionków.

Nie jest również celowym, aby zwracać przetarg do etapu badania i oceny ofert, żeby zadać przystępującemu pytanie, które pojawiło się nie ze względu na ocenę treści wyjaśnień w stosunku do wystosowanego wezwania, a ze względu na treść odwołania. W szczególności, że dodatkowe wyjaśnienie i tak nie byłoby w stanie podważyć dokonanej przez zamawiającego weryfikacji tej oferty, że cena jest realna i w pełni pokrywa koszty zamówienia. Prawidłowe

zakwestionowanie wyjaśnień sposobu kalkulacji ceny nie może sprowadzać się do „złapania” zamawiającego czy konkurencji na jakimkolwiek błędzie, a powinno opierać się na wskazaniu wady/nieścisłości w dokonanej przez zamawiającego ocenie wyjaśnień, która realnie mogłaby skutkować zmianą rozstrzygnięcia postępowania. Oznacza to, że błąd jaki popełnił zamawiający powinien powodować, że uzasadnionym byłoby uznanie, że zaoferowana przez przystępującego cena powinna zostać uznana za cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia. W ustalonym stanie rzeczy stwierdzona nieścisłość co do powyższej okoliczności w wyjaśnieniach, która ewentualnie powinna zostać dodatkowo wyjaśniona przez zamawiającego, do takiej zmiany nie mogłaby doprowadzić, nawet w sposób hipotetyczny. Izba uwzględnia odwołanie, kiedy zostanie stwierdzone zaniechanie zamawiającego, które może mieć wpływ na wynik przetargu (art. 554 ust. 1 pkt 1 p.z.p.), a nie kiedy zostanie wskazany jakikolwiek błąd, który popełniła jednostka zamawiająca. Skład orzekający uwzględnił też stanowisko przystępującego, że wskazywane w kalkulacji koszty są kosztami maksymalnymi, więc realny zysk z tej umowy będzie wyższy.

Co do kosztu wynajmu biura – mamy tu niespójność pomiędzy stanowiskiem dotyczącym pokrywania wszystkich kosztów stałych przedsiębiorstwa z zysku, a przyjętym w kalkulacji kosztem biura w wysokości 6.974,04 zł (581,17 zł miesięcznie). Z jednej strony mamy partycypację w kosztach – biuro ma służyć także innym zamówieniom, a z drugiej przystępujący wkalkulował cały koszt w ten kontrakt. Koszt ten jest więc zawyżony i zgodnie z podziałem kosztów stałych powinien stanowić część tej wartości, a ewentualne dopytanie przystępującego w tym przedmiocie nie byłoby celowe i nie mogłoby mieć jakiegokolwiek wpływu na wynik postępowania. Ergo zysk z tego zamówienia będzie więc jeszcze wyższy niż przewidywane 8.315,96 zł, ponieważ koszty biura powinny zostać ewentualnie rozbite w ramach kosztów stałych, a nie zostać wskazane jako całość, tylko dla tego zamówienia. Ponadto Izba nie znalazła podstaw do zakwestionowania oświadczenia przystępującego, że stawka wynajmu lokalu jest prawidłowa, ponieważ przedłożony aneks z dnia 28.12.2023 r. zawarty z wynajmującym wraz oświadczeniem o braku zmiany stawki czynszu (dowód nr 10 i nr 11) powoduje, że odwołujący nie zdołał podważyć prawidłowości wysokości przyjętego przez przystępującego kosztu.

