

WYROK

Warszawa, dnia 27 lutego 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Monika Szymanowska
Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 lutego 2024 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 lutego 2024 r. przez odwołującego K.N. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Biuro Handlowe Eksport Import K.N. w spadku w Płocku w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Krakowski Szpital Specjalistyczny im. św. Jana Pawła II w Krakowie przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego Validation TPPC Sp. z o.o. w Gdańsku

orzeka:

1. uwzględnić odwołanie i nakazać zamawiającemu:

1.1. unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej,

1.2. powtórzenie badania i oceny ofert, w tym ponowne wezwanie wykonawcy Validation TPPC Sp. z o.o. w Gdańsku do złożenia wyjaśnień sposobu kalkulacji ceny w trybie art. 224 ust. 1 p.z.p.,

2. kosztami postępowania odwoławczego obciążyć zamawiającego Krakowski Szpital Specjalistyczny im. św. Jana Pawła II w Krakowie i:

2.1. zalicza na poczet kosztów kwotę 11 100,00 zł (jedenaście tysięcy sto złotych) stanowiącą uiszczony wpis od odwołania i uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego,

2.2. zasądza od zamawiającego Krakowskiego Szpitala Specjalistycznego im. św. Jana Pawła II w Krakowie na rzecz odwołującego K.N. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Biuro Handlowe Eksport Import K.N. w spadku w Płocku kwotę 11 100,00 (jedenaście tysięcy sto 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 – Krakowski Szpital Specjalistyczny im. św. Jana Pawła II ul. Prądnicka 80, 31-202 Kraków, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Przeglądy i konserwacja urządzeń i instalacji klimatyzacji i wentylacji wraz z dostawą i wymianą filtrów HEPA, dostawa filtrów wstępnych i dokładnych”, podzielone na części (pakiety), o ogłoszeniu o zamówieniu opublikowanym w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 11 grudnia 2023 r., nr 2023/BZP 00544027/01, 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 5 lutego 2024 r. odwołanie wobec czynności i zaniechań zamawiającego w pakiecie 3 postępowania wniósł wykonawca K.N. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Biuro Handlowe Eksport Import K.N. w spadku ul. T. Kościuszki 9, 09-402 Płock, dalej zwany „odwołującym”. We wniesionym środku zaskarżenia odwołujący postawił zamawiającemu następujące zarzuty naruszenia (pisownia oryginalna):

1. art. 224 ust. 6 ustawy Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp oraz art. 224 ust. 5 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 oraz art. 17 ust. 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy Validation TPPC Sp. z o.o. Bieszkowicka 8, 80-178 Gdańsk, NIP 9571132917, zwanym dalej „Validation” lub „Wykonawcą”, w związku z tym, że złożył on ogólnikowe i nierzetelne wyjaśnienia w zakresie wyliczenia ceny, brak wskazania realności cen głównego komponentu wykonania zamówienia, brak dowodów na potwierdzenie wyliczeń, a także nie odniósł się do zgodności wyliczonej ceny z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego. Tym samym Wykonawca nie wykazał, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia;

2.art. 16 pkt 1 oraz art. 17 ust. 2 ustawy Pzp w zw. z art. 239 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, w tym wybór oferty najkorzystniejszej zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Wobec powyższego odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu: unieważnienia czynności polegającej na wyborze oferty wykonawcy Validation jako oferty najkorzystniejszej, dokonania ponownej oceny ofert, odrzucenia oferty wykonawcy Validation oraz wybór oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej. Wniesiono także o obciążenie zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego.

W uzasadnieniu środka zaskarżenia odwołujący wskazał co następuje. Wykonawca Validation złożył w postępowaniu na pakiet 3 ofertę z ceną 117 728,22 złotych. Zamawiający podał kwotę jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia - 196 800,00 złotych brutto. W dniu 25.01.2024 r. zamawiający wezwał wykonawcę Validation do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny oferty, dnia 29.01.2024 r. wykonawca złożył odpowiedź. W ocenie odwołującego wyjaśnienia złożone przez wykonawcę Validation nie spełniają wymagań ustawowych z poniższych powodów.

W pierwszych 12 punktach wykonawca Validation ogólnie informuje o obrotach firmy, wolumenach zamówień, pozycji rynkowej, co w żaden sposób nie przekłada się na poziom zaoferowanej ceny. W zakresie kalkulacji ceny wykonawca odniósł się wyłącznie do czasu wykonania etapu I i etapu II – odpowiednio 9075,00 zł (w ofercie 15125,00 – różnica to wg wykonawcy rezerwa i zysk) oraz 1815,00 zł (w ofercie 10450,00 różnica to wg wykonawcy rezerwa i zysk). I na tym można by poprzestać, gdyż z wyjaśnień nie wynikają żadne inne informacje.

