

WYROK

Warszawa, dnia 27 stycznia 2025 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Irmina Pawlik

Protokolantka: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 stycznia 2025 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 grudnia 2024 r. przez wykonawcę Pakar Service Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Metro Warszawskie Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego: wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Climbox Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Opolu oraz Impel Facility Services Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu

orzeka:

1. uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu Metro Warszawskie Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie w zakresie Zadania nr 1: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Climbox Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Opolu oraz Impel Facility Services Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych;
2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego Metro Warszawskie Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie i:
 - 2.1. zalicza do kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez odwołującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz kwotę 3600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika;
 - 2.2. zasądza od zamawiającego Metro Warszawskie Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie na rzecz odwołującego Pakar Service Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie kwotę 18 600 zł 00 gr (osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

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.

Przewodnicząca:.....

Uzasadnienie

Zamawiający Metro Warszawskie Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (dalej jako „Zamawiający”) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego na usługi pn. „Kompleksowe utrzymanie czystości na 39+3 stacjach Metra Warszawskiego wraz z utrzymaniem toalet publicznych z podziałem na 2 Zadania” (nr WP.25.00168.2024.S.P.PAWA). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 30 września 2024 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej S 190/2024 pod numerem 585208-2024. Do ww. postępowania o udzielenie zamówienia zastosowanie znajdują przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2024 r. poz. 1320, dalej „ustawa Pzp”). Wartość szacunkowa zamówienia przekracza progi unijne, o których mowa w art. 3 ustawy Pzp.

W dniu 23 grudnia 2024 r. wykonawca Pakar Service Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (dalej jako „Odwołujący”) wniósł odwołanie wobec czynności wyboru oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Climbox Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Opolu oraz Impel Facility Services Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu (dalej jako „Przystępujący”) w zakresie Zadania 1 (zarzut naruszenia art. 239 ust. 1 w zw. z art. 16 oraz 17 ust. 2 ustawy Pzp) oraz zaniechania

odrzućenia oferty Przystępującego w sytuacji, gdy oferta Konsorcjum zawiera rażąco niską cenę za wykonanie zamówienia a Konsorcjum wezwane do udzielenia wyjaśnień ceny nie wykazało i nie udowodniło aby cena jaką zaoferowało w postępowaniu nie była rażąco niska (zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 oraz art. 224 ust. 6 ustawy Pzp).

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem zarzutów podniesionych w odwołaniu, odrzućenia oferty Przystępującego zgodnie z uzasadnieniem odwołania oraz dokonanie ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej. Odwołujący wniósł także o obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania, w tym kosztami zastępstwa procesowego.

Zamawiający w dniu 20 stycznia 2025 r. złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości.

W dniu 20 stycznia 2025 r. pismo procesowe w sprawie złożył Przystępujący, wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

Odwołujący na posiedzeniu w dniu 23 stycznia 2025 r. złożył dalsze pismo z uzupełniającą argumentacją i dowodami.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, uwzględniając akta sprawy odwoławczej, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia zgłoszonego do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Climbox Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Opolu oraz Impel Facility Services Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu.

Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzućeniem odwołania w całości na podstawie art. 528 ustawy Pzp.

Izba uznała, iż Odwołujący, jako podmiot, który złożył ofertę w postępowaniu na Zadanie nr 1, a w drodze wniesionego odwołania dąży do unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz odrzućenia oferty wybranego wykonawcy, posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, a zatem spełnione zostały materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba rozstrzygając sprawę uwzględniła dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego, w szczególności SWZ wraz z załącznikami, oferty wykonawców złożone w obu częściach zamówienia, wyjaśnienia złożone przez Przystępującego w zakresie wyliczenia ceny, wyjaśnienia złożone przez wykonawcę Amlux Sp. z o.o. w zakresie wyliczenia ceny, zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej w Zadaniu nr 1, zawiadomienie o odrzućeniu oferty Amlux Sp. z o.o. w Zadaniu nr 2. Izba ponadto dopuściła i przeprowadziła dowody z dokumentów złożonych przez Odwołującego, tj. zestawienia absencji chorobowych osób niepełnosprawnych zatrudnionych u Odwołującego, wydruku informacji dotyczących kosztów nadgodzin osób niepełnosprawnych, kalkulatora kosztów placowych roboczogodziny pracy pracownika ochrony w 2025 r. publikowanego przez Polski Związek Pracodawców Ochrona, wyliczenia minimalnej kalkulacyjnej stawki roboczogodziny w budownictwie dla robót budowlano-montażowych w pierwszej połowie 2024 r., z dokumentów złożonych przez Zamawiającego, tj. korespondencji mailowej z Dyrektorem Biura ds. BHP Metra Warszawskiego dotyczącej wyposażenia pracownika w obuwie ochronne oraz wykazu usług porządkowych i kosztów ich wykonania (styczeń 2025), z dokumentów złożonych przez Przystępującego, tj. korespondencji z Zamawiającym dotyczącej aktualizacji osób przeszkolonych w zakresie BHP, kart szkolenia BHP z dnia 19 grudnia 2024 r. oraz orzeczeń o niepełnosprawności, na okoliczności objęte zakresem zaskarżenia, wynikające z treści tych dokumentów, powołane przez Strony i Uczestnika w pismach i podczas rozprawy.

Izba ustaliła, co następuje:

W oparciu o dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego Izba ustaliła w szczególności następujące, istotne dla rozstrzygnięcia, okoliczności stanu faktycznego.

