

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Wojciechowska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 24 lutego 2025 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 stycznia 2025 r. przez **wykonawcę Centrum Medyczne POPULARNA BEDNARCZYK Spółka Komandytowa z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego Miasto Stołeczne Warszawa**

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Centrum Medyczne POPULARNA BEDNARCZYK Spółka Komandytowa z siedzibą w Warszawie i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Centrum Medyczne POPULARNA BEDNARCZYK Spółka Komandytowa z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania.

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

Przewodniczący:

Sygn. akt KIO 306/25

Uzasadnienie

Zamawiający – Miasto Stołeczne Warszawa - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. 2024 r., poz. 1320 z późn. zm. – dalej „ustawa pzp”), pn. „Świadczenie usług medycznych dla osób przyjmowanych do pracy oraz pracowników Urzędu m.st. Warszawy w zakresie medycyny pracy”, nr postępowania: ZP/JK/271/III-192/24. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 5 grudnia 2024 r., za numerem 2024/S 237-743244.

W dniu 27 stycznia 2025 r. odwołanie wniósł wykonawca Centrum Medyczne POPULARNA BEDNARCZYK Spółka Komandytowa z siedzibą w Warszawie – dalej Odwołujący. Odwołujący wniósł odwołanie wobec braku unieważnienia postępowania oraz dokonaniu obarczonej błędem czynności wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie w Konsorcjum firm: SAMODZIELNY ZESPÓŁ PUBLICZNYCH ZAKŁADÓW LECZNICTWA OTWARTEGO WARSZAWA – WAWER, Samodzielny Zespół Publicznych Zakładów Lecznictwa Otwartego Warszawa-Ochota, Samodzielny Publiczny Zespół Zakładów Lecznictwa Otwartego Warszawa Żoliborz-Bielany, SAMODZIELNY ZESPÓŁ PUBLICZNYCH ZAKŁADÓW LECZNICTWA OTWARTEGO WARSZAWA PRAGA-PÓŁNOC, Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Warszawa Wola-Śródmieście, Samodzielny Zespół Publicznych Zakładów Lecznictwa Otwartego Warszawa Bemowo – Włochy oraz SAMODZIELNY PUBLICZNY ZAKŁAD OPIEKI ZDROWOTNEJ WARSZAWA URSYNÓW z siedzibą w Warszawie – dalej jako „Konsorcjum”.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 255 pkt 6 ustawy pzp przez dokonanie niezgodnej z przepisami pzp czynności Zamawiającego podjętej w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia polegającej na uznaniu, że przedmiotowe postępowanie nie podlega unieważnieniu na podstawie przepisu art. 255 pkt 6 ustawy pzp, pomimo że postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego,

2. art. 255 pkt 6 ustawy pzp przez zaniechanie czynności, do której Zamawiający jest zobowiązany na podstawie pzp, tj. zaniechania unieważnienia postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy pzp wobec wystąpienia przesłanek przewidzianych w tym przepisie, tj. wobec faktu, że postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego,

3. art. 16 ustawy pzp przez naruszenie zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości, przez ocenę sumaryczną jednostkowych badań bez przeliczenia szacunkowej ilości osób podanej przez Zamawiającego, co doprowadziłoby do wykazania, że sumaryczne ceny jednostkowe po przeliczeniu szacunkowej ilości osób u Zamawiającego mają wpływ na końcową wartość całej umowy, a także poprzez brak rzetelnej oceny oferty Odwołującego, przez uniemożliwienie zainteresowanemu wykonawcy złożenia oferty, której

wybór prowadziłby do zawarcia umowy w wyniku postępowania nieobarczonego wadą,

4. art. 226 ust.1 pkt 7 i 8 ustawy pzp w zw. z art. 3 ust. 1 w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dn. 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2020 r. poz. 1913), zwanej dalej „Uznk”, przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum, której złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji – polegający na zaniżeniu cen jednostkowych za niektóre z usług składających się na przedmiot zamówienia tj.:

- a) przeprowadzenie badań sanitarno – epidemiologicznych pracownikom wykonującym czynności z żywnością lub narażonych na czynniki biologiczne, o których mowa w § 1 ust. 1 pkt 8 Umowy, w tym wydanie orzeczeń /zaświadczeń za jedną osobę,
- b) wykonywanie szczepień ochronnych, w tym konsultacji lekarskich, iniekcji, zakupu oraz przechowywanie szczepionek (szczepienia przeciw kleszczowemu zapaleniu mózgu / Borrelli) o których mowa w § 1 ust. 1 pkt 9 umowy za jedną osobę,
- c) przeglądy stanowisk i pomieszczeń pracy u Zamawiającego, o których mowa w § 1 ust. 1 pkt 10 umowy za jedną usługę,
- d) udział lekarza medycyny pracy w posiedzeniach komisji BHP Zamawiającego oraz konsultacje na rzecz tej komisji, o których mowa w § 1 ust. 1 pkt 11 Umowy za jedną usługę,
- e) udział lekarza medycyny pracy w ocenie ryzyka zawodowego – konsultacje telefoniczne i pisemne o których mowa w § 1 ust. 1 pkt 12 Umowy za jedną konsultację.

Odwołujący w oparciu o wyżej wskazane zarzuty wniósł o uwzględnienie odwołania, jak również nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, a następnie unieważnienie postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy pzp wobec wystąpienia przesłanek przewidzianych w tym przepisie, tj. wobec faktu, że postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Odwołujący uzasadniając zarzuty odwołania wskazał, że nie zgadza się z decyzją Zamawiającego o wyborze najkorzystniejszej oferty. Za podstawę wyboru w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający przyjął fakt, że wybrana oferta jest najkorzystniejszą, a porównanie złożonych ofert nastąpiło w prawidłowy sposób. Zamawiający w Opisie przedmiotu zamówienia wskazał szacunkowe ilości poszczególnych usług, które należałoby wykonać w ramach zamówienia, zaś w formularzu ofertowym przyjął do wyliczenia łącznej ceny oferty na potrzeby porównania ofert sumę wartości cen jednostkowych usług, nie uwzględniając szacunkowych ilości poszczególnych usług. Uznać należy zatem, że wartości złożonych w postępowaniu ofert są nieporównywalne. Powołał się na wyrok KIO z dnia 30 listopada 2023 r., sygn. akt KIO 3384/23, wyrok KIO z dnia 16 maja 2023 r., sygn. akt KIO 1188/23, wyrok KIO z dnia 22 marca 2023 r., sygn. akt KIO 652/23, wyrok KIO z dnia 17 marca 2023 r., sygn. akt KIO 582/23. Zaznaczył, że do momentu upływu terminu składania ofert Zamawiający nie skorygował błędnego sposobu wyliczenia ceny brutto oferty, a tym samym nie doprowadził treści SWZ do zgodności z przepisami prawa, wada postępowania nabrała więc charakteru nieusuwalnego, a w konsekwencji postępowanie należało unieważnić na podstawie art. 255 pkt 6 pzp wobec wystąpienia przesłanek przewidzianych w tym przepisie, tj. wobec faktu, że postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Postępowanie powinno zostać przygotowane i przeprowadzone w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców. Podany w SWZ sposób obliczania ceny na potrzeby porównania ofert zaburza uczciwą konkurencję, a w wyniku wyboru najkorzystniejszej oferty została wybrana oferta, która po uwzględnieniu ilości usług przewidzianych do wykonania wcale nie ma najtańszej kwoty za całość przedmiotu zamówienia. Biorąc pod uwagę ilości przewidzianych do wykonania usług najtańszą ofertą jest oferta Odwołującego się. Wobec powyższego w żadnym stopniu nie została zachowana uczciwa konkurencja w niniejszym postępowaniu. W ocenie Odwołującego się błąd Zamawiającego w zakresie wskazania sposobu wyliczania ogólnej ceny oferty wypacza wynik postępowania. Ponieważ treść SWZ obarczona jest wadą nieusuwalną na etapie po otwarciu ofert, która miała znaczenie dla sporządzenia ofert, a zatem wpłynęła na wynik postępowania, udzielenie zamówienia nastąpiłoby z naruszeniem przepisów ustawy, co uwzględniając treść art. 457 ust. 1 pkt 1 pzp uzasadnia unieważnienie postępowania w oparciu o przesłankę wskazaną w art. 255 pkt 6 pzp. Nie można przy tym pominąć faktu, że Zamawiający poinformował, że łączna wartość zamówienia wynosi 6 800 000,00 zł brutto, w tym: 5 100 000,00 zł brutto dla zamówienia podstawowego oraz 1 700 000,00 zł brutto dla wartości zamówienia w ramach wznowienia. A zatem na jakiej podstawie Zamawiający wyliczył, że oferta Centrum Medyczne Popularna Bednarczyk Spółka Komandytowa nie jest najkorzystniejszą ofertą, w sytuacji, gdy we wzorze umowy Zamawiający podał dane statystyczne. Kryteria zastosowane przez Zamawiającego są nierzetelne,