W przedmiocie kosztów eksploatacji lokalu, także należących do kosztów stałych, odwołujący nie wskazał o ile w jego ocenie zaniżono te koszty. W odwołaniu nie pada żadna kwota, więc nie ma podstaw do stwierdzenia, że cena jest nieekwiwalentna. Przystępujący udowodnił, że są to koszty marginalne ok. 270,00 zł miesięcznie (faktury VAT stanowiące dowód nr 12). I także te koszty winny być dzielone na kilka kontraktów, których realizacji służy biuro – w ubiegłym roku były to umowy m.in. w Radzionkowie, Piekarach Śląskich, Pszowie, Markłowicach, w roku 2024 są to kontrakty w Markłowicach, Radzionkowie, Pszowie (dowód nr 13), a jeżeli zamawiający pozyska umowę na rzecz zamawiającego, to dodatkowo biuro będzie obsługiwało Wodzisław Śląski oraz Jastrzębie-Zdrój (ustalono termin podpisania umowy na 09.02.2024 r.). Mając zaś na uwadze zawyżony koszt wynajmu biura, tj. ww. 6.974,04 zł, ciągle koszt jego eksploatacji jest bagatelny w stosunku do osiąganego zysku i nie może powodować uwzględnienia zarzutu zaoferowania ceny rażąco niskiej.

W zakresie kosztów przejazdu, telefonu dla koordynatora, internetu i komputera, skład orzekający stwierdził, że nie wystarczy samo głoślowe zanegowanie, żeby uznać, że cena w tym przedmiocie jest nieekwiwalentna, szczególnie, że nie wiadomo czy w ogóle mogłaby zostać zaniżona, konsumując przyjęty zysk, skoro nie wiemy o jaką kwotę może chodzić. Aby Izba mogła zweryfikować czy cena przystępującego została zaniżona (i o jaką wartość) należało chociaż pokazać rząd wielkości rzekomo nieuwzględnionej kwoty. Odwołujący mógł odnieść się do kosztu, jaki on ponosi z tytułu przejazdów koordynatora, a ograniczono się do stwierdzenia, że koordynator nie może poruszać się pieszko. Podobnie w zakresie pozostałych elementów, mamy wyliczenie co zdaniem odwołującego należałoby uwzględnić w cenie, bez żadnych konkretnych wartości. Przy tym trudno uznać, mając na uwadze rodzaj tych kosztów, że podmioty realizujące przedmiotowe usługi muszą zawierać dodatkową umowę na abonament telefoniczny, kupować nowy telefon i komputer dla każdej nowej umowy. Skład orzekający nie widzi także takich podstaw w ramach opisu przedmiotu zamówienia, zamawiający nie wykluczył możliwości korzystania z posiadanych środków, wykorzystywanych do obecnie świadczonych usług.

Konkludując, skład orzekający zweryfikował prawidłowość przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego cenę przystępującego w ramach okoliczności wskazanych w odwołaniu, mając na uwadze określone w SWZ warunki realizacji przedmiotu zamówienia, w wyniku czego stwierdzono, że stawiane w tym zakresie przez odwołującego zarzuty są bezzasadne i jako takie nie zasługują na uwzględnienie. Izba stanęła na stanowisku, iż nie można dokonać subsumpcji zaistniałego w sprawie stanu faktycznego pod normę art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 p.z.p., zatem zamawiający prawidłowo nie zastosował sankcji w postaci odrzucenia oferty przystępującego, nie potwierdziło się bowiem, żeby wskazana cena było nierynkowa, nieekwiwalentna, czy aby planowano realizować zamówienie ze stratą.

W przedmiocie zarzutu nr 2 – zaniechania odrzucenia oferty przystępującego, pomimo że została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, Izba podkreśla, iż zarzut ten nie mógł zostać uwzględniony ze względu na merytoryczne braki odwołania. Odwołujący, po wskazaniu na ceny za godzinę świadczenia zwykłych usług opiekuńczych

(34,44 zł) i za godzinę świadczenia specjalistycznych usług opiekuńczych (35,00 zł) podnosił, że przystępujący dopuścił się czynu manipulacji wysokością istotnych części składowych ceny oferty.