Zgodnie z informacją o cenach ofert złożonych w pakiecie 3 cena oferty wykonawcy Validation istotnie odbiega od cen zaoferowanych przez pozostałych wykonawców, tj. odwołujący 148 577,85 zł, Eko-Technologie.com Sp. z o.o. 233 184,88 zł, Remark Kayser Sp. z o.o. 191 678,63 zł. Zamawiający odrzucił ofertę Cleanroom z ceną 189 571,28 zł i Fixhub 88 352,74 zł. Natomiast średnia arytmetyczna wynosi 161 515,60 zł.

Zamawiający w kontekście zaoferowanej ceny przez wykonawcę Validation podjął czynności mające na celu wyjaśnienie rażąco niskiej ceny. Wezwany wykonawca ograniczył swoje wyjaśnienia wyłącznie do ogólnikowego stwierdzenia, iż jego oferta zawiera zysk. Zdaniem odwołującego wykonawca Validation powinien jeszcze wyjaśnić:

- koszt zakupu filtrów – w pkt 3 wyjaśnień wykonawca informuje, iż rocznie wdaje na filtry ok 500000,00 zł zatem ma rabaty – jakie, jakie dowody to potwierdzają, brak danych,
- koszty pracy – nie wiemy czy wykonawca Validation zatrudnia pracowników czy też korzysta z osób na zasadzie zleceń bądź podwykonawców – brak wyjaśnienia skąd wziął się koszt 55,00 zł za godzinę, nie wiemy czy jest to stawka pracownika, zleceniobiorcy, podwykonawcy, czy jest to już stawka godzinowa ceny zaoferowanej zamawiającemu – brak danych,
- zakwaterowanie pracowników/osób, koszty żywienia, delegacji, etc. – brak danych,
- koszty amortyzacji środków trwałych, wyposażenia personelu – uniformy robocze, sprzęt ochronny, zabezpieczenia w pracy na wysokościach etc. – brak danych,
- wielkość diet – brak danych,
- materiały niezbędne do wykonania usługi– brak danych,
- usunięcie i utylizacja odpadów powstałych w procesie wymiany filtrów HEPA (kg) - brak danych,
- koszty przestojów – praca przy wymianie filtrów nie odbywa się przy jednej centrali, nawiewniku czy stropie laminarnym zatem pracownik/zleceniobiorca musi dojść na miejsce, czasem zmienić pomieszczenia, a to też jest czas, którego wykonawca Validation nie wliczył do realizacji usługi.

Zamawiający wezwał wykonawcę Validation do wyjaśnienia ceny w tym istotnych części składowych ceny. W wyjaśnieniach pojawiła się szczytkowa kalkulacja odnosząca się do kosztu godziny oraz liczby godzin. Jeśliby uznać to za wyjaśnienia to pokrywają one ok. 11 tys. zł zatem mniej niż 10% ceny oferty. Ponadto zamawiający wymagał wyjaśnień w odniesieniu do:

- 1)zarządzania procesem produkcji, świadczonych usług lub metody budowy;
- 2)wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków dostaw, usług albo związanych z realizacją robót budowlanych;
- 3)oryginalności dostaw, usług lub robót budowlanych oferowanych przez wykonawcę;
- 4)zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2018 r. poz. 2177 oraz z 2019 r. poz. 1564) 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.

Na żadne z powyższych zagadnień zamawiający nie uzyskał odpowiedzi, a mimo to dokonał wyboru oferty wykonawcy Validation jako najkorzystniejszej.

Odwołujący dodał, że przedmiot zamówienia jest usługą, a jak wynika z art. 224 ust. 4 p.z.p. w przypadku zamówień na usługi, zamawiający jest obowiązany żądać wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny, co najmniej w zakresie 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 i zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie. Odwołujący powołał się na komentarz UZP dotyczący art. 224 ust. 3 pkt 6 p.z.p. i podkreślił, że wykonawca został wezwany przez zamawiającego do złożenia wyjaśnień dotyczących m.in. zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie. Wbrew treści wezwania, wykonawca w ogóle nie odniósł się w wyjaśnieniach do zgodności wyliczonej ceny z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego. Wykonawca Validation złożył ogólnikowe i nierzetelne wyjaśnienia w zakresie wyliczenia ceny, nie poparte kompletem dowodów na potwierdzenie wyliczeń. Teza o wadliwość takich wyjaśnień znajduje potwierdzenie zarówno w doktrynie, jak i w orzecznictwie – wskazano na wyroki Krajowej Izby Odwoławczej: z 19.04.2019 r., sygn. akt KIO 619/19, z 08.10.2019 r., sygn. akt KIO 1834/19, z 04.08.2020 r., sygn. akt KIO 1461/20, z 29.04.2016 r., sygn. akt: KIO 596/16, z 17.12.2018 r., sygn. akt: KIO 2520/18, z 16.01.2020 r., sygn. akt KIO 2664/19.