nieprzejrzyste, ale przede wszystkim naruszają zasadę uczciwej konkurencji, gdyż Zamawiający nie dokonał przeliczenia podanych cen jednostkowych przez szacunkową liczbę swoich pracowników. Wiadomym jest, że w każdy zakładzie pracy będzie część badań, których będzie najwięcej, a część badań, których będzie tylko kilka lub kilkanaście, dlatego też zastosowany tryb wyboru oferty i zasady wyboru najkorzystniejszej oferty bez przeliczenia szacunkowej grupy osób jest wielce niesprawiedliwa, gdyż przykładowo najwięcej wykonywanych będzie profilaktycznych badań wstępnych i okresowych, których zakres określa § 1 ust. 1 pkt 1-2 Umowy, profilaktycznych badań, o których mowa w § 1 ust. 1 pkt 3 Umowy, w tym wydanie orzeczeń, za jedną osobę. Przedkładając powyższe na gruncie niniejszej sprawy, jeśli Zamawiający ma 9220 pracowników biurowych i każdy z nich musiałby przejść badanie profilaktyczne wstępne to kwotowo oferta Odwołującego się byłaby najkorzystniejszą: gdyż

$9220 \times 189,10 = 1\,743\,502$ PLN, natomiast przyjmując stawkę 200 zł to suma wyniosłaby 1 844 000 zł, a zatem różnica wynosi 100 498 zł.

Odwołujący wskazał dalej, że udział lekarza medycyny pracy w posiedzeniach komisji BHP Zamawiającego oraz konsultacje na rzecz tej komisji, o którym mowa w § 1 ust. 1 pkt 11 Umowy, za jedną usługę w ciągu roku będzie około kilku (3-5 badań), a zatem oferta Odwołującego z ceną 300 zł za badanie, nie będzie miała wielkiego przełożenia na całe zamówienie, którego łączna wartość zamówienia wynosi 6 800 000,00 zł brutto, w tym: 5 100 000,00 zł brutto dla zamówienia podstawowego oraz 1 700 000,00 zł brutto dla wartości zamówienia w ramach wznowienia. Powołał się na wyrok z dnia 3 grudnia 2020 r. – KIO 2974/20. Skoro wykonawca otrzyma wynagrodzenie obliczone na podstawie prac faktycznie wykonanych i cen jednostkowych wskazanych w formularzu oferty, to obowiązkiem Zamawiającego jest zbadanie, która oferta jest najkorzystniejsza w ramach zaproponowanych cen jednostkowych w przeliczeniu do sumarycznej ilości osób podanych przez Zamawiającego w stosunku do łącznej wartości zamówienia, która wynosi 6 800 000,00 zł brutto, w tym: 5 100 000,00 zł brutto dla zamówienia podstawowego oraz 1 700 000,00 zł brutto dla wartości zamówienia w ramach wznowienia.

Odwołujący podniósł, że oferta Konsorcjum została wybrana tylko dlatego, że zaniżyła poszczególne badania jednostkowe, a złożone przez nich wyjaśnienia w żaden sposób nie uprawdopodobniają ceny rynkowej za:

- a) przeprowadzenie badań sanitarno – epidemiologicznych pracownikom wykonującym czynności z żywnością lub narażonych na czynniki biologiczne, o których mowa w § 1 ust. 1 pkt 8 Umowy, w tym wydanie orzeczeń /zaświadczeń za jedną osobę,
- b) wykonywanie szczepień ochronnych, w tym konsultacji lekarskich, iniekcji, zakupu oraz przechowywanie szczepionek (szczepienia przeciw kleszczowemu zapaleniu mózgu / Borrelli) o których mowa w § 1 ust. 1 pkt 9 umowy za jedną osobę,
- c) przeglądy stanowisk i pomieszczeń pracy u Zamawiającego, o których mowa w § 1 ust. 1 pkt 10 umowy za jedną usługę,
- d) udział lekarza medycyny pracy w posiedzeniach komisji BHP Zamawiającego oraz konsultacje na rzecz tej komisji, o których mowa w § 1 ust. 1 pkt 11 Umowy za jedną usługę,
- e) udział lekarza medycyny pracy w ocenie ryzyka zawodowego – konsultacje telefoniczne i pisemne o których mowa w § 1 ust. 1 pkt 12 Umowy za jedną konsultację.

Zdaniem Odwołującego się, zakwestionowane usługi, choć nie będą wykonywane z taką samą częstotliwością jak usługi profilaktycznych badań wstępnych i okresowych, których zakres określa § 1 ust. 1 pkt 1-2 Umowy, czy też profilaktycznych badań, o których mowa w § 1 ust. 1 pkt 3 Umowy, w tym wydanie orzeczeń, za jedną osobę nie mogą zostać uznane jako nieistotne z punktu widzenia przedmiotu zamówienia. Nie mają one charakteru pomocniczego, stanowią zasadniczy element przedmiotu zamówienia, zostały w sposób szczegółowo uregulowany w SWZ i we wzorze umowy, podlegający odrębnej wycenie w formularzu oferty. O istotności danej usługi nie może świadczyć wyłącznie częstotliwość jej wykonywania, ale całokształt postanowień zawartych w SWZ, w tym we wzorze umowy. Te zaś nie pozwalają na przyjęcie tezy o ich nieistotnym znaczeniu dla Zamawiającego. Wyjaśnienia Konsorcjum o dodatkowych zniżkach bez podania konkretnie w jaki sposób została wyliczona cena jednostkowa sprowadzają się do nieuczciwej konkurencji, gdyż nie ma takiej możliwości, aby takie badania były wykonywane za 85 zł, czy 127 zł. Wystarczy zakwestionowane ceny jednostkowe porównać z cenami np. PETRA MEDICA sp. z o.o., które są już zbliżone do cen Centrum Medyczne Popularna Bednarczyk Sp. K. i odpowiadają cenom rynkowym.