W ocenie składu orzekającego tak postawiony zarzut, ograniczający się do spekulacji strony, nie mógł zostać uwzględniony. Dla uwzględnienia odwołania w tym zakresie konieczne byłoby udowodnienie, że nastąpiło nieuprawnione przeniesienie kosztów pomiędzy pozycjami. Odwołujący jednak postawionego zarzutu nie udowodnił, skupiając się na supozycji, że stawki przystępującego – z uwagi na 56 gr różnicy między cenami, budzą jego wątpliwości, czy zostały tak skalkulowane, ponieważ to miałyby pozwalać na uzyskanie większej ilości punktów. Niemniej, skoro zdecydowano się postawić zarzut manipulacji poszczególnymi składnikami ceny, skupienie się na samej zbiorczej stawce to zdecydowanie za mało. Zabrakło szczegółowego, precyzyjnego odniesienia się w odwołaniu do tego, jakie konkretne elementy w sposób nieuprawniony przeniesiono do danej stawki – jakie składniki ceny, realnie ponoszone w innej pozycji, zostały w sposób nieuprawniony przeniesione do drugiej stawki. Gołosłowne stwierdzenie, że na pewno manipulowano ceną jest niewystarczające, by stwierdzić naruszenie prawa w postaci złożenia oferty w ramach czynu nieuczciwej konkurencji. Ograniczenie się do porównania dwóch stawek nie jest nawet wystarczające do skutecznego postawienia zarzutu zaoferowania ceny rażąco niskiej, gdzie mamy odwrócony ciężar dowodu.

Stawiając zarzut popełnienia czynu manipulacji kosztami, gdzie mamy klasyczny rozkład ciężaru dowodu, odwołujący powinien wyjść poza swoje przekonanie i w dającym się zrewidować stanowisku osadzić jakie dokładne elementy ceny za usługi specjalistyczne zostały przeniesione do usług zwykłych lub odwrotnie. Innymi słowy, jak manipulowano stawką, czyli co zawarto w kwocie 35,00 zł, a co w kwocie 34,44 zł, co nie powinno się tam znaleźć. Skupienie się na aspekcie wartościowym i pominięcie merytorycznego sposobu wyceny danej pozycji pozbawia skład orzekający możliwości zweryfikowania argumentacji odwołującego i uznania jej za uzasadnioną. Za hipoteza odwołującego nie leżą także żadne środki dowodowe, które pozwalałyby ją zweryfikować. Bierność dowodowa przystępującego nie jest nawet wystarczająca, aby wysnuć domniemanie faktyczne, pozwalające na obciążenie ciężarem dowodu wykazania okoliczności przeciwnych drugiej strony. Zarzut wręcz ogranicza się do zacytowania orzeczeń Izby, a nie próby faktycznego wykazania naruszenia prawa przez zamawiającego.

W związku z powyższym należy uznać, że w kontrykcyjnym procesie, a takim jest postępowanie przed Izbą, gdzie strony mają obowiązek wykazania okoliczności faktycznych, na kanwie których budują swoją argumentację i przedstawiania dowodów na poparcie swoich twierdzeń (art. 534 ust. 1 p.z.p.), odwołujący nie sprostował ciężarowemu na nim ciężarowi dowodowemu, poprzestając na pozbawionych wartości dowodowych twierdzeniach, które w związku z różnicą pomiędzy stawkami nie są nawet prawdopodobne. W szczególności, że przedstawione przez przystępującego dwie informacje z otwarcia ofert (dowód nr 14 i nr 15) potwierdzają, że zaoferowane ceny są rynkowe i wyjątkowo stawki te przekraczają 40,00 zł, tak jak w ofercie przystępującego dla Miasta Racibórz, gdzie 49,99 zł za specjalistyczne usługi opiekuńcze związane jest z przyjętym zyskiem dla tego kontraktu i warunkami realizacji tamtego zamówienia.