Zgodnie z pkt 4.3 SWZ przedmiot zamówienia obejmuje kompleksowe utrzymanie czystości na 39+3 stacjach Metra Warszawskiego wraz z utrzymaniem toalet publicznych w podziale na 2 następujące części (Zadania): Zadanie nr 1: kompleksowe utrzymanie czystości na 21 stacjach I linii Metra Warszawskiego wraz z obsługą sanitariatów publicznych z podziałem na zamówienie podstawowe oraz Opcje wskazane w punkcie 4.8.2. SWZ; Zadanie nr 2:

kompleksowe utrzymanie czystości na 18+3 stacjach II linii Metra Warszawskiego wraz z obsługą sanitariatów publicznych z podziałem na zamówienie podstawowe oraz Opcje wskazane w punkcie 4.9.2. SWZ. W pkt 4.7 SWZ wskazano, że w każdym z Zadań stanowiących Przedmiot Zamówienia Zamawiający przewiduje możliwość zastosowania opcji, o której mowa w art. 441 ust. 1 ustawy Pzp. W pkt. 4.8 wskazano, że zamówienie objęte Zadaniem nr 1 będzie realizowane w podziale na następujący zakres podstawowy i zakres opcjonalny: 4.8.1 Zamówienie podstawowe Zadania nr 1 obejmuje: 1) usługi „wykonywane na stacjach i na bieżąco”, realizowane w zakresie opisanym w „Wykazach usług porządkowych i jednostkowych kosztów i wykonania” dla poszczególnych stacji I linii metra (stanowiących zał. nr 2a do ST), oraz 2) usługi „wykonywane na zlecenie raz lub dwa razy w roku” na 21 stacjach I linii metra od stacji A01 Kabaty do stacji A23 Młociny, wskazane w „Wykazie usług porządkowych i kosztów i wykonania” (stanowiącym zał. nr 1a do ST). Zakres gwarantowany Zadania nr 1 obejmuje usługi zamówienia podstawowego „wykonywane na stacjach i na bieżąco” na 21 stacjach I linii metra od stacji A01 Kabaty do stacji A23 Młociny. Pozostały zakres zamówienia podstawowego Zadania nr 1 (tj. „usługi wykonywane na zlecenie raz lub dwa razy w roku”) będzie zlecany przez Zamawiającego w zakresie wynikającym z bieżących potrzeb i rozliczany za faktycznie wykonane usługi. Zgodnie z pkt 4.8.2 Zamówienia opcjonalne Zadania nr 1 obejmują: 1) Opcję nr 1 obsługę toalet publicznych I linii metra, 2) Opcję nr 2 całoliniowy serwis wspomagający, i będą realizowane zgodnie z poniższymi zakresami, terminami i zasadami. Zgodnie z pkt 4.8.2.1 SWZ Opcja nr 1: dotyczy obsługi toalet publicznych na 21 stacjach I linii metra, może być uruchamiana przez Zamawiającego na okresy kwartalne w ciągu całego okresu trwania umowy z wyprzedzeniem 10 dni kalendarzowych.

Zgodnie z pkt 4.10 SWZ Zamawiający wymaga zatrudnienia na podstawie umowy o pracę w rozumieniu przepisów Ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. - Kodeks Pracy (t.j. Dz. U. z 2023 r, poz. 1465 ze zm.) przez Wykonawcę lub Podwykonawcę wszystkich osób wykonujących w trakcie realizacji Przedmiotu Zamówienia czynności (usługi) na stanowiskach wskazanych w załączniku nr 5a (w przypadku Zadania nr 1) i 5b (w przypadku Zadania nr 2) do ST z wyjątkiem pracowników wykonujących serwis techniczny związany z usuwaniem graffiti oraz z uprawnieniami do prowadzenia prac na wysokościach. W pkt 4.11 SWZ wskazano, że Wykonawca zapewni w całym okresie realizacji Przedmiotu Zamówienia minimalną liczbę etatów pozwalającą na obsadę na trzech zmianach wszystkich stanowisk pracy na stacjach metra wyszczególnionych w załącznikach nr 5a lub 5b do ST (w zależności od wykonywanego Zadania). W załączniku nr 5a wymienieni byli m.in. pracownicy toalet publicznych.

Zgodnie z pkt 8 SWZ przedmiot zamówienia w zakresie zamówienia podstawowego (dot. Zadania nr 1 i Zadania nr 2) będzie realizowany w okresie od zawarcia umowy (ale nie wcześniej niż od 01.01.2025 r.) przez okres 36 miesięcy. Zakres opcjonalny Zadania nr 1 w zakresie Opcji nr 1 i Opcji nr 2 może zostać uruchomiony przez Zamawiającego w całym okresie obowiązywania zamówienia podstawowego z uwzględnieniem postanowień pkt 4.8.2 SWZ.

Zgodnie z pkt 23 SWZ kryterium oceny ofert stanowiła cena brutto wykonania Przedmiotu Zamówienia (w zakresie podstawowym i opcjonalnym). Wykonawcy w formularzu ofertowym dla Zadania nr 1 mieli podać cenę za realizację zamówienia podstawowego (poz. 1 tabeli „Lista pozycji”), cenę za zamówienie opcjonalne nr 1 (poz. 2 tabeli) oraz cenę za zamówienie opcjonalne nr 2. Następnie w tabeli „Kryteria” wykonawcy zobowiązani byli podać łączną cenę za zakres podstawowy i opcjonalny. W pkt 24.11 SWZ Zamawiający wskazał, że za istotne części składowe ceny, o których mowa w pkt 24.7 SWZ, należy uznać poszczególne ceny jednostkowe określone w Formularzu Oferty.

W postępowaniu w zakresie Zadania nr 1 wpłynęło 6 ofert, w tym oferta Odwołującego i Przystępującego. Przystępujący zaoferował wykonanie przedmiotu zamówienia (zakres podstawowy i opcjonalny) za cenę 81 335 312,99 zł brutto, w tym 67 328 554,90 zł brutto za zakres podstawowy, 12 918 117,02 zł brutto za Opcję nr 1 oraz 1 088 641,07 zł brutto za Opcję nr 2.