Badanie	Konsorcjum	Centrum Medyczne Popularna Bednarczych Sp.K	PETRA MEDICA SP. Z O.O.	ROZNICA PROCENTOWA Pomiędzy Konsorcjuma PETRA MEDICA Sp. z o.o. (przyjmując, że wartość cenowa jednostkowej stanowi 100%)	ROZNICA PROCENTOWA Pomiędzy Konsorcjuma Centrum Medyczne Popularna Bednarczyk SP.K (przyjmując, że wartość cenowa jednostkowej stanowi 100%)
przeprowadzenie badań sanitarno – epidemiologicznych pracownikom wykonującym czynności z żywnością lub narażonych na czynniki biologiczne, o których mowa w § 1 ust. 1 pkt 8 Umowy, w tym wydanie orzeczeń /zaświadczeń za jedną osobę,	100 zł	230 zł	396,36 zł	396,36 %	230 %
wykonywanie szczepień ochronnych, w tym konsultacji lekarskich, iniekcji, zakupu oraz przechowywanie szczepionek (szczepienia przeciw kleszczowemu zapaleniu mózgu / Borrelli) o których mowa w § 1 ust. 1 pkt 9 umowy za jedną osobę,	135 zł	175 zł	288,03 zł	213,35 %	129,6 %
przeglądy stanowisk i pomieszczeń pracy u Zamawiającego, o których mowa w § 1 ust. 1 pkt 10 umowy za jedną usługę	127 zł	300 zł	424,28 zł	334,07 %	236,2 %
udział lekarza medycyny pracy w posiedzeniach komisji BHP Zamawiającego oraz konsultacje na rzecz tej komisji, o których mowa w § 1 ust. 1 pkt 11 Umowy za jedną usługę	127 zł	300 zł	400,71 zł	315,51 %	236,2 %
udział lekarza medycyny pracy w ocenie ryzyka zawodowego – konsultacje telefoniczne i pisemne o których mowa w § 1 ust. 1 pkt 12 Umowy za jedną konsultację.	85 zł	300 zł	186,63 zł	219,56 %	352,9 %

A zatem biorąc powyższe pod uwagę Konsorcjum zastosowało nierynkowe, nieuczciwe ceny jednostkowe powyższych badań, których to badań w ciągu roku jest niewiele, niemniej jednak niemożliwym jest wykonanie takich badań w cenach podanych przez Konsorcjum. Są to zasadnicze rozbieżności cenowe, które w żaden sposób nie zostały wyjaśnione. Odwołujący wniósł odwołanie, bowiem czuje się poszkodowany działaniami Zamawiającego bezpodstawnie pozbawiającymi go możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia.

W dniu 13 lutego 2025 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o odrzucenie odwołania na podstawie art. 528 pkt 6 ustawy pzp względnie na podstawie art. 528 pkt 3 ustawy pzp bądź o oddalenie wniesionego odwołania w całości. W złożonej odpowiedzi oraz na rozprawie przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swojego

stanowiska.

Odnosnie do wniosków o odrzucenie odwołania Zamawiający podniósł:

- na podstawie art. 528 pkt 6 ustawy pzp:

Zamawiający wskazał, że został mu doręczony jedynie plik zapisany w formacie pdf, który nie jest odwołaniem sporządzonym w formie elektronicznej (plik nie został opatrzony kwalifikowanym podpisem elektronicznym) albo też odwołaniem w postaci elektronicznej opatrzonej podpisem zaufanym, a jednocześnie plik ten nie jest również kopią odwołania sporządzonego w formie pisemnej. Stąd Zamawiający podnosił, że przed upływem terminu do wniesienia odwołania nie mógł mieć pewności co do tego, że może zapoznać się z pełną treścią odwołania w takim kształcie, w jakim zostało ono wniesione do Prezesa Izby – Odwołujący nie przekazał Zamawiającemu odpowiednio odwołania (we właściwej formie lub postaci) lub jego kopii zgodnie z art. 514 ust. 2 ustawy pzp. Zamawiający podnosił, że doręczenie odwołania bez zachowania opisanej w art. 514 ust. 2 ustawy pzp odpowiedniej formy lub postaci winno prowadzić do odrzucenia odwołania na podstawie art. 528 pkt 6 ustawy pzp z uwagi na fakt, że Odwołujący nie przekazał Zamawiającemu odpowiednio odwołania albo jego kopii, zgodnie z art. 514 ust. 2 ustawy pzp.

- na podstawie art. 528 pkt 3 ustawy pzp.

Zamawiający podnosił, że twierdzenia i wnioski zawarte w przekazanym Zamawiającemu pliku pdf od strony formalnej zbudowane zostały na tezie Odwołującego, że postępowanie powinno zostać unieważnione z uwagi na niewłaściwą konstrukcję kryterium oceny ofert – całokształt twierdzeń odwołania poczynawszy od zakreslenia zarzutów, przez wnioski i żądania, aż po podsumowanie stanowiska na końcu uzasadnienia odwołania sprowadza się de facto do tego jednego twierdzenia. W ocenie Zamawiającego, wynik tej analizy przemawia za uznaniem, że postawione przez Odwołującego zarzuty ze swej istoty zmierzają do kwestionowania treści dokumentów zamówienia. Tymczasem na obecnym etapie postępowania nie powinno mieć to miejsca, a działanie takie uznać można za spóźnione. Wykonawca, który twierdzi, że opublikowana 5 grudnia 2024 r. przez Zamawiającego SWZ zawiera postanowienia niezgodne z przepisami ustawy, powinien wnieść odwołanie wobec treści tego dokumentu w terminie liczonym od daty jego publikacji, a zatem nie później niż 16 grudnia 2024 r. Tezy o zbyt niskiej wysokości wybranych cen zaoferowanych przez Konsorcjum podnoszone są niejako na marginesie głównej osi odwołania i za ich sformułowaniem nie idą żadne wnioski i żądania – roztrząsanie materii tych twierdzeń pozostaje w oczywisty sposób indyferentne dla tezy o konieczności rozstrzygnięcia o prawidłowości konstrukcji dokumentów zamówienia, czy też oczekiwanego przez Odwołującego unieważnienia postępowania – Odwołujący nie wykazuje w odwołaniu jaki ewentualny związek mogłyby mieć powołane okoliczności. W tych okolicznościach tak zaprezentowane twierdzenia Odwołującego sformułowane w kontekście wysokości wybranych cen zaoferowanych przez Konsorcjum nie powinny zostać uznane za odrębny zarzut wymagający indywidualnego rozpoznania, a jedynie za element nie trafionej argumentacji, która miała wpisywać się w szerszy zespół głównych tez Odwołującego. Zamawiający podniósł, że w samym odwołaniu brak zarzutu wyboru oferty najkorzystniejszej z naruszeniem przepisów ustawy pzp, a analiza całokształtu odwołania pozwala stwierdzić, że celem przyświecającym Odwołującemu i motywującym podjęte przez niego działania było dążenie do przekonania Izby o konieczności rozstrzygnięcia o prawidłowości konstrukcji dokumentów zamówienia. Okoliczność ta pozwoliłaby Izbie odrzucić odwołanie jako w całości skierowane wobec postanowień dokumentów zamówienia.

Izba ustaliła, co następuje:

Izba ustaliła, że odwołanie czyni zadość wymogom proceduralnym zdefiniowanym w Dziale IX ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych, tj. odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz zostało uiszczony od niego wpis. Izba ustaliła, że nie zaistniały przesłanki określone w art. 528 ustawy pzp, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania.

Izba postanowiła oddalić wniosek Zamawiającego o odrzucenie odwołania na podstawie art. 528 pkt 6 ustawy pzp. Zgodnie z art. 528 pkt 6 ustawy pzp: *„Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że: 6) odwołujący nie przekazał zamawiającemu odpowiednio odwołania albo jego kopii, zgodnie z art. 514 ust. 2.”* W myśl art. 514 ust. 2 ustawy pzp: *„Odwołujący przekazuje zamawiającemu odwołanie wniesione w formie elektronicznej albo postaci elektronicznej albo kopię tego odwołania, jeżeli zostało ono wniesione w formie pisemnej, przed upływem terminu do wniesienia odwołania w taki sposób, aby mógł on zapoznać się z jego treścią przed upływem tego terminu.”* Artykuł 514 ust. 3 ustawy pzp stanowi: *„Domniemywa się, że zamawiający mógł zapoznać się z treścią odwołania przed upływem terminu do jego wniesienia, jeżeli przekazanie odpowiednio odwołania albo jego kopii nastąpiło przed upływem terminu do jego wniesienia przy użyciu środków komunikacji elektronicznej.”* Odnosząc się do argumentacji Zamawiającego odnosnie do otrzymania odwołania elektronicznie nieopatrzzonego kwalifikowanym podpisem elektronicznym czy też podpisem zaufanym Izba

zwraca uwagę na cel powyższych regulacji. Mianowicie, obowiązek przekazania odwołania zamawiającemu przed upływem terminu do jego wniesienia ma z jednej strony charakter informacyjny – zamawiający powinien mieć możliwość zapoznania się z treścią zarzutów i żądań, a także okolicznościami faktycznymi i prawnymi uzasadniającymi odwołanie, z drugiej strony na podstawie merytorycznej treści odwołania i złożonych dowodów zamawiający może przeprowadzić analizę, w wyniku której będzie uprawniony uwzględnić odwołanie w całości bądź w części. Ponadto, zamawiający musi otrzymać odwołanie aby wypełnić obowiązek, o którym mowa w art. 524 ustawy pzp, a więc przekazania niezwłocznie, nie później niż w terminie 2 dni od dnia otrzymania jego „*kopię innym wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu o udzielenie zamówienia, a jeżeli odwołanie dotyczy treści ogłoszenia o zamówieniu lub dokumentów zamówienia, zamieszcza ją również na stronie internetowej, na której jest zamieszczone ogłoszenie o zamówieniu lub są udostępniane dokumenty zamówienia, wzywając wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego.*”