W zakresie poziomu kosztu koordynatora i innych kosztów stałych, o czym szerzej we wcześniejszej części uzasadnienia wyroku dotyczącej zarzutu zaoferowania ceny rażąco niskiej, to zawarte tam stanowisko także znajduje zastosowanie dla zarzutu złożenia oferty w ramach czynu nieuczciwej konkurencji. Dodatkowo, Izba w tym zakresie w całości podzieliła i przyjęła za własne stanowisko wyrażone przez przystępującego (w tym wskazane w jego stanowisku procesowym tezy z orzeczeń Izby) i zamawiającego uznając, że nie wykazano, aby oferowano cenę poniżej kosztów, przerzucając je do innych umów. Koszty stałe przedsiębiorstwa, w związku z ich charakterem, siłą rzeczy partycypują także w kosztach ponoszonych w ramach innych kontraktów, co nie oznacza, że dochodzi do sprzedaży poniżej ich wartości i utrudniania dostępu do rynku innym przedsiębiorcom. Jak wcześniej wspomniano, koszty te w sposób naturalny rozkładają się na realizowaną na dany moment liczbę zleceń stanowiąc element ryzyka gospodarczego, będąc pokrywane z zysku – a tu dodatkowo partycypowane koszty stałe są znacznie mniejsze niż zakładany zysk dla tej umowy. Zatem nie wykazano pierwszej przesłanki art. 15 ust. 1 pkt 1 z.n.k., a także nie podjęto próby wykazania przesłanki podejmowania działania w celu eliminacji innych przedsiębiorców.

Rekapitulując, w ocenie Izby odwołujący pozostawił swoje stanowisko bez odpowiedniego wskazania i udowodnienia faktów, które mogłyby świadczyć o popełnieniu czynu nieuczciwej konkurencji przez przystępującego, sprowadzając zarzut do gołosłownych twierdzeń, które są pozbawione wartości dowodowych. Wobec braku sprostania ciężarowemu dowodowemu przez odwołującego zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 7 p.z.p. w zw. z art. 3 ust. 1 i art. 15 ust. 1 pkt 1 z.n.k. nie mógł zostać przez Izbę uwzględniony.

W zakresie zarzutu nr 3 z *petitum* odwołania dotyczącego naruszenia przez zamawiającego art. 239 ust. 1 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 7 lub 8 p.z.p., Izba stwierdziła, że jest to zarzut o charakterze wynikowym w stosunku do wcześniejszych zarzutów, które nie zostały uwzględnione. W konsekwencji skoro nie potwierdziło się, że oferta przystępującego powinna zostać odrzucona, także i ten zarzut nie mógł zostać uwzględniony.

Ponadto Izba zaliczyła na poczet materiału dowodowego również przedłożone przez odwołującego pismo z dnia 29.01.2024 r. Miejskiego Ośrodka Pomocy Społecznej w Żorach wskazujące, że koordynatorem usług opiekuńczych z

ramienia przystępującego jest pani M.P. Przystępujący potwierdził tę informację, która w ocenie składu orzekającego nie jest istotna dla rozstrzygnięcia rozpoznawanego sporu.

Brak potwierdzenia zarzutów wskazanych w odwołaniu powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym nie została wypełniona hipoteza art. 554 ust. 1 pkt 1 p.z.p., więc odwołanie zostało przez Krajową Izbę Odwoławczą oddalone.

Mając na uwadze powyższe, orzeczono jak w sentencji.

Rozstrzygnięcie o kosztach postępowania wydano na podstawie art. 575 p.z.p. obciążając strony kosztami zgodnie z zasadą odpowiedzialności za wynik postępowania odwoławczego z uwzględnieniem § 8 ust. 2 w zw. z § 5 pkt 1 i pkt 2 lit. a i b rozporządzenia 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). Izba obciążyła odwołującego, którego odwołanie zostało oddalone kosztami postępowania odwoławczego, w tym zasądziła na rzecz zamawiającego uzasadnione koszty strony w postaci wynagrodzenia pełnomocnika, zgodnie ze złożoną fakturą VAT, w limicie wynikającym § 5 pkt 2 lit. b rozporządzenia.

Przewodniczący:

.....