W toku badania i oceny ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia Zamawiający w piśmie z 28 listopada 2024 r. skierowanym do Przystępującego wskazał:

„Zamawiający zweryfikował załączone do oferty formularze cenowe, tj. wypełnione wykazy usług porządkowych i kosztów ich wykonania (sporządzone wg wzoru stanowiącego zał. nr 1a do Specyfikacji Technicznej (ST)) oraz wypełnione wykazy usług porządkowych i jednostkowych kosztów ich wykonania na stacjach I linii metra (sporządzone wg wzorów stanowiących zał. nr 2a do ST) i ustalił, że podana w Formularzu Ofertowym cena za Wykonanie Opcji nr 1 obejmującej obsługę toalet publicznych na 21 stacjach I linii metra wydaje się rażąco niska w stosunku do Przedmiotu Zamówienia.

Zgodnie z pkt 24.7 SWZ, jeżeli 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, Zamawiający żąda od Wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub jej istotnych

części składowych.

Zgodnie z pkt 24.11 SWZ, za istotne części składowe ceny, o których mowa w pkt 24.7 SWZ, należy uznać poszczególne ceny jednostkowe określone w Formularzu Oferty. Formularz Ofertowy zawiera cenę jednostkową obejmującą łączną cenę za wykonanie Opcji nr 1 Zadania nr 1 co oznacza, że stanowi on istotną część składową ceny oferty i podlega badaniu i ocenie na okoliczność ceny rażąco niskiej.

Zamówienie opcjonalne w zakresie Opcji nr 1 Zadania nr 1 zostało przez Państwa wycenione na 10 502 534,16 PLN netto, tj. 12 918 117,02 PLN brutto. Określona w Państwa ofercie wartość Opcji nr 1 Zadania nr 1 dotycząca obsługi toalet publicznych na 21 stacjach I linii metra w godzinach 6.00-22.00 stanowi zaledwie 65,63 % średniej arytmetycznej złożonych ofert dla tej pozycji.

Zamawiający stwierdził, że ww. cena jednostkowa po ustaleniu i uwzględnieniu:

- 1) aktualnych cen rynkowych zakupu materiałów,
 - 2) kosztu wynagrodzenia pracowników (ustawowa stawka minimalnego wynagrodzenia za pracę obowiązująca od 01.01.2025 r.),
 - 3) konieczności wykonania usługi zgodnie z zapisami ST a w szczególności zgodnie z załącznikiem nr 5a do SW (minimalne liczby stanowisk) oraz nr 3a do ST (Technologia utrzymania czystości),
- wyda się rażąco niska w stosunku do Przedmiotu Zamówienia i budzi wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania Przedmiotu Zamówienia zgodnie z wymaganiami SWZ

W związku z powyższym - działając na podstawie art. 224 ust. 1 w związku z ust. 3 ustawy Pzp w związku z pkt 24.7 SWZ - Zamawiający wzywa Państwa do udzielenia wyjaśnień tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny za wykonanie Opcji nr 1 obejmującej obsługę toalet publicznych na 21 stacjach I linii metra (stanowiącej istotną część składową ceny oferty) z uwzględnieniem przyczyn zaoferowania tak niskiej ceny, w szczególności w zakresie:

- 1) zarządzania procesem produkcji, świadczonych usług lub metody budowy;
- 2) wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków dostaw, usług albo związanych z realizacją robót budowlanych;
- 3) oryginalności dostaw, usług lub robót budowlanych oferowanych przez Wykonawcę;
- 4) zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2020 r. poz. 2207 oraz 2023 r. poz. 1667) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie;
- 5) zgodności z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej;
- 6) zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;
- 7) zgodności z przepisami z zakresu ochrony środowiska;
- 8) wypełniania obowiązków związanych z powierzeniem wykonania części zamówienia podwykonawcy.

W szczególności Zamawiający prosi o przedstawienie wyliczenia i dowodów wskazujących, że możliwe jest wykonanie Opcji nr 1 Zadania nr 1 za zaoferowaną przez Państwa cenę z zachowaniem zysku oraz z:

- 1) uwzględnieniem aktualnych cen rynkowych materiałów,
- 2) uwzględnieniem ustawowej stawki minimalnego wynagrodzenia za pracę obowiązującej od 01.01.2025 r.,
- 3) uwzględnieniem wymagań dot. wykonania usługi określonych w załączniku nr 5a do ST (minimalne liczby stanowisk) oraz nr 3a do ST (Technologia utrzymania czystości pkt x.5.3)."

W odpowiedzi na powyższe wezwanie Przystępujący złożył wyjaśnienia wraz z dowodami, zastrzeżone w części jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Zamawiający pismem z 12 grudnia 2024 r. poinformował wykonawców o wyborze oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej w zakresie Zadania nr 1. Oferta Odwołującego była drugą ofertą w rankingu ofert. W tym samym piśmie Zamawiający poinformował wykonawców także o wyborze oferty najkorzystniejszej w zakresie Zadania nr 2 oraz o czynności odrzucenia oferty wykonawcy Amlux Sp. z o.o. na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp. Uzasadniając tę czynność Zamawiający wskazał m.in., że ustalił następujące okoliczności podważające rentowność usług w zakresie Opcji nr 1: a) brak uwzględnienia przez Wykonawcę podstawowych (wysokich) kosztów usługi wynikających z zał. 3b oraz zał. 6b do ST, b) Wykonawca nie uwzględnił, że osoby niepełnosprawne pracują (zgodnie z powszechnie obowiązującymi przepisami) po 7h (a nie 8h) dziennie co znacząco zwiększa koszty dzienne o np. 20h miesięcznie na 1 etacie, c) Wykonawca w sposób budzący daleko idące zastrzeżenia Zamawiającego założył, że w całym 36 miesięcznym okresie realizacji usługi będzie stale zatrudniał wyłącznie osoby z niepełnosprawnością. Na podstawie przeprowadzonych wyliczeń Zamawiający zaważył, że w przypadku jakiegokolwiek absencji osób niepełnosprawnych z dofinansowaniem, w przypadku gdy Wykonawca będzie zmuszony opłacić 1,2 etatu wg minimalnego wynagrodzenia