W niniejszej sprawie Zamawiający wniósł o odrzucenie odwołania z uwagi na nieprawidłową formę przekazanego odwołania. W ocenie Izby okoliczność taka nie uzasadnia odrzucenia odwołania na podstawie art. 528 pkt 6 ustawy pzp skoro Zamawiający miał możliwość zapoznania się z treścią całości odwołania. Izba nie podzieliła stanowiska Zamawiającego zaprezentowanego na posiedzeniu, że stwierdzenie z art. 514 ust. 2 ustawy pzp: „*w taki sposób, aby mógł on zapoznać się z jego treścią przed upływem tego terminu.*” dotyczy wyłącznie kopii odwołania wniesionego w formie pisemnej. Wymóg umożliwienia zamawiającemu zapoznania się z treścią odwołania jak również jego przekazanie zamawiającemu „*przed upływem terminu do wniesienia odwołania*” dotyczy z uwagi na cel przepisu wszystkich form wniesionego odwołania. Potwierdza to także dyspozycja cytowanego wyżej art. 514 ust. 3 ustawy pzp ustanawiająca domniemanie zapoznania się z treścią odwołania w sytuacji jego przekazania przy użyciu środków komunikacji elektronicznej. Zaznaczenia wymaga, że wprowadzone zmiany w ustawie pzp z 2019 r. mają związek z elektroniczną zamówień publicznych i oznaczają, że odwołanie może zostać również przesłane w oryginale, tj. np. w formie elektronicznej podpisane kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Kopia odnosi się zaś do sytuacji, gdy odwołanie zostało wniesione w formie pisemnej. Nie ulega jednak wątpliwości, że Zamawiający zapoznał się z treścią odwołania, gdyż sformułował na jego podstawie merytoryczną odpowiedź na odwołanie. Odwołanie zostało także przekazane przez Zamawiającego wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu. W konsekwencji cel przepisu został zrealizowany – Zamawiający mógł zapoznać się z treścią odwołania przed upływem terminu na jego wniesienie. Dlatego też zdaniem Izby wniosek o odrzucenie odwołania na podstawie art. 528 pkt 6 ustawy pzp okazał się niezasadny.

Izba postanowiła oddalić także wniosek o odrzucenie odwołania na podstawie art. 528 pkt 3 ustawy pzp. Zgodnie z art. 528 ust. 1 pkt 3 ustawy pzp „*Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że: odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie.*” Izba nie podzieliła stanowiska Zamawiającego, że odwołanie zostało wniesione po upływie terminu, o którym mowa art. 515 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy pzp z uwagi na jego wniesienie wobec treści dokumentów zamówienia. Izba zauważyła, że w odwołaniu zostały podniesione zarzuty naruszenia art. 255 pkt 6 ustawy pzp, ale również kwestionujące zasadność wyboru oferty – naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 7 i 8 ustawy pzp. Odnosząc się do stanowiska Zamawiającego podnieść należy, że prawidłowość konstrukcji postawionych zarzutów, ocena argumentacji przedstawionej w uzasadnieniu odwołania są elementem oceny merytorycznej Izby postawionych zarzutów po ich rozpoznaniu na rozprawie. Ocena ta będzie więc sprowadzała się do stwierdzenia czy wskazane przez Odwołującego naruszenia określonych przepisów miały miejsce i czy wypełniły się dyspozycje tych przepisów w kontekście powołanych w odwołaniu okoliczności faktycznych (podobnie: Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 27 czerwca 2022 r. w sprawie o sygn. akt: XXIII Zs 39/22.). Ocena Izby będzie więc dotyczyła zarzutów naruszenia art. 255 pkt 6 ustawy pzp, art. 226 ust. 1 pkt 7 i 8 ustawy pzp, które niewątpliwie zostały podniesione w ustawowym terminie liczonym od czynności wyboru najkorzystniejszej oferty. Dlatego też, zdaniem Izby przesłanka odrzucenia odwołania na podstawie art. 528 pkt 3 ustawy pzp nie wypełniła się w niniejszej sprawie.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 505 ust. 1 i 2 ustawy pzp, tj. posiadanie interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy pzp.

Odwołujący w odwołaniu wskazał, że w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy pzp oraz postanowień SWZ interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku. Bezprawne działania Zamawiającego zamknęły Odwołującemu ewentualną możliwość uzyskania przedmiotowego zamówienia. W przypadku przeprowadzenia postępowania nieobarczonego niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego oferta Odwołującego się byłaby najkorzystniejsza, a zatem należałoby wybrać do realizacji ofertę Odwołującego się. Odwołujący złożył ofertę, która spełniała wymagania określone w SWZ. Jednak skutek błędnego przyjęcia przez Zamawiającego sposobu porównania

ofert w celu wyboru najkorzystniejszej oferty postępowanie było obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, w konsekwencji czego Odwołujący został pozbawiony możliwości uzyskania zamówienia w przedmiotowym postępowaniu. Odwołujący został narażony na szkodę w postaci poniesienia kosztów przygotowania i złożenia oferty oraz w postaci utraty możliwości uzyskania zamówienia pozwalającego na prowadzenie działalności z zyskiem. Odwołujący jest uprawniony do wniesienia niniejszego odwołania, co czyni zadość wymaganiom określonym w art. 505 ust. 1 ustawy pzp.

Zamawiający zakwestionował wykazanie przez Odwołującego interesu. Zwrócił uwagę na sprzeczność równoległe postawionych zarzutów i żądań odwołania. Podkreślał, że Odwołujący z jednej strony domaga się unieważnienia postępowania, z drugiej stawia zarzuty również zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum a jednocześnie nie wnosi o przeprowadzenie ponownej oceny i badania ofert, w wyniku których mógłby uzyskać zamówienie. Podnosił, że: *„W takim ujęciu nie sposób byłoby rozstrzygnąć nawet w jakim konkretnym rozstrzygnięciu Izby Odwołujący upatruje realizację swojego interesu – oczekiwałby bowiem jednocześnie wydania formalnie dwóch przeciwstawnych sobie orzeczeń Izby.”*