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 16 lutego 2024 r.

Wobec spełnienia przesłanek art. 525 ust. 1-3 p.z.p. Izba dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawcę Validation TPPC Sp. z o.o. ul. Bieszkowicka 81, 81-178 Gdańsk (dalej zwanego „przystępującym”), który zgłosił przystąpienie po stronie zamawiającego. Przystępujący przedstawił swoje stanowisko procesowe w formie pisemnej – pismo z dnia 20 lutego 2024 r., złożone wraz ze stanowiskiem dowody w postaci dokumentów zostały objęte przez przystępującego tajemnicą przedsiębiorstwa.

Krajowa Izba Odwoławcza – po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, po zapoznaniu się ze stanowiskami przedstawionymi w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, stanowiskiem przystępującego, dodatkowym stanowiskiem procesowym odwołującego, konfrontując je z zebraniem 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 pakiecie nr 3 postępowania, kiedy w ocenie odwołującego zamawiający powinien odrzucić ofertę przystępującego jako zawierającą rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia (art. 224 ust. 6 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 p.z.p.). Ponadto, w ocenie odwołującego, zamawiający przeprowadził postępowanie z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, w tym dokonano wadliwego wyboru oferty najkorzystniejszej – oferty która powinna zostać odrzucona przez zamawiającego (art. 16 pkt 1 oraz art. 17 ust. 2 w zw. z art. 239 ust. 1-2 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, mając na względzie zakres sprawy zakreślony przez okoliczności podniesione w odwołaniu, Izba stwierdziła, że sformułowane przez odwołującego zarzuty znajdują częściowe

potwierdzenie w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, więc rozpoznawane odwołanie zasługuje na uwzględnienie. Niemniej, skład orzekający nie uwzględnił wniosku odwołującego o odrzucenie oferty przystępującego, ponieważ na obecnym etapie takie żądanie jest przedwczesne.

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.

Krajowa Izba Odwoławcza nie jest związana podstawą prawną podaną przez odwołującego przy dokonywaniu kwalifikacji naruszenia prawa przez zamawiającego. Sąd Najwyższy w swoich orzeczeniach wskazuje, że sąd nie jest związany wskazaną przez powoda podstawą prawną roszczenia, przeciwnie – jest zobowiązany rozpatrzyć sprawę wszechstronnie i wziąć pod rozwagę wszystkie przepisy prawne, które powinny znaleźć zastosowanie w rozważanym przypadku (np. wyroki SN: z 30.11.2016 r. sygn. akt: III CSK 351/15, z 28.03.2014 r. sygn. akt: III CSK 156/13, z 19.03.2012 r. sygn. akt: II PK 175/11, z 12.12.2008 r. sygn. akt: II CSK 367/08, z 29.10.2008 r. sygn. akt: IV CSK 260/08, z 27.03.2008 r. sygn. akt: II CSK 524/07, z 02.12.2005 r. sygn. akt: II CK 277/05, z 13.07.2005 r. sygn. akt: I CK 132/05).

Przenosząc powyższy pogląd na grunt postępowania odwoławczego przed Krajową Izbą Odwoławczą – w myśl zasady *da mihi factum, dabo tibi ius* – Izba, w ramach dokonywanej subsumpcji, jest uprawniona do oceny odwołania w aspekcie tych norm prawnych, które powinny zostać zastosowane w danej sprawie. Izba nie jest natomiast związana podstawą prawną wskazaną przez odwołującego. Stanowisko to potwierdzają sądy powszechne, gdzie trafnie stwierdza się, że zakres zarzutów wyznaczają okoliczności faktyczne, w których odwołujący upatruje niezgodności z przepisami ustawy (tak wyrok Sądu Okręgowego w Łodzi z 29.06.2018 r. sygn. akt: XIII Ga 546/18, wyrok Sądu Okręgowego w Rzeszowie z 18.04.2012 r. sygn. akt: I Ca 117/12, wyrok Sądu Okręgowego w Gliwicach z 29.06.2009 r. sygn. akt: X Ga 110/09).