za pracę obowiązującego na terenie RP, założony przez Wykonawcę miesięczny zysk zmaleje do 0, d) wysoce nieprawdopodobne jest w opinii Zamawiającego uzyskanie założonego przez Wykonawcę poziomu dofinansowania z PFRON. Dofinansowanie w wysokości zakładanej przez Wykonawcę możliwe byłoby wyłącznie przy zatrudnieniu minimum potowy pracowników z znacznym stopniu niepełnosprawności, e) zatrudnienie wyłącznie pracowników, którzy złożą rezygnację z udziału w PPK (Zamawiający zwrócił uwagę, że każdy pracownik jest raz na 4 lata zapisywany automatycznie a kolejny taki proces nastąpi w 2027 r. Udział pracowników w PPK może generować dodatkowe koszty po stronie Wykonawcy a założenie ich całkowitego braku jest błędne. Zamawiający stwierdził, że podniesione powyżej przestanki powodują bardzo duże zwiększenie kosztów i utratę zakładanego (minimalnego) zysku a tym samym ponoszenie przez Wykonawcę strat w zakresie Opcji nr 1.

Izba zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba za zasadny uznała zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 oraz art. 224 ust. 6 ustawy Pzp przez zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego w sytuacji, gdy jego oferta zawiera rażąco niską cenę za wykonanie zamówienia a Przystępujący wezwany do udzielenia wyjaśnień ceny nie wykazał i nie udowodnił, aby cena jaką zaoferował w postępowaniu nie była rażąco niska, a w konsekwencji także zarzut naruszenia art. 239 ust. 1 w zw. z art. 16 oraz 17 ust. 2 ustawy Pzp przez wybór oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej w Zadaniu nr 1.

Przywołując ww. regulacje prawne należy wskazać, że zgodnie z art. 16 ustawy Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny. Art. 17 ust. 2 ustawy Pzp stanowi, że zamówienia udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Ponadto w myśl art. 224 ust. 6 ustawy Pzp odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu. Zgodnie zaś z art. 239 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.

Zasadnicze znaczenie dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy miała kwestia rozkładu ciężaru dowodu w zakresie wykazania, że cena oferty nie jest rażąco niska w postępowaniu o udzielenie zamówienia oraz w postępowaniu odwoławczym.

Izba wskazuje, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia ciężar ten spoczywa na wykonawcy, który został wezwany do wyjaśnień w tym przedmiocie, na co wskazuje wprost art. 224 ust. 5 ustawy Pzp. Zgodnie z utrwalonym w orzecznictwie poglądem złożone przez wykonawcę wyjaśnienia w zakresie ceny oferty lub kosztu, lub ich istotnych części składowych, winny być konkretne, wyczerpujące i rozwiewające wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów. To na wykonawcy ciąży obowiązek wykazania, jakie obiektywne czynniki pozwoliły mu na obniżenie ceny oferty oraz w jakim stopniu dzięki tym czynnikom cena oferty została obniżona. Powyższe ma bardzo istotne znaczenie, ponieważ to wyłącznie na podstawie złożonych wyjaśnień Zamawiający dokonuje oceny czy oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt, czy też rażąco niskie ich istotne części składowe. Efektem składanych wyjaśnień ma być stworzenie podstaw do uznania przez zamawiającego, że podejrzenie dotyczące rażąco niskiej ceny oferty nie było uzasadnione. Podkreślić trzeba, iż nie tylko nieudzielenie wyjaśnień w wyznaczonym terminie skutkować będzie koniecznością odrzucenia oferty, ale także złożenie takich wyjaśnień, które nie uzasadniają podanej w ofercie ceny (por. art. 224 ust. 6 ustawy Pzp).

Z kolei w postępowaniu odwoławczym, zgodnie z art. 537 ustawy Pzp ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na: 1) wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego; 2) zamawiającym, jeżeli wykonawca, który złożył ofertę, nie jest uczestnikiem postępowania odwoławczego. Wskazany obowiązek dowodowy ma dla wyniku postępowania odwoławczego zasadnicze znaczenie. Kontradiktoryjny charakter postępowania odwoławczego powoduje, że rolą stron, między którymi toczy się spór, jest udowodnienie swoich racji i obrona prezentowanych stanowisk, zaś rola Izby sprowadza się do oceny prezentowanego w toku postępowania odwoławczego materiału dowodowego. Inicjatywa stron w przedstawianiu twierdzeń i dowodów na ich poparcie ma zatem zasadniczy wpływ na rozstrzygnięcie.

Przenosząc powyższe na grunt rozpoznawanej sprawy Izba stwierdziła, że Przystępujący nie sprostął spoczywającemu na nim ciężarowi wykazania, że złożona przez niego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w zakresie Opcji nr 1 ani składając wyjaśnienia w toku postępowania o udzielenie zamówienia, ani w postępowaniu odwoławczym.

Nie była sporna pomiędzy Stronami okoliczność, że cena za Opcję nr 1 stanowi istotną część składową ceny. Na powyższe Zamawiający wskazał wprost w wezwaniu skierowanym do Przystępującego, gdzie zauważono, że „zgodnie z pkt 24.11 SWZ, za istotne części składowe ceny, o których mowa w pkt 24.7 SWZ, należy uznać poszczególne ceny jednostkowe określone w Formularzu Oferty. Formularz Ofertowy zawiera cenę jednostkową obejmującą łączną cenę za wykonanie Opcji nr 1 Zadania nr 1 co oznacza, że stanowi on istotną część składową ceny oferty i podlega badaniu i ocenie na okoliczność ceny rażąco niskiej.” Zakres zamówienia opcjonalnego powinien zostać wyceniony z uwzględnieniem rzeczywistych i pełnych kosztów jego wykonania, co do zasady nie jest bowiem dopuszczalne uwzględnianie kosztów dotyczących prawa opcji w cenie oferty za zamówienie podstawowe, ponieważ takie działanie prowadziłoby do poniesienia przez Zamawiającego nieuzasadnionych kosztów za niewykonany zakres zamówienia w sytuacji, gdy nie skorzysta on z prawa opcji.