Odnosząc się do powyższego wskazania wymaga, że Izba dostrzega sprzeczności podnoszone przez Zamawiającego w konstrukcji odwołania polegające na równoległym formułowaniu zarzutów dotyczących unieważnienia całego postępowania oraz zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum i żądań odwołania. Niemniej jednak zdaniem Izby, takie postawienie zarzutów powoduje konieczność rozpoznania każdego z nich. Natomiast zgodnie z art. 555 ustawy pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu, ale co do zasady nie jest związana żądaniami. Zdaniem Izby rozpoznanie zarzutów odwołania postawionych w taki sposób jak uczynił to Odwołujący nie powoduje, że w sprawie mogłyby zostać wydane dwa przeciwstawne rozstrzygnięcia Izby. Możliwym jest bowiem nakazanie przez Izbę unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, dokonania czynności odrzucenia oferty danego wykonawcy i dalej nakazanie unieważnienia postępowania. Dokonanie takich czynności nie stoi ze sobą w sprzeczności, w sytuacji, gdyby zarzuty odwołania potwierdziły się. Co więcej, w ocenie Izby taka konstrukcja odwołania nie wpływa na okoliczność czy Odwołujący wykazał materialnoprawną przesłankę wniesienia odwołania. Zgodnie z dyspozycją art. 505 ust. 1 ustawy pzp: *„Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu oraz innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.”* Niewątpliwie interes, o którym mowa w ww. przepisie przejawia się utraceniem realnej szansy na uzyskanie zamówienia stanowiącą konsekwencję nieprawidłowych działań – podjętych czynności bądź zaniechania ich dokonania – przez zamawiającego, naruszających przepisy ustawy pzp. Na gruncie orzecznictwa TSUE wypracowano pogląd, że interes w uzyskaniu zamówienia należy rozumieć szeroko jako możliwość uzyskania świadczenia będącego przedmiotem zamówienia także w kolejnym postępowaniu, gdy zarzuty odwołania nakierowane są na dążenie do unieważnienia postępowania. Wykazanie tej materialnoprawnej przesłanki dopuszczalności odwołania ocenia się na moment wniesienia odwołania zatem irrelevantne dla tej oceny są przyszłe, hipotetyczne czynności zamawiającego. Dodatkowo, zważywszy na konstrukcję powyższego przepisu dla skuteczności wniesionego środka ochrony prawnej niewystarczające jest wykazanie jednej z przesłanek objętych dyspozycją powyższego przepisu. Oznacza to, że podmiot wnoszący odwołanie jest zobowiązany wykazać nie tylko możliwość poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów, ale również, że ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia. Konkludując powyższe rozważania podkreślić należy, że materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania muszą wystąpić łącznie, interes w uzyskaniu zamówienia musi mieć realny charakter a zaskarżone czynności wywoływać negatywny wpływ na sytuację odwołującego. Innymi słowy, wypełnienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy pzp występuje wtedy, gdy brak skorzystania ze środka ochrony prawnej mógłby spowodować, że wykonawca poniesie szkodę wynikającą z zaprzepaszczenia szansy na uzyskanie zamówienia przez nieprawidłowe działania zamawiającego.

Zdaniem Izby Odwołujący wykazał wystąpienie ww. przesłanki z art. 505 ust. 1 ustawy pzp. Odwołujący upatruje interesu w uzyskaniu zamówienia, który został zaprzepaszczone z uwagi na wybór oferty Konsorcjum, które powinna zostać odrzucona, w postępowaniu, które zdaniem Odwołującego, zgodnie z dyspozycją art. 255 pkt 6 ustawy pzp powinno zostać unieważnione. Wskazał, że gdyby postępowanie nie było obarczone wadą to oferta Odwołującego zostałaby uznana za najkorzystniejszą. Odwołujący upatruje więc szkody w nieuzyskaniu zamówienia i utracie szansy na jego uzyskanie w kolejnym postępowaniu. Badając wypełnienie materialnoprawnej przesłanki dopuszczalności odwołania Izba nie rozstrzyga czy zarzuty odwołania są zasadne, co następuje dopiero po przeprowadzeniu rozprawy. W konsekwencji Izba uznała dopuszczalność odwołania w kontekście spełnienia przesłanki z art. 505 ust. 1 ustawy pzp.

Izba stwierdziła, że w terminie wynikającym z art. 525 ust. 1 ustawy pzp do postępowania odwoławczego nie zgłosił przystąpienia żaden wykonawca.

Izba postanowiła dopuścić dowody z dokumentacji przedmiotowego postępowania, odwołanie wraz z załącznikami oraz

odpowiedź na odwołanie wraz z załącznikami.

Na podstawie tych dokumentów, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dowody złożone przez strony w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła:

Odwołanie podlegało oddaleniu.

W zakresie podniesionych zarzutów Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zgodnie z protokołem postępowania: „Wartość zamówienia została ustalona w dniu 09-07-2024 oraz została przeszacowana w dniu 04-11-2024 r. na podstawie (...) na podstawie cen rynkowych.”

Zgodnie z SWZ:

- „CZĘŚĆ II PRZEDMIOT ZAMÓWIENIA I TERMIN JEGO REALIZACJI 6. Opis przedmiotu zamówienia: Przedmiotem zamówienia jest świadczenie usług profilaktycznej opieki zdrowotnej z zakresu medycyny pracy, na podstawie art. 12 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 27 czerwca 1997 r. o służbie medycyny pracy, na rzecz osób przyjmowanych do pracy i pracowników Urzędu m.st. Warszawy, tj. biur Urzędu m.st. Warszawy, urzędów dzielnic m.st. Warszawy i Urzędu Stanu Cywilnego m.st. Warszawy. 6.2. Przedmiot zamówienia w zakresie szczegółowym określony został w Załączniku nr 1 do SWZ wzór umowy oraz Załączniku nr 2 do wzoru umowy opis przedmiotu zamówienia/dalej/ OPZ. 6.3. Zamawiający informuje, że łączna wartość zamówienia wynosi 6 800 000,00 zł brutto, w tym: 5 100 000,00 zł brutto dla zamówienia podstawowego oraz 1 700 000,00 zł brutto dla wartości zamówienia w ramach wznowienia.”

- „8. Termin realizacji zamówienia Zamówienie podstawowe będzie realizowane 36 miesięcy, począwszy od dnia podpisania umowy lub do wyczerpania kwoty, o której mowa w § 4 ust. 1 pkt 1 wzoru umowy w zależności od tego, które zdarzenie nastąpi wcześniej.”

- „23. Sposób obliczania ceny oferty

23.1. W Formularzu oferty zdefiniowanym w systemie Wykonawca podaje ceny jednostkowe brutto za każdą usługę wskazaną w tabeli w pkt. 26.1.2 SWZ. System automatycznie wyliczy cenę całkowitą brutto w oparciu o zaoferowane ceny jednostkowe brutto.

23.2. Cena całkowita brutto służy wyłącznie do porównania ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty. Rozliczenia za realizację zamówienia będą prowadzone w oparciu o ceny jednostkowe brutto zaoferowane przez Wykonawcę w Formularzu oferty i zrealizowaną liczbę usług. Wartość wynagrodzenia została wskazana w projekcie umowy stanowiącym Załącznik nr 1 do SWZ.

23.3. Oferowana cena winna obejmować wszystkie koszty i składniki wraz z narzutami, niezbędne do wykonania przedmiotu zamówienia w zakresie objętym specyfikacją i wzorem umowy. Zamawiający nie zapewnia zwolnienia Wykonawcy z żadnych podatków, opłat, ceł, cen materiałów, transportu itp., których nie przewidziano w SWZ, ani nie będzie zwracał żadnych kar należnych z jakiegokolwiek tytułu, nie będzie też ponosił kosztów wynikających z cen materiałów, transportu, czynności, usług, świadczeń, ubezpieczeń itp., których nie przewidziano w dokumentacji przetargowej.”

Izba ustaliła, że Zamawiający ustanowił kryterium oceny ofert- cena 100%. Zgodnie z SWZ:

„26.1.2. Cena całkowita brutto służąca wyłącznie do porównania ofert zostanie wyliczona automatycznie przez system w oparciu o ceny jednostkowe zaoferowane przez Wykonawcę w formularzu oferty wg następującego wzoru:

$$C_brutto=C_1+C_2+...+ C_14+ C_15$$

Gdzie: C1, C2..... C14, C15 – ceny jednostkowe brutto za poniższe usługi składające się na przedmiot zamówienia, zaoferowane przez Wykonawcę.”