Izba jest związana zawartymi w odwołaniu zarzutami (art. 555 p.z.p.), ale nie jest związana przyjętą przez odwołującego kwalifikacją prawną okoliczności faktycznych wskazanych w zarzucie. Ustawodawca wymaga wskazania przez odwołującego czynności lub zaniechania zamawiającego, które doprowadziły do naruszenia ustawy, zwięzłego przedstawienia zarzutów, a także określenia żądania oraz okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie środka zaskarżenia (art. 516 ust. 1 pkt 7 - 10 p.z.p.). Natomiast art. 554 ust. 1 pkt 1 p.z.p. stanowi, że Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia – niezależnie od tego, jak to naruszenie zostanie zakwalifikowane przez odwołującego. Innymi słowy, Izba nie jest związana podstawą prawną podaną przez odwołującego i ustalone okoliczności faktyczne – które mogą być kwalifikowane według różnych norm prawnych, uzasadniają rozważenie ich przez Izbę, nawet jeżeli są to odmienne normy niż te, które zostały wskazane w odwołaniu. Krajowa Izba Odwoławcza stwierdzając naruszenie prawa dokonuje kwalifikacji prawnej zarówno tego naruszenia, jak i skutków, jakie to stwierdzenie ze sobą niesie, co znajdzie odzwierciedlenie w rozstrzygnięciu zawartym w sentencji orzeczenia.

Skład orzekający zweryfikował prawidłowość przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego cenę przystępującego w ramach okoliczności wskazanych w odwołaniu, mając na uwadze warunki realizacji przedmiotu zamówienia, w wyniku czego stwierdzono, że zamawiający w sposób niepełny przeprowadził postępowanie wyjaśniające sposób skalkulowania ceny oferty. W ustalonym stanie rzeczy znalazło potwierdzenie, że zamawiający naruszył art. 224 ust. 1 i 2 w zw. z art. 16 pkt 1 p.z.p. i przedwcześnie zakończył postępowanie weryfikujące cenę. Wyjaśnienia sposobu kalkulacji ceny należało kontynuować, celem jednoznacznego wykazania realności spornej kwoty albo stwierdzenia, że jest ona rażąco niska. Izba nie podzieliła stanowiska odwołującego o naruszeniu przez zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 8 p.z.p., nie potwierdziło się bowiem w materiale procesowym, aby na obecnym etapie istniały jednoznaczne podstawy do uznania, że zaoferowana cena jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia, co jest konieczne do zastosowania sankcji odrzucenia oferty na kanwie tej normy. Nie potwierdziło się również, 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. Zamawiający powinien dopytać przystępującego o okoliczności wskazane w dalszej części uzasadnienia i w sposób klarowny ustalić czy jego cena jest realna, czy powoduje konieczność odrzucenia oferty.

Krótko zaznaczyć należy, że 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 zaoferowana przez wykonawcę cena nie pozwala na należyłą realizację zamówienia zgodnie z wymaganiami zamawiającego, jest nierealna, nieekwiwalentna.

Mając zaś na uwadze brzmienie art. 224 ust. 6 p.z.p. ofertę odrzuca się także, gdy złożone wyjaśnienia sposobu kalkulacji nie uzasadniają podanej ceny – w sytuacji, w której udzielone przez wykonawcę wyjaśnienia są niekompletne, ogólnikowe, lakoniczne, czy nie dołączono do nich adekwatnych dowodów. Innymi słowy, gdy złożono wyjaśnienia o charakterze nieprzydatnym dla określenia kosztów przyjętych w cenie oferty. Ustawodawca zrównał taką sytuację z potwierdzeniem, że oferta zawiera cenę rażąco niską i podlega odrzuceniu. Wówczas zamawiający nie ma podstaw

do powtórnego wzywania wykonawcy do doprecyzowania wyjaśnień i powinien wyeliminować taką ofertę.

Natomiast kiedy złożono wyjaśnienia, które odpowiadały wezwaniu zamawiającego, ale zrodziły dalsze wątpliwości wymagające dodatkowego wyjaśnienia czy uszczegółowienia danego czynnika cenotwórczego, takiego wykonawcę należy dopytać, wystosowując kolejne wezwanie – w zakresie okoliczności zawartych w pierwszych wyjaśnieniach, które wymagają skonkretyzowania. Przepisy p.z.p. nie regulują, ile razy zamawiający może zwracać się do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień w trybie art. 224 ust. 1 p.z.p. Co do zasady brak jest wyraźnego zakazu kilkukrotnego wezwania, stąd też zamawiający powinien każdorazowo kwestię tę rozstrzygnąć w odniesieniu do konkretnego stanu faktycznego. Ustalając zatem wzorzec prawidłowego postępowania, do którego Izba w toku orzekania porówna podważane czynności zamawiającego celem oceny ich prawidłowości, należy włączyć we wzorzec konieczność ustalenia – czy w danym stanie rzeczy należycie działający zamawiający prawidłowo i wyczerpująco przeprowadził postępowanie weryfikujące cenę, i dopiero po ustaleniu, że postępowanie wyjaśniające było pełne, można oceniać czy analizowana cena jest rażąco niska.