Nie było także sporne w sprawie, że cena zaoferowana przez Przystępującego za Opcję nr 1 istotnie odbiegała od cen zaoferowanych przez innych wykonawców – Przystępujący zaoferował cenę za zamówienie opcjonalne nr 1 na poziomie 10,5 mln zł, podczas gdy ceny ofert pozostałych wykonawców (za wyjątkiem jednej, odrzuconej oferty gdzie Opcję nr 1 wyceniono na 1zł) kształtowały się w granicach od 18 do 20,4 mln zł. Jednocześnie wycena zakresu podstawowego zamówienia przez Przystępującego nie odbiegała już tak znacznie od cen innych wykonawców – wynosiła 54,7 mln zł, a ceny innych ofert od 50 do 59 mln zł. Procentowy udział zamówienia opcjonalnego w cenie całkowitej oferty w przypadku Przystępującego nie przekraczał 20%, podczas gdy w przypadku innych ofert poziom ten wynosił 32-35%. Średni procentowy udział zamówienia opcjonalnego na obsługę toalet w drugiej części zamówienia (II linia metra) również wynosił 35%.

Mając na uwadze powyższe okoliczności, nie pozostawia wątpliwości fakt, że Przystępujący, wezwany do wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny za wykonanie Opcji nr 1, powinien był przede wszystkim wykazać, że po jego stronie istnieją konkretne, obiektywne czynniki umożliwiające mu zaoferowanie ceny za świadczenie usług na poziomie istotnie odbiegającym od ofert innych wykonawców. Jednocześnie, z uwagi na fakt, że przedmiotem Opcji nr 1 jest obsługa toalet publicznych, za kluczowy czynnik cenotwórczy należy w tym przypadku uznać koszty pracy. Kalkulacja kosztów pracy powinna zostać wyjaśniona w sposób rzetelny, a prezentowane okoliczności wpływające na obniżenie ceny powinny zostać poparte dowodami. W orzecznictwie wskazuje się, że jeżeli wykonawca powołuje się na właściwe tylko jemu okoliczności powodujące możliwość znacznego obniżenia ceny oferty (np. upusty dedykowane tylko temu wykonawcy, szczególne oferty jakie uzyskał od podwykonawców, dofinansowanie do wynagrodzenia pracowników, etc.) i obiektywnie możliwe jest wsparcie tej argumentacji dowodem, to wówczas taki dowód powinien zostać złożony zamawiającemu, aby uczynić wyjaśnienia przekonującymi dla Zamawiającego, a jednocześnie pełnymi (por. m.in. wyrok KIO z dnia 4 maja 2023 r., sygn. akt: KIO 1117/23). Podobnie w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy i Zamówień Publicznych z dnia 21 lutego 2024 r., sygn. akt: XXIII Zs 112/23, wskazano, że jeżeli wykonawca powołał się na konkretny czynnik cenotwórczy, dostępny wyłącznie jemu, to powinien do wyjaśnień załączyć dowód w tym zakresie. Z kolei jak zauważono m.in. w wyroku KIO z dnia 9 czerwca 2023 r., sygn. akt: KIO 1467/23, o tym czy dany dowód jest możliwy do uzyskania decyduwać będzie charakter okoliczności powoływanych przez wykonawcę. Jeżeli są one obiektywnie możliwe do stwierdzenia na przykład na podstawie zaświadczeń, oświadczeń, ofert, umów i innych informacji wytworzonych przez podmioty niezależne od wykonawcy, to wówczas taki dokument będzie miał walor dowodowy, wykraczający poza samą treść wyjaśnień wykonawcy.

Odnosząc się do wyjaśnień złożonych przez Przystępującego w postępowaniu o udzielenie zamówienia w pierwszej kolejności należy wskazać, że Zamawiający przekazał Odwołującemu treść wyjaśnień złożonych przez Przystępującego i załączonych do nich dowodów w taki sposób, że Odwołujący mógł zapoznać się z pełną ich treścią, pomimo zastrzeżenia części informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Kluczowe dla rozstrzygnięcia informacje zostały przywołane w treści odwołania, jak i były omawiane na jawnej rozprawie, co nie spotkało się ze sprzeciwem Przystępującego. Przystępujący w postępowaniu odwoławczym nie podtrzymywał woli nieujawniania danych zawartych w wyjaśnieniach dotyczących wyliczenia ceny i załączonych do nich dowodach, wobec czego poniższe uzasadnienie prezentuje pełne informacje w zakresie uzasadnionym przedmiotem sporu.