Lp.	Nazwa usługi	Wartość szacunkowa brutto 1 usługi do weryfikacji rażąco niskiej ceny*	Cena maksymalna 1 usługi brutto**
1	2	3	4

1	profilaktyczne badania wstępne i okresowe, których zakres określa § 1 ust. 1 pkt 1-2 Umowy, profilaktyczne badania, o których mowa w § 1 ust. 1 pkt 3 Umowy, w tym wydanie orzeczeń, za jedną osobę	189,00 zł.	270,00 zł.
2	profilaktyczne badania kontrolne, o których mowa w § 1 ust. 1 pkt 1 Umowy, w tym wydanie orzeczeń, za jedną osobę	84,00 zł.	120,00 zł.
3	badania psychologiczne, o których mowa w § 1 ust. 1 pkt 3 Umowy, w tym wydanie orzeczeń psychologicznych, za jedną osobę	105,00 zł.	
4	konsultacje okulistyczne pracowników zatrudnionych na stanowiskach wyposażonych w monitory ekranowe, o których mowa w § 1 ust. 1 pkt 4 Umowy, w tym wydanie orzeczeń/zaświadczeń, za jedną osobę	84,00 zł.	140,00 zł.
5	konsultacje lekarskie pracowników z orzeczoną stopniem niepełnosprawności, o których mowa w § 1 ust. 1 pkt 5 Umowy, w tym wydanie orzeczeń/zaświadczeń, za jedną osobę	84,00 zł.	120,00 zł.
6	konsultacje lekarskie pracowników mających na celu wskazanie technicznego rodzaju krzesła, o których mowa w § 1 ust. 1 pkt 6 Umowy i wydanie orzeczeń/zaświadczeń, za jedną osobę	84,00 zł.	140,00 zł.
7	konsultacje lekarskie pracowników z orzeczoną stopniem niepełnosprawności w zakresie dostosowania stanowiska pracy, o których mowa w § 1 ust. 1 pkt 7 i wydanie orzeczeń/zaświadczeń Umowy, za jedną osobę	84,00 zł.	120,00 zł.
8	przeprowadzanie badań sanitarno-epidemiologicznych pracownikom wykonującym czynności z żywnością lub narażonych na czynniki biologiczne, o których mowa w § 1 ust. 1 pkt 8 Umowy, w tym wydanie orzeczeń/zaświadczeń, za jedną osobę	84,00 zł.	
9	wykonywanie szczepień ochronnych, w tym konsultacji lekarskich, iniekcji, zakupu oraz przechowywanie szczepionek (szczepienia przeciw kleszczowemu zapaleniu mózgu/Borrelia), o których mowa w § 1 ust. 1 pkt 9 Umowy, za jedną osobę	126,00 zł.	
10	wykonywanie szczepień ochronnych, w tym konsultacji lekarskich, iniekcji, zakupu oraz przechowywanie szczepionek przeciw grypie, o których mowa w § 1 ust. 1 pkt 9 Umowy, za jedną osobę	80,00 zł.	
11	przeglądy stanowisk i pomieszczeń pracy u Zamawiającego, o których mowa w § 1 ust. 1 pkt 10 Umowy, za jedną usługę	126,00 zł.	
12	udział lekarza medycyny pracy w posiedzeniach komisji BHP Zamawiającego oraz konsultacje na rzecz tej komisji, o którym mowa w § 1 ust. 1 pkt 11 Umowy, za jedną usługę	126,00 zł	
13	udział lekarza medycyny pracy w ocenie ryzyka zawodowego – konsultacje telefoniczne i pisemne, o którym mowa w § 1 ust. 1 pkt 12 Umowy, za jedną konsultację	84,00 zł.	
14	opiniowanie przez lekarza medycyny pracy, w zakresie niezbędnym, przyczyn wypadku przy pracy - pisemnie, o którym mowa w § 1 ust. 1 pkt 13 Umowy, za jedną usługę	175,00 zł	300,00 zł.
15	ustalenie ilości, usytuowania i wyposażenia punktów pierwszej pomocy i apteczek – konsultacje telefoniczne i pisemne, o których mowa w § 1 ust. 1 pkt 14 Umowy, za jedną usługę	84,00 zł.	

„Uwaga!!!

* Zamawiający do badania rażąco niskiej ceny na podstawie art. 224 ust. 2 pkt 1) ustawy, będzie brał pod uwagę poszczególne ceny jednostkowe wskazane w kolumnie 3 tabeli.

** W przypadku zaoferowania przez Wykonawcę ceny (lub cen) jednostkowych wyższych niż wskazane w kolumnie 4 tabeli za daną usługę, oferta zostanie odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy.

26.2. Za najkorzystniejszą zostanie uznana oferta, która otrzyma najwyższą liczbę punktów, przyznaną wg. wzoru z pkt 26 SWZ.”

Zgodnie z OPZ (Załącznik nr 2 do Umowy):

- „2. Dane statystyczne

1) Szacunkowa grupa osób objętych badaniami, w okresie obowiązywania Umowy wynosi 15500 osób przyjmowanych i pracowników Urzędu m.st. w tym są to: pracownicy administracyjno-biurowi zatrudnieni przy monitorach ekranowych, kierownicy, pracownicy pracujący na wysokości, w systemie zmianowym, w tym w nocy, wykonujący pracę pod presją czasu i mający nierównomierne obciążenia pracą, pracujący w terenie, pracujący zdalnie, pracownicy narażeni na zagrożenie czynnikami biologicznymi (w tym m.in. WZW B i C, wirus kleszczowego zapalenia mózgu oraz Borrelia, grzyby pleśniowe i inne promieniotwórcy o działaniu uczulającym)

2) Szczepieniami przeciw grypie w okresie obowiązywania Umowy ma być objęta rocznie grupa do 20 % liczby zatrudnionych,

3) Szczepieniami przeciw kleszczowemu zapaleniu mózgu/Borrelii w okresie obowiązywania Umowy ma być objęta, w ciągu roku kalendarzowego, grupa maksymalnie 200 pracowników.

4) Szacuje się, że badaniami:

- wstępnymi objęta zostanie grupa około 3500 osób przyjmowanych do pracy

- okresowymi objęta zostanie grupa około 7500 pracowników

- kontrolnymi objęta zostanie grupa około 1400 pracowników, konsultacjami okulistycznymi około 3 000 pracowników oraz konsultacjami związanymi z dostosowaniem stanowiska pracy około 520 pracowników;

5) grupy pracowników, którzy są objęci obowiązkiem badań stanowią:

- pracownicy na stanowiskach kierowniczych – do 1580 osób,

- pracownicy administracyjno-biurowi – do 9220 osób,

- kierownicy oraz osoby kierujące pojazdem uprzywilejowanym – do 80 osób,

- pracownicy na stanowiskach pomocniczych i obsługi – do 900 osób,

- pracujący na wysokości, w terenie, pracownicy narażeni na zagrożenie czynnikami biologicznymi – do 200 osób,

- pracownicy wykonujący czynności z żywnością – do 10 osób,

- osoby mające orzeczony stopień niepełnosprawności i niebędące jednocześnie całkowicie niezdolne do pracy – do 260 osób.