Izba stwierdziła, że w ustalonym stanie faktycznym doszło do naruszenia przez zamawiającego art. 224 ust. 1 i 2 w zw. z art. 16 pkt 1 p.z.p., ponieważ wyjaśnienia przystępującego odpowiadają ogólnemu żądaniu zamawiającego zawartemu w wezwaniu z dnia 25 stycznia 2024 r., jednakże jedynie zapoczątkowały proces mogący doprowadzić do pełnego wyjaśnienia zaoferowanej ceny i dokonania jej kwalifikacji jako ceny rażąco niskiej lub jako ceny realnej. Na chwilę wyrokowania nie ma podstaw do przyjęcia, że omawiane wyjaśnienia są na tyle lakoniczne i gołosłowne, aby przyjąć, że nie zostały złożone.

Wyjaśnienia złożone w dniu 29 stycznia 2024 r. odpowiadają wezwaniu, wskazano w nich korzystne warunki, które posiada wykonawca, które wpływają na poziom zaoferowanej ceny – ponad 30 lat doświadczenia w tego typu zamówieniach i kilkadziesiąt szpitali, które wykonawca obsługuje, a przy tym w ostatnich 12 miesiącach wykonano ponad 10 zleceń na kwotę powyżej 300 000,00 zł. Obrót firmy za 2022 rok wyniósł 8 900 000,00 zł, przewidywany obrót za rok 2023 to 13 000 000,00 zł. Odniesiono się do posiadanego wyposażenia i urządzeń, co zdaniem wykonawcy daje mu osiągnięcie lepszego efektu w krótszym czasie i ma wpływ na zmniejszenie kosztów, ponieważ nie są ponoszone koszty zakupu czy wynajmu specjalistycznego sprzętu. Przystępujący wyjaśniał, że posiada bogate zaplecze techniczne – m.in. cztery liczniki cząsteczek, wielofunkcyjne przyrządy pomiarowe, mikrobiologiczny próbnik powietrza, aresolgenerator, urządzenie do rozcieńczania, urządzenia do pomiaru objętościowego przepływu powietrza, co pozwala przeprowadzać prace w wielu miejscach jednocześnie, skraca czas i bezpośrednio przekłada się na niższe koszty. Przystępujący dodał, że posiada także trzy samochody dostawcze wyposażone w niezbędny sprzęt do wykonywania zleceń, co zapewnia dużą elastyczność w działaniu, możliwość obsługi klientów na dużym obszarze, a w razie potrzeby szybkie przemieszczenie dodatkowych pracowników wraz z sprzętem i materiałami. Podkreślono, że ze względu na duży obrót firma jest w stanie sprawnie funkcjonować na rynku, nieustannie się rozwijając, inwestując w nowoczesny sprzęt, zdobywając nowych klientów jednocześnie stosując niskie marże, co przekłada się na konkurencyjne ceny przy zachowaniu krótkich terminów realizacji zamówienia i wysokiej jakości wykonywanych usług. Wskazano także, iż znaczny obrót i obsługa wielu zamówień przedkłada się na możliwość wynegocjowania niskich cen, nieosiągalnych dla innych firm z branży oraz brak ponoszenia kosztów podwykonawców.

W wyjaśnieniach wymieniono także składniki cenotwórcze składające się na cenę oferty, w szczególności podkreślono, że najniższa stawka godzinowa w firmie to 50,00 zł brutto. Zaznaczono, że to znacznie więcej niż stawka minimalna, a przy tym zachowane zostają normy prawa pracy i zabezpieczenia społecznego. Wykonawca zachowuje także zgodność z przepisami ochrony środowiska. Dalej przystępujący pokazał jak szczegółowo wyliczył swoje ceny za etapy w odniesieniu do części a i b, tj. wskazano na zawarte tam czynności, pokazano przyjętą dla ich realizacji liczbę godzin i stawkę (55,00 zł), co dało ceny szczegółowe dla etapu, w tym pokazano, że założono rezerwę i wkalkulowano koszty dodatkowe. Zatem przekazano szczegółową kalkulację, w rozbiciu na poszczególne elementy. Wyjaśnienia kalkulacji ceny odpowiadają wezwaniu wystosowanym przez jednostkę zamawiającą, w tym wbrew stanowisku odwołującego, zamawiający w wezwaniu wskazał, że „wyjaśnienia mogą dotyczyć w szczególności (...)”, a nie w sposób stanowczy żądał odniesienia się do wypunktowanych elementów (pkt 1-8 wezwania zamawiającego z 25.01.24 r.), co jest spójne z brzmieniem art. 224 ust. 3 p.z.p. stanowiącym przykładowy katalog elementów, do których można się odnieść.

Izba uwzględniła także, iż odwołujący w żaden sposób nie podważył spornych wyjaśnień, nie zawarto w odwołaniu szczegółowych danych pozwalających na uznanie ceny przystępującego za cenę nierealną. Odwołujący przedstawił własną, odmienną ocenę wyjaśnień ceny przystępującego ograniczając się do ogólnej polemiki z wyjaśnieniami, bez podjęcia próby faktycznego merytorycznego podważenia przedmiotowej kalkulacji. 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 wyjaśniania. Nie mamy 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.