Przystępujący w złożonych wyjaśnieniach wskazał, że zamierza zatrudnić do realizacji Opcji nr 1 pracowników na 66,63 etaty, przy jednoczesnym założeniu poziomu dofinansowania do wynagrodzenia dla osób niepełnosprawnych na poziomie 190 003,66 zł miesięcznie. Przystępujący przyjął do realizacji zamówienia zatrudnienie wyłącznie osób niepełnosprawnych, w tym osób niepełnosprawnych w stopniu umiarkowanym specjalnym na 2 etaty, osób niepełnosprawnych w stopniu znacznym na 23,63 etaty, osób niepełnosprawnych w stopniu znacznym specjalnym na 41 etatów. Sama liczba etatów nie budziła w sprawie zastrzeżeń. Wątpliwości powstały natomiast w odniesieniu do przyjętego przez Przystępującego poziomu dofinansowania do wynagrodzenia pracowników, założonego w prawie maksymalnej wysokości. Izba stwierdziła, że w złożonych wyjaśnieniach – poza wskazaniem na przyjęte koszty pracy w

przeliczeniu na 1 etat, liczbę założonych etatów oraz uwzględniony w kalkulacji poziom dofinansowania z PFRON (dowód nr 1 – kalkulacja ceny ofertowej) – nie przedstawiono żadnych twierdzeń uwiarygadniających i uszczegóławiających te założenia. W wyjaśnienia zawarto jedynie ogólne, nie mające konkretnej wartości dodanej hasła, takie jak „Impel jako pracodawca zatrudniający pracowników niepełnosprawnych, korzysta z dofinansowań do wynagrodzeń osób z orzeczeniem o niepełnosprawności” czy „szczególne okoliczności wpływające na warunki realizacji zamówienia oraz na wysokość ceny, wynikające z zastosowanych przez Impel metod, polegają na: możliwości zapewnienia zastępstw chorobowych i urlopowych z zasobów kadrowych, pozostających w dyspozycji Wykonawcy, możliwości realizacji zamówienia przy pomocy osób niepełnosprawnych.”

Co znamienne, Przystępujący tak istotnej okoliczności wpływającej na cenę jak przyjęcie poziomu dofinansowania z PFRON do wynagrodzenia osób niepełnosprawnych w stopniu znacznym i znacznym specjalnym, nie poparł żadnymi adekwatnymi dowodami. Przypomnieć w tym miejscu należy, że w przypadku gdy Zamawiający wezwie danego wykonawcę do złożenia wyjaśnień, to ten wykonawca wszelkimi niezbędnymi środkami dostępnymi w danej sprawie i uzasadnionymi w konkretnym stanie faktycznym, powinien wykazać Zamawiającemu, że jego oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej, w szczególności zaś przedstawić dowody na poparcie okoliczności pozwalających obniżyć cenę oferty, jeżeli są one obiektywnie możliwe do pozyskania. Tymczasem Przystępujący jako dowód złożył oświadczenie własne, że dysponuje pracownikami niepełnosprawnymi wskazanymi w wyjaśnieniu rażąco niskiej ceny skierowanymi do realizacji usługi obejmującej obsługę toalet publicznych dla Opcji nr 1, które w praktyce - jeśli chodzi o walor dowodowy - niczym się nie różni od ogólnych twierdzeń zawartych w treści wyjaśnień. Oprócz tego oświadczenia Przystępujący złożył tylko przykładowe wnioski o wypłatę miesięcznego dofinansowania do wynagrodzeń pracowników niepełnosprawnych (bez załączników), które potwierdzają jedynie fakt, że członek konsorcjum Przystępującego zatrudnia osoby niepełnosprawne i otrzymuje z tego tytułu dofinansowanie z PFRON, co de facto jest okolicznością bezsporną. Dowody te nie wykazują natomiast realności przyjętych w tym postępowaniu konkretnych założeń, tj. nie dowodzą okoliczności, że Przystępujący dysponuje pracownikami o takim stopniu niepełnosprawności i w takiej ilości, jaką przyjął kalkulując cenę oferty i pomniejszając ją o zakładany poziom dofinansowania z PFRON. Zauważyć należy, że przedstawienie takich dowodów nie było obiektywnie trudne - skoro zgodnie z oświadczeniem Przystępującego (dowód nr 1 do wyjaśnień) dysponuje on pracownikami wskazanymi w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny, to powinien przecież dysponować także umowami o pracę i orzeczeniami o niepełnosprawności. Trudno w takiej sytuacji uznać, aby Przystępujący wykazał składając wyjaśnienia realność przyjętych założeń. Co więcej, realność tą podważają dowody złożone przez Przystępującego w postępowaniu odwoławczym. Abstrahując od okoliczności, na którą słusznie zwrócił uwagę Odwołujący, że przekazane w dniu rozprawy orzeczenia o niepełnosprawności powinny zostać złożone wraz z wyjaśnieniami w postępowaniu o udzielenie zamówienia, a nie dopiero w postępowaniu odwoławczym, to dowody te co najwyżej mogą potwierdzić okoliczność, że Przystępujący zatrudnia osoby niepełnosprawne, ale w stopniu umiarkowanym, a nie taki poziom dofinansowania do wynagrodzenia pracowników przyjął kalkulując cenę oferty. Dodać należy, że w treści odwołania wskazano, że aktualny wykonawca zamówienia objętego Opcją nr 1 (konsorcjum w składzie z wykonawcą Impel Facility Services Sp. z o.o.) do jego realizacji zatrudnia jedynie 17 osób niepełnosprawnych, z których żadna nie posiada schorzenia znacznego. Okoliczność ta nie była kwestionowana przez Zamawiającego i Przystępującego. Wręcz przeciwnie, pośrednio potwierdzają ją dowody złożone przez przeciwników procesowych Odwołującego (orzeczenia o niepełnosprawności w stopniu umiarkowanym). Przystępujący nie wyjaśnił czy realizacja przedmiotu zamówienia prawie wyłącznie przez osoby niepełnosprawne w stopni znacznym (23 osoby) i znacznym specjalnym (41 osób) jest w ogóle możliwa i jak jego obecna deklaracja ma się do faktu, że poprzednie zamówienie realizuje personel o niższym stopniu niepełnosprawności oraz pełnosprawny. Przystępujący nie wskazał czym uzasadniona jest taka zmiana podejścia do sposobu realizacji zamówienia, nie przeczył też, że nie jest to standardowy personel dostępny na rynku, w wyjaśnieniach sam zaś podnosił, że aktualna sytuacja na rynku pracy jest trudna (brak osób chętnych do wykonywania usług prostych).