3. Zagrożenia występujące na stanowisku pracy:

Lp.	Rodzaj zagrożenia	Liczba osób objęta zagrożeniem -dane szacunkowe (zatrudnionych: 9373 osób)
1	Obsługa monitorów ekranowych (powyżej 4 godzin)	9224
2	Stanowiska decyzyjne i związane z odpowiedzialnością	1612
3	Praca na stanowisku kierowcy	123
4	Konsultacje okulistyczne (okulary)	2806
5	Promieniowanie elektromagnetyczne	32
6	Prowadzenie pojazdu uprzywilejowanego	35
7	Konsultacje ortopedyczne (krzesła rehabilitacyjne)	439
8	Grzyby pleśniowe i inne pleśniowce o działaniu uczulającym	139
9	Wirusowe kleszczowe zapalenie mózgu/Borrelia	328
10	Wirusowe zapalenie wątroby typu B i C	113
11	Choroby odzwierzęce	81
12	Stały i duży dopływ informacji, gotowość do odpowiedzi (WOM, telefoniści)	454
13	Pracownicy wykonujący prace na wysokości	588
14	Praca zmianowa, w tym w porze nocnej	137
15	Praca wymagająca stałego i nadmiernego wysiłku głosowego (telefonista)	56
16	Organizacja pracy (praca pod presją czasu, nierównomierne obciążenie pracą)	955
17	Konsultacje w sprawie ustalenia okoliczności wypadku	35

18	Konsultacje zagadnień Komisji BHP	14
19	Konsultacje dotyczące stanowisk pracy dla osób z niepełnosprawnościami	70
20	Konsultacje oceny warunków pracy pracowników	70

Zgodnie z wzorem umowy:

- „§ 4. 1. Wysokość wynagrodzenia:

1) za realizację przedmiotu Umowy w terminie określonym w § 6 nie przekroczy kwoty

5 100 000,00 (słownie: pięć milionów sto tysięcy złotych, 00/100) brutto;

2) dodatkowego za realizację przedmiotu Umowy w terminie i na zasadach określonych w § 9 nie przekroczy kwoty 1 700 000,00 (słownie: jeden milion siedemset tysięcy złotych, 00/100) brutto.

Wynagrodzenie obejmuje wszystkie koszty niezbędne do realizacji przedmiotu Umowy, o którym mowa w § 1 Umowy.

2. Kwota wynagrodzenia określona w ust. 1 przyznana jest na cały okres realizacji przedmiotu Umowy.

3. Wykonawca oświadcza, iż ryczałtowa cena za wykonanie jednej Usługi wynosi za:

(...)

4. Ceny określone w ust. 3 nie mogą ulec zmianie w okresie obowiązywania Umowy, z zastrzeżeniem zmian Umowy dopuszczonych przepisami prawa powszechnie obowiązującego lub wprowadzonych przez Strony na skutek zaistnienia okoliczności opisanych w § 8 Umowy.

5. Okresem rozliczeniowym w ramach Umowy jest miesiąc kalendarzowy.

6. Strony ustalają, że za należyte wykonanie w danym okresie rozliczeniowym Usługi Wykonawcy przysługiwać będzie wynagrodzenie ustalone każdorazowo w oparciu o liczbę udzielonych, w danym miesiącu kalendarzowym, którego dotyczy rozliczenie, Usług medycznych oraz ryczałtowych cen jednostkowych, określonych w ust. 3.”

- „§ 6. 1. Umowa zostaje zawarta na okres 36 miesięcy, począwszy od dnia podpisania Umowy, lub do wyczerpania kwoty, o której mowa w § 4 ust. 1 pkt 1, w zależności od tego, które zdarzenie nastąpi wcześniej. W przypadku wznowienia zamówienia na podstawie § 9 ust. 1 Umowa zostaje zawarta maksymalnie na okres 48 miesięcy, począwszy od dnia podpisania Umowy lub do wyczerpania kwot, o których mowa w § 4 ust. 1 pkt 1 i 2, w zależności od tego, które zdarzenie nastąpi wcześniej.”

Izba ustaliła, że w postępowaniu zostały złożone trzy oferty:

- oferta Konsorcjum: Wartość jednostkowa brutto [PLN]: 1 775,00 zł

- oferta Odwołującego; Wartość jednostkowa brutto [PLN]: 2 430,10 zł

- oferta PETRA MEDICA sp. z o.o.: Wartość jednostkowa brutto [PLN]: 3 199,18 zł

Pismem z dnia 30 grudnia 2024 r. Zamawiający wezwał Konsorcjum do złożenia wyjaśnień w zakresie cen jednostkowych w poz. 8, 9, 11, 12, 13 formularza ofertowego na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy pzp: „Zamawiający po analizie treści Państwa oferty, wzywa do złożenia wyjaśnień, w tym do złożenia dowodów w zakresie wyliczenia istotnych części składowych ceny za wykonanie przedmiotu zamówienia, gdyż ceny jednostkowe brutto zaoferowane przez Państwo w pozycjach:

poz. 8 - przeprowadzanie badań sanitarno-epidemiologicznych pracownikom wykonującym czynności z żywnością lub narażonych na czynniki biologiczne, o których mowa w par. 1 ust. 1 pkt 8 Umowy, w tym wydanie orzeczeń/zaświadczeń, za jedną osobę

poz. 9 - wykonywanie szczepień ochronnych, w tym konsultacji lekarskich, iniekcji, zakupu oraz przechowywanie szczepionek (szczepienia przeciw kleszczowemu zapaleniu mózgu/Borrelji), o których mowa w par. 1 ust. 1 pkt 9 Umowy, za jedną osobę

poz. 11 - przeglądy stanowisk i pomieszczeń pracy u Zamawiającego, o których mowa w par. 1 ust. 1 pkt 10 Umowy, za jedną usługę

poz. 12 - udział lekarza medycyny pracy w posiedzeniach komisji BHP Zamawiającego oraz konsultacje na rzecz tej komisji, o którym mowa w par. 1 ust. 1 pkt 11 Umowy, za jedną usługę

poz. 13 - udział lekarza medycyny pracy w ocenie ryzyka zawodowego — konsultacje telefoniczne i pisemne, o którym mowa w par. 1 ust. 1 pkt 12 Umowy, za jedną konsultację

są niższe od cen jednostkowych w tych pozycjach w pozostałych złożonych ofertach przez co budzą wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia. Ceny jednostkowe stanowią podstawę rozliczenia wynagrodzenia Wykonawcy.

Mając na względzie powyższe, a także zważywszy na przedmiot zamówienia zobowiązani są Państwo do złożenia wyjaśnień w zakresie wyliczenia wskazanych w poz. 8, 9, 11, 12, 13 cen jednostkowych w celu potwierdzenia, że zaoferowane ceny nie są rażąco niskie.”

Pismem z dnia 8 stycznia 2025 r. Konsorcjum złożyło wyjaśnienia w zakresie ceny:

„Kalkulacja Wykonawcy opiera się na następujących przesłankach:

1. Skalowanie działalności oraz katalogu usług: Wykonawca obsługuje bardzo dużą liczbę klientów, co pozwala nam na rozłożenie kosztów stałych na większą liczbę realizowanych usług. Taka skala działalności umożliwiła Wykonawcy oferowanie konkurencyjnych cen, które są niższe od jednostkowych cen oferowanych przez inne firmy, (referencje klientów załączone do oferty), ale cały czas opłacalne, pozwalające na wypracowanie zysku.

Wielkość zamówienia pozwoliła Wykonawcy na oferowanie dodatkowych zniżek (od cen cennikowych). Z uwagi na obszerny katalog usług zamieszczonych w złożonej przez Wykonawcę ofercie (aż 15 pozycji) oraz na podstawie szacunkowych danych statystycznych podanych przez Zamawiającego (w OPZ), Wykonawca brał pod uwagę w kalkulacji zarówno świadczenia wykonywane w dużej liczbie, jak badania wstępne (ok. 3500 osób), okresowe (ok. 7500 osób), kontrolne (ok. 1400 osób) czy konsultacje okulistyczne (ok. 3000 pracowników), jak również takie, które można uznać za sporadyczne, podane w zamówieniu, jak na przykład badania sanitarnoepidemiologiczne — zgodnie z OPZ „pracownicy wykonujący czynności z żywnością — do 10 osób”), Wykonawca przygotowując ofertę i kalkulując cenę kierował się zapewnieniem jak najlepszej jakości i dostępności usługi, a także, co oczywiste, z uwzględnieniem kosztów, które musi ponieść, aby zamówienie zostało wykonane należyście.

2. Umowy z dostawcami: umowy z dostawcami szczepionek ochronnych przeciw kleszczowemu zapaleniu mózgu, pozwalają nam na obniżenie ceny, co bezpośrednio wpływa na oferowane przez nas ceny jednostkowe wykonywania szczepień (zakupy szczepionki FSME IMMUN w hurtowni farmaceutycznej Tramko, koszt zakupu: 111,80 zł za 1 ampułkostrzykawkę)

3. Zatrudnienie wykwalifikowanego personelu: posiadamy wysoko wykwalifikowany zespół lekarzy medycyny pracy, którzy dzięki swojej wiedzy i doświadczeniu są w stanie efektywnie i dokładnie przeprowadzać wszelkie usługi wchodzące w zakres umowy.

4. Wykonywanie usług bez podwykonawców: wszystkie usługi medycyny pracy wykonujemy samodzielnie, bez korzystania z podwykonawców, w placówkach Wykonawcy. Dzięki temu mamy pełną kontrolę nad kosztami, a także jakością realizowanych usług, co dodatkowo pozwala nam na oferowanie konkurencyjnych cen.

5. Optymalizacja kosztów operacyjnych: dzięki wieloletniemu doświadczeniu i wdrożonym procesom optymalizacyjnym, byliśmy w stanie znacząco obniżyć koszty operacyjne związane z przeprowadzaniem badań sanitarnoepidemiologicznych, szczepień oraz innych usług medycyny pracy, o których mowa w S 1 ust. 1 pkt 10-12 Umowy. Efektywne zarządzanie zasobami oraz modernizacja infrastruktury pozwoliły na redukcję kosztów bez kompromisu na jakości świadczonych usług.

Jednocześnie pragniemy podkreślić, że nasze ceny jednostkowe są wyższe niż te, które Zamawiający podał w kolumnie 3. w Tabeli zawartej w SWZ, część V, strona 18-19 (zał. 1). W związku z tym, mamy pewność, że nasze ceny są realistyczne i umożliwiają wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia i są cenami dla nas opłacalnymi. Złożona oferta cenowa, składająca się łącznie z 15 pozycji, jest wiarygodna, rzetelna i umożliwia realizację zamówienia w zamian za wynagrodzenie Wykonawcy.

Zał. 1. Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej SWZ), część V, tabela str. 18-19.

Zał. 2. Załącznika nr 2 do wzoru umowy: OPZ po zmianie i zawartych w nim w punkcie 1. Opis przedmiotu zamówienia (ust. 8-12) oraz w punkcie 2. Danych statystycznych oraz w punkcie 3. Zagrożeń występujących na stanowisku pracy wraz z danymi szacunkowymi zatrudnionych, objętych danym zagrożeniem.

Zał. 3. Wyciągi z cenników rynkowych dla usług z zakresu medycyny pracy (skany) — porównanie cen usług z oferty — dotyczy pkt. 8,9,11,12,13.”

Pismem z dnia 14 stycznia 2025 r. Zamawiający dokonał czynności wyboru najkorzystniejszej oferty. Oferta Konsorcjum otrzymała 100 pkt w kryteriach oceny ofert, Odwołującego 73,04 pkt, a oferta PETRA MEDICA sp. z o.o. 55,48 pkt.

Porównanie cen Wykonawców z szacowanymi przez Zamawiającego:

Lp.	Nazwa usługi	Wartość szacunkowa brutto 1 usługi do weryfikacji rażąco niskiej ceny*	Odwolujący	Konsorcjum	PETRA MEDICA sp. z o.o.
1	2	3	4		
1	profilaktyczne badania wstępne i okresowe, których zakres określa § 1 ust. 1 pkt 1-2 Umowy, profilaktyczne badania, o których mowa w § 1 ust. 1 pkt 3 Umowy, w tym wydanie orzeczeń, za jedną osobę	189,00 zł.	189,10 zł.	200,00 zł	209,47 zł
2	profilaktyczne badania kontrolne, o których mowa w § 1 ust. 1 pkt 1 Umowy, w tym wydanie orzeczeń, za jedną osobę	84,00 zł.	90,00 zł.	100,00 zł	104,29 zł
3	badania psychologiczne, o których mowa w § 1 ust. 1 pkt 3 Umowy, w tym wydanie orzeczeń psychologicznych, za jedną osobę	105,00 zł.	150,00 zł	170,00 zł	120,00 zł
4	konsultacje okulistyczne pracowników zatrudnionych na stanowiskach wyposażonych w monitory ekranowe, o których mowa w § 1 ust. 1 pkt 4 Umowy, w tym wydanie orzeczeń/zaświadczeń, za jedną osobę	84,00 zł.	80,00 zł.	100,00 zł	132,03 zł
5	konsultacje lekarskie pracowników z orzeczoną stopniem niepełnosprawności, o których mowa w § 1 ust. 1 pkt 5 Umowy, w tym wydanie orzeczeń/zaświadczeń, za jedną osobę	84,00 zł.	90,00 zł.	100,00 zł	104,29 zł
6	konsultacje lekarskie pracowników mających na celu wskazanie technicznego rodzaju krzesła, o których mowa w § 1 ust. 1 pkt 6 Umowy i wydanie orzeczeń/zaświadczeń, za jedną osobę	84,00 zł.	90,00 zł.	85,00 zł	104,29 zł
7	konsultacje lekarskie pracowników z orzeczoną stopniem niepełnosprawności w zakresie dostosowania stanowiska pracy, o których mowa w § 1 ust. 1 pkt 7 i wydanie orzeczeń/zaświadczeń Umowy, za jedną osobę	84,00 zł.	90,00 zł.	100,00 zł	104,29 zł
8	przeprowadzanie badań sanitarno-epidemiologicznych pracownikom wykonującym czynności z żywnością lub narażonych na czynniki biologiczne, o których mowa w § 1 ust. 1 pkt 8 Umowy, w tym wydanie orzeczeń/zaświadczeń, za jedną osobę	84,00 zł.	230,00 zł	100,00 zł	396,36 zł
9	wykonywanie szczepień ochronnych, w tym konsultacji lekarskich, iniekcji, zakupu oraz przechowywanie szczepionek (szczepienia przeciw kleszczowemu zapaleniu mózgu/Borrelia), o których mowa w § 1 ust. 1 pkt 9 Umowy, za jedną osobę	126,00 zł.	175,00 zł	135,00 zł	288,03 zł
10	wykonywanie szczepień ochronnych, w tym konsultacji lekarskich, iniekcji, zakupu oraz przechowywanie szczepionek przeciw grypie, o których mowa w § 1 ust. 1 pkt 9 Umowy, za jedną osobę	80,00 zł.	85,00 zł	85,00 zł	138,53 zł

11	przeglądy stanowisk i pomieszczeń pracy u Zamawiającego, o których mowa w § 1 ust. 1 pkt 10 Umowy, za jedną usługę	126,00 zł.	300,00 zł	127,00 zł	424,28 zł
12	udział lekarza medycyny pracy w posiedzeniach komisji BHP Zamawiającego oraz konsultacje na rzecz tej komisji, o którym mowa w § 1 ust. 1 pkt 11 Umowy, za jedną usługę	126,00 zł	300,00 zł	127,00 zł	400,71 zł
13	udział lekarza medycyny pracy w ocenie ryzyka zawodowego – konsultacje telefoniczne i pisemne, o którym mowa w § 1 ust. 1 pkt 12 Umowy, za jedną konsultację	84,00 zł.	300,00 zł	85,00 zł	186,63 zł
14	opiniowanie przez lekarza medycyny pracy, w zakresie niezbędnym, przyczyn wypadku przy pracy - pisemnie, o którym mowa w § 1 ust. 1 pkt 13 Umowy, za jedną usługę	175,00 zł	176,00 zł.	176,00 zł	299,35 zł
15	ustalenie ilości, usytuowania i wyposażenia punktów pierwszej pomocy i apteczek – konsultacje telefoniczne i pisemne, o których mowa w § 1 ust. 1 pkt 14