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. Pomimo, że na wykonawcy wezwanym do złożenia wyjaśnień sposobu wyliczenia ceny spoczywa ciężar wykazania, że jego cena nie jest rażąco niska, to jednocześnie nie zwalnia to odwołującego z wykazania zasadności stawianych przez niego zarzutów. Zarzut zaniechania odrzucenia oferty ze względu za zaoferowanie 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. 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.

Odnosząc się do poszczególnych składników cenowych Izba wskazuje, że w zakresie kosztu zakupu filtrów należy zgodzić się z odwołującym, że należałoby dopytać przystępującego ile wynoszą rabaty/upusty, o czym mowa we wstępnej części wyjaśnień sposobu kalkulacji ceny, aby zamawiający mógł zweryfikować zaoferowaną cenę – szczegółowo wskazaną w formularzu oferty, lub zapytać ile wynosi cena, za którą przystępujący kupuje filtry od producenta. O ile należy także przyznać rację zamawiającemu, że ocena wyjaśnień nie może następować w oderwaniu od przedmiotu zamówienia, który jest prosty, obejmuje głównie dostawę filtrów w cenie z formularza ofertowego, to nawet przy tak skonstruowanym przedmiocie zamówienia, po otrzymaniu przedmiotowych wyjaśnień, zamawiający powinien zażądać dalszego doprecyzowania przedstawionych przez przystępującego elementów, żeby jednoznacznie zweryfikować te koszty. Na korzyść zamawiającego przemawia porównanie cen ze złożonych ofert wskazujące, że ceny filtrów zaoferowane przez odwołującego i przystępującego są niemalże identyczne (różnica kilkuset złotych), a tym samym trudno uznać, że cena przystępującego nie posiada poziomu rynkowego, co jednak nie zwalnia jednostki zamawiającej z obowiązku skrupulatnego przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego cenę.

Odwołujący podnosił także brak szczegółowego wyjaśnienia kosztów pracy. Sama stawka w wysokości 55,00 zł potwierdza przyjęcie tego składnika cenowego na poziomie właściwym, tj. większym niż stawka minimalna, zgodnym z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego. Natomiast odwołujący w istocie nie zdołał w żaden sposób podważyć tego kosztu, przykładowo nie odniesiono się do tego, ile osób odwołującego realizuje tego typu zamówienie, czyli dla ilu pracowników i jak odwołujący kalkuluje swoje stawki, ile płaci za godzinę. Zamawiający pozostawił wykonawcom swobodę i nie ma żadnych obostrzeń w dokumentacji postępowania w tym przedmiocie. Z drugiej strony na rozprawie doszło do *quasi* postępowania wyjaśniającego cenę przystępującego, co jest nieprawidłowe. Rozpoznając odwołanie skład orzekający ocenia czynności zamawiającego w przetargu, będące podstawą wyboru oferty najkorzystniejszej, a nie zastępuje komisję przetargową. Postępowanie wyjaśniające sposób kalkulacji ceny powinno być elementem oceny i badania ofert, zatem ustalony stan rzeczy przekonał Izbę, że w postępowaniu zabrakło szczegółowego dopytania przez zamawiającego o kalkulację dotyczącą ww. kosztu. Stanowisko procesowe przystępującego precyzuje te informacje i w pierwszej kolejności powinno być zweryfikowane przez zamawiającego w przetargu.

Co do kosztów utylizacji wydaje się, że cena nie jest zaniżona, ponieważ odwołujący nie wykazał podnoszonej przez siebie kwoty, która padła dopiero na rozprawie. Odwołanie jest w tym zakresie merytorycznie puste i trudno uznać, że cena przystępującego jest nieekwiwalentna, skoro z odwołania nie sposób dowiedzieć się ile powinna wynosić, zaś wskazane przez przystępującego kilkaset złotych nie skonsumuje zakładanego zysku, ani tzw. kosztów dodatkowych, więc nie ma podstaw do uznania, że zaoferowano cenę rażąco niską. To stanowisko procesowe przystępującego, które nie jest spójne ze wyjaśnieniami, przekonuje, że postępowanie wyjaśniające cenę należało w tym zakresie kontynuować.

W przedmiocie kosztów zakwaterowania, wyżywienia, delegacji, diet i przestojów, to koszty te nie zostały w żaden sposób połączone z koniecznością ich ponoszenia w toku realizacji przedmiotu zamówienia. Innymi słowy, nie wskazano na treść dokumentacji postępowania, która uzasadniała ponoszenie tych wydatków. Nie wskazano też na przyjęty przez wykonawców sposób realizacji tego typu zamówienia (przykładowo w odniesieniu do tego jak odwołujący realizuje takie umowy), ani na żadne obiektywne okoliczności, które uzasadniałoby wkalkulowanie tych kosztów w cenę oferty. Innymi słowy, w związku z treścią SWZ każdy wykonawca może przyjąć własne założenia w tym zakresie, nie mamy żadnych obostrzeń w dokumentacji postępowania, ponoszenie ww. kosztów nie jest obligatoryjne, a będzie

zasadne jedynie wtedy, gdy wykonawca w taki sposób będzie realizował umowę, że będą one konieczne do wliczenia w cenę. Stanowisko odwołującego wskazuje raczej na próbę znalezienia jakichkolwiek możliwych kosztów, z pominięciem treści wyjaśnień przystępującego i warunków realizacji zamówienia określonych w SWZ, aby tylko powiększyć rzekomo zaniżone/pominięte koszty. Jak również, w odwołaniu nie pada żadna kwota o jaką cena przystępującego miałaby zostać zaniżona. Odwołanie także sprowadza się do wyliczenia składników cenowych, bez sprecyzowania ile te koszty wynoszą, nawet w przybliżeniu.

Tożsamo w przedmiocie kosztów amortyzacji środków trwałych, wyposażenia personelu, sprzętu ochronnego, zabezpieczenia w pracy na wysokościach – 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 ww. elementów. Odwołujący podnosi co jego zdaniem jego konkurencja powinna zawrzeć w cenie, ale nie pokazuje żadnych konkretnych wartości o jaką cena ta miałaby zostać zaniżona, co pozwalałoby na weryfikację czy jest rażąco niska czy ekwiwalentna. Nie powiązano tych wydatków także z warunkami opisu przedmiotu zamówienia, czy koniecznością ponoszenia tych kosztów w sposób obiektywny, w ramach realizacji tego typu umowy. Odwołujący również realizuje tożsame zamówienia, na tym samym rynku i nie powinien mieć problemu z wskazaniem jaki wymiar kosztów powinien zostać uwzględniony w kalkulacji w tym zakresie, czego w odwołaniu zabrakło. Przy tym mając na uwadze rodzaj tych kosztów trudno uznać, że podmioty realizujące przedmiotowe zamówienia muszą ponosić takie koszty dla każdej nowej umowy. Skład orzekający nie widzi również takich podstaw w ramach opisu przedmiotu zamówienia. Zamawiający nie wykluczył możliwości korzystania z powyżej wskazanych, a posiadanych już środków, materiałów, wyposażenia personelu, etc., wykorzystywanych do obecnie świadczonej działalności.

Uwzględniając zatem indywidualny stan rozpoznawanej sprawy na moment orzekania, zdaniem składu orzekającego istnieje potrzeba doprecyzowania elementów składających się na kalkulację ceny oferty i wobec otrzymanej treści wyjaśnień, zamawiający był zobowiązany do kontynuowania procesu weryfikacji sposobu obliczenia ceny. Odwołujący wykazał, że w wyniku złożonych wyjaśnień pojawiły się dodatkowe wątpliwości, o które przystępującego należało dopytać. Sprecyzowanie wątpliwości i oczekiwań ze strony zamawiającego umożliwiłoby przystępującemu odniesienie się do nich w przetargu na odpowiednim poziomie szczegółowości, a zatem dostarczenia na tyle precyzyjnego materiału, aby uczynić proces zbadania ceny procesem realnym i zgodnym z wymogami ustawy p.z.p.

Ponadto warto zaznaczyć, że podnoszone na rozprawie przez odwołującego nowe okoliczności dotyczące wątpliwości zawarcia w cenie elementów wskazanych w opisie przedmiotu zamówienia/wzorce umowy są poza zakresem rozpoznania, w odwołaniu nie wskazano tych okoliczności faktycznych. Tożsamo w zakresie statusu odwołującego jako producenta, kiedy dopiero na rozprawie odwołujący podnosił, że powoduje to inne warunki w zakresie możliwej do zaoferowania ceny filtrów. Takie argumenty powinny zostać podniesione już przy formułowaniu odwołania, normy p.z.p. nie przewidują możliwości „uzupełnienia” odwołania i podnoszenia nowych faktów dopiero na rozprawie (art. 516 ust. 1 pkt 10 p.z.p.).

Konkludując, zdaniem Izby zamawiający naruszył przepisy ustawy, bowiem jedynie zapoczątkował proces wyjaśnienia ceny zaoferowanej przez przystępującego, jednakże z niezrozumiałych przyczyn przerwał go i dokonał przedwczesnej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. Naturalną konsekwencją analizy wyjaśnień przystępującego powinno być zmierzanie do usunięcia pojawiających się w wyniku pierwszych wyjaśnień wątpliwości – nie zaś wybór oferty najkorzystniejszej. Kontynuacja postępowania wyjaśniającego uczyniłaby zadość celowi regulacji wynikającej z art. 224 p.z.p., sprecyzowanie wątpliwości i oczekiwań ze strony zamawiającego umożliwiłoby przystępującemu odniesienie się do nich na odpowiednim poziomie szczegółowości, a zatem dostarczenia na tyle precyzyjnego materiału, aby uczynić proces kwalifikacji ceny jako rynkowej, bądź rażąco niskiej, procesem realnym i zgodnym z wymogami ustawy p.z.p., czego w postępowaniu zabrakło. Natomiast sankcja odrzucenia oferty przystępującego byłaby w ustalonym stanie sprawy nieadekwatna, tym bardziej, że odwołujący nie wykazał, aby z treści wyjaśnień wynikało, że na obecnym etapie stwierdzić można z przekonaniem, że zaoferowano cenę rażąco niską. Wyjaśnienia wymagają doprecyzowania, a odrzucenie oferty byłoby działaniem nieproporcjonalnym. Zatem zarzut nr 1 został przez Izbę uwzględniony, z dokonaniem subsumpcji pod normy, które powinny zostać zastosowane w ustalonym stanie faktycznym, a w konsekwencji uwzględniono również zarzut nr 2 dotyczący naruszenia przez zamawiającego art. 239 p.z.p. z powodu wadliwego, przedwczesnego wyboru oferty najkorzystniejszej, kiedy badanie i ocenę ofert należało kontynuować, a postępowanie weryfikujące cenę zakończyć, kiedy da ono jednoznaczny rezultat wskazujący czy cena jest realna czy zaniżona, czego w ustalonym stanie rzeczy nie sposób jednoznacznie stwierdzić.

Skład orzekający wskazuje również, że złożone przez przystępującego dokumenty przy piśmie procesowym z dnia 20 lutego 2024 r. zostały pominięte przy wyrokowaniu, ponieważ powinny zostać przedłożone zamawiającemu w ramach składania wyjaśnień, a nie w postępowaniu odwoławczym. Jak zasadnie podnosi się w orzecznictwie „Dowodzenie w zakresie realności zaoferowanej ceny może się odbywać wyłącznie na etapie składania wyjaśnień

zamawiającemu. Podstawą oceny przez Krajową Izbę Odwoławczą, a następnie Sąd Okręgowy zasadności zarzutu odrzucenia oferty z powodu niewykazania, że cena oferty jest prawidłowa są tylko i wyłącznie wyjaśnienia wykonawców przesłane zamawiającemu na jego wezwanie, w terminie wskazanym do złożenia wyjaśnień. Zamawiający w oparciu o te wyjaśnienia dokonuje oceny ceny ofertowej, a Izba, a następnie Sąd bada prawidłowość tej czynności zamawiającego w świetle uzyskanych wyjaśnień. Jak słusznie podnosi się w orzecznictwie, w trakcie postępowania odwoławczego KIO nie zastępuje zamawiającego, nie przeprowadza też za zamawiającego przypisanych mu ustawowo czynności. Weryfikuje jedynie działania zamawiającego i ocenia ich zgodność z literą ustawy Prawo zamówień publicznych (wyrok KIO 2708/14). Nie jest zatem uprawnione przeprowadzanie przez Izbę oraz Sąd postępowania dowodowego. W postępowaniu odwoławczym, jak i w postępowaniu skargowym pod uwagę przy wydawaniu rozstrzygnięcia bierze się jedynie materiał dowodowy zgromadzony w toku postępowania o zamówienie publiczne. Składanie przez skarżącego dopiero przed Izbą dodatkowych wyjaśnień i przedstawianie nowych argumentów w celu wykazania prawidłowości zaoferowanej ceny nie może być więc wzięte pod uwagę ani przez KIO, ani tym bardziej przez Sąd Okręgowy.” (tak wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 07.10.2020 r. sygn. akt: XXIII Ga 1131/20, por. też wyrok z 25.10.2021 r. sygn. akt: XXIII Zs 94/21).

Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołanie– dokonując subsumpcji pod normy, które powinny zostać zastosowane w ustalonym stanie faktycznym – gdyż wykazano, iż w przedmiotowym stanie faktycznym została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 554 ust. 1 pkt 1 p.z.p. Stwierdzone naruszenia przepisów ustawy miały istotny wpływ na wadliwy wynik postępowania o udzielenie zamówienia, tj. przedwczesny wybór oferty przystępującego jako oferty najkorzystniejszej.

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 § 7 ust. 1 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. 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 zamawiającego jako stronę przegrywającą kosztami postępowania odwoławczego w postaci wpisu (7500,00 zł) i wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego, zgodnie ze złożoną fakturą VAT, w kwocie zmniejszonej do limitu wynikającego z § 5 pkt 2 lit. b ww. rozporządzenia (3600,00 zł).

Przewodniczący:

.....