Dalej należy podnieść, że Odwołujący w sposób szczegółowy wskazał z jakimi okolicznościami wpływającymi na kalkulację ceny oferty wiąże się założenie przez Przystępującego zatrudnienia wyłącznie osób niepełnosprawnych w stopniu znacznym na cały okres realizacji Opcji nr 1 (36 miesięcy). Wśród nich należy wymienić przykładowo konieczność zapewnienia zastępstw chorobowych i urlopowych przez personel o takich samych cechach przez cały okres realizacji umowy, standardowy wymiar czasu pracy 7h, dodatkowe 10 dni płatnego urlopu, prawo do zwolnienia z

pracy w celu uczestniczenia w turnusie rehabilitacyjnym, prawo do zwolnienia z pracy w celu wykonania badań specjalistycznych. Powyższe twierdzenia Odwołującego znajdują uzasadnienie w przepisach prawa pracy i zabezpieczenia społecznego i nie były one kwestionowane. Odwołujący przedstawił także w odwołaniu i piśmie procesowym konkretne wyliczenia w powyższym zakresie wskazujące na niedoszacowanie przez Przystępującego kosztów pracowniczych i kosztów zastępstw, popierając swoje twierdzenia dowodami. Ani Zamawiający, ani Przystępujący, na którym spoczywał ciężar wykazania realności ceny za Opcję nr 1, do przedstawionych przez Odwołującego konkretnych argumentów i wyliczeń w zasadzie się nie odnieśli. Z wyjaśnień złożonych przez Przystępującego w postępowaniu o udzielenie zamówienia nie wynika, czy i w jaki sposób uwzględnił on powyższe czynniki kosztotwórcze związane z zatrudnieniem osób niepełnosprawnych w cenie oferty za Opcję nr 1. W postępowaniu odwoławczym zaś Przystępujący – poza złożeniem ogólnych zapewnień, że członek konsorcjum Przystępującego obecnie realizuje przedmiotowe usługi, że Przystępujący zatrudnia pracowników niepełnosprawnych i potrafi stworzyć odpowiednią organizację pracy, a jako podmiot wchodzący w skład dużej grupy kapitałowej posiada korzystne warunki handlowe - nie przedstawił rzetelnych i konkretnych twierdzeń, które odparłyby stanowisko Odwołującego, nie mówiąc o złożeniu dowodów, wykazujących, że przyjęte przez niego założenia wpływające na wycenę realizacji zamówienia nie są fikcyjne.

Odnosząc się do stanowiska Zamawiającego, że porównanie ceny zaoferowanej przez Przystępującego z wynagrodzeniem należnym wykonawcy za usługi świadczone w styczniu 2025 r. wskazuje na jej realność, należy po pierwsze zauważyć, że w obu postępowaniach (poprzednim i obecnym) Zamawiający w inny sposób opisał przedmiot zamówienia - poprzednio obsługa toalet wchodziła w zakres zamówienia podstawowego, obecnie zaś jest to zamówienie opcjonalne (okoliczność bezsporna), co przekłada się na sposób wyceny. Po drugie Przystępujący skalkulował cenę za Opcję nr 1 w obecnym postępowaniu w oparciu o inne założenia co do udziału osób niepełnosprawnych w realizacji zamówienia, istotnie wpływające na możliwość obniżenia ceny – poprzednią umowę wykonują pracownicy pełnosprawni oraz niepełnosprawni w stopniu umiarkowanym, obecnie przyjęto zaś udział w realizacji zamówienia wyłącznie osób niepełnosprawnych, w tym prawie wszystkich w stopniu znacznym i znacznym specjalnym, trudno zatem porównywać te dwie sytuacje. Wreszcie po trzecie ponownego podkreślenia wymaga okoliczność, że to rolą wykonawcy jest, aby składając wyjaśnienia udowodnić realność przyjętych założeń, w tym wykazać, że czynniki pozwalające znacząco obniżyć cenę mają charakter rzeczywisty. Zamawiający nie powinien zastępować w tym zakresie wykonawcy i poszukiwać dodatkowych okoliczności usprawiedliwiających przyjęte założenia, jeżeli nie zostały one odpowiednio uwiarygodnione złożonymi wyjaśnieniami.

W ocenie Izby założenia przyjęte przez Przystępującego w zakresie kosztów pracowniczych nie zostały uwiarygodnione, Przystępujący nie wykazał, że uwzględniony przez niego czynnik pozwalający w sposób istotny obniżyć cenę za świadczenie usług obsługi toalet publicznych na stacjach metra M1 jest rzeczywisty.

W tym stanie rzeczy w ocenie Izby nieprawidłowe było działanie Zamawiającego, który uznał złożone wyjaśnienia w zakresie dotyczącym kosztów pracowniczych za uzasadniające zaoferowaną cenę za Opcję nr 1. Przy czym zauważyć należy, że sam Zamawiający w toku badania i oceny ofert, w ramach wewnętrznych analiz, stwierdził, że „w wyjaśnieniach nie uwzględniono, że osoby niepełnosprawne pracują po 7h co znacząco może zwiększyć koszty, np. o 20h miesięcznie na 1 etacie” oraz że „budzi wątpliwość możliwość zatrudnienia wszystkich pracowników w deklarowanym stopniu niepełnosprawności – znacznym UPN I i znacznym UPN Is i uzyskanie przez Wykonawcę wskazanych dofinansowań”, wskazując, że „kwoty dofinansowania są możliwe do uzyskania pod warunkiem: pozyskania takich pracowników i 100% obsadzeniu wszystkich etatów codziennie przez 36 mc, pracy po 8h zamiast 7h, uzyskania pozytywnych orzeczeń medycyny pracy, uzyskania pozytywnej oceny na szkoleniach BHP w metrze, niekorzystania z dodatkowych 21 dni płatnego zwolnienia z pracy na rehabilitację itp.” (por. korespondencja z Zastępcą Kierownika Działu Stacji (PRS) znajdująca się w dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia przekazanej Izbie). Zamawiający miał zatem pełną świadomość, że przyjęte przez Przystępującego założenia są wątpliwe, a ich ewentualna realizacji wymaga spełnienia szeregu obiektywnych, regulowanych przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, warunków. Mimo tego Zamawiający uznał cenę Przystępującego za rynkową, jednocześnie nie dysponując dowodami, które wykluczyłyby nierealność przyjętych założeń. Prawidłowo spostrzegł ponadto Odwołujący, że w podejściu Zamawiającego dostrzegalny jest pewien brak konsekwencji, Zamawiający odrzucił bowiem w Zadaniu nr 2 ofertę innego wykonawcy AMLUX Sp. z o.o., powołując jako okoliczności podważające rentowność usług w zakresie Opcji nr 1 m.in.: brak uwzględnienia przez wykonawcę, że osoby niepełnosprawne pracują co do zasady po 7h dziennie, założenie przez wykonawcę, że będzie przez cały okres zamówienia zatrudniał wyłącznie osoby niepełnosprawne, a także wskazując, że wysoce nieprawdopodobne jest uzyskanie przez wykonawcę założonego poziomu dofinansowania z PFRON, które byłoby możliwe wyłącznie przy zatrudnieniu minimum połowy pracowników w stopniu znacznym niepełnosprawności. Tymczasem w przypadku oferty Przystępującego Zamawiający nawet nie kontynuował procedury

wyjaśniającej cenę za Opcję nr 1, mimo że założenia opisane w wyjaśnieniach budziły ewidentne wątpliwości (z wyjaśnień Przystępującego również nie wynika uwzględnienie przez wykonawcę, że osoby niepełnosprawne pracują co do zasady po 7h dziennie, Przystępujący również założył, że będzie przez cały okres zamówienia zatrudniał wyłącznie osoby niepełnosprawne, a ponadto przyjął zatrudnienie na 64,63 z 66,63 etatów wyłącznie pracowników niepełnosprawnych w stopniu znacznym i znacznym specjalnym, a nie jak AMLUX Sp. z o.o. w połowie). Co więcej, Zamawiający był świadomy, że konsorcjum obecnie realizujące usługę obsługi toalet na linii M1, zatrudnia do jej wykonania jedynie część personelu z orzeczeniem o niepełnosprawności i to głównie w stopniu umiarkowanym, a nie znacznym.

W świetle powyższego, w zakresie dotyczącym kosztów pracowniczych i zabezpieczenia społecznego, nie sposób uznać złożonych przez Przystępującego wyjaśnień za dostatecznie uzasadniające realność zaoferowanej ceny z Opcję nr 1, tym samym decyzja Zamawiającego o wyborze oferty tego wykonawcy jako najkorzystniejszej została podjęta z naruszeniem przepisów ustawy Pzp. Dla powyższej oceny nie bez znaczenia był fakt, że Zamawiający i Przystępujący w postępowaniu odwoławczym wykazali się bierną postawą względem inicjatywy Odwoływającego i nie odparli zarzutów odwołania, Odwoływający zaś przedstawił bardzo szczegółową argumentację, popartą wyliczeniami i dowodami. Izba podkreśla, że postępowanie odwoławcze ma kontradyktoryjny charakter, a wynik postępowania jest determinowany przede wszystkim argumentacją i inicjatywą dowodową stron. W świetle art. 537 ustawy Pzp to Przystępujący był obciążony obowiązkiem wykazania, że cena jego oferty jest realna, tymczasem jego argumentacja ograniczała się wyłącznie do hasłowych stwierdzeń i gołosłownych zapewnień, a dowody przez niego złożone nie potwierdzały przyjętych w procesie kalkulowania ceny Opcji nr 1 założeń.

W konsekwencji Izba nakazała Zamawiającemu w zakresie Zadania nr 1 unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty Przystępującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp.

Jedynie uzupełniająco Izba wskazuje, że nie uznała za dostatecznie przekonującej argumentacji Odwoływającego odnoszącej się do innych kategorii kosztów składających się na cenę za Opcję nr 1, w tym kosztów środków chemicznych i materiałów eksploatacyjnych oraz kosztów zakupu sprzętu drobnego i odzieży roboczej. W treści odwołania nie podważono rynkowego poziomu przyjętych kosztów, jak i nie podważono faktu, że Przystępujący jako podmiot wchodzący w skład dużej grupy kapitałowej uzyskuje rabaty na zakup materiałów i środków z uwagi na duże wolumeny zakupów, co potwierdzają załączone do wyjaśnień dowody jego partnerów handlowych, jak i że Przystępujący może posiadać korzystne ceny wypożyczenia odzieży służbowej od jednej ze spółek z grupy kapitałowej. W ocenie Izby argumentacja Odwoływającego miała w tych aspektach jedynie charakter formalny, Odwoływający nie przedstawił twierdzeń i dowodów, które pozwalałyby stwierdzić, że przyjęty przez Przystępującego poziom kosztów, pomimo istnienia po stronie Przystępującego czynników umożliwiających mu na obniżenie ceny, został istotnie zaniżony.

Biorąc pod uwagę wszystko powyższe Izba stwierdziła, że odwołanie podlega uwzględnieniu i na podstawie art. 553 ustawy Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp oraz § 7 ust. 1 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. b Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Z uwagi na uwzględnienie odwołania Izba kosztami postępowania obciążyła Zamawiającego, zasądzając od niego na rzecz Odwoływającego kwotę 18 600 zł stanowiącą koszty postępowania poniesione przez Odwoływającego z tytułu wpisu od odwołania (15 000 zł) oraz wynagrodzenia pełnomocnika (3600 zł), zgodnie ze złożoną do akt sprawy fakturą.

Przewodnicząca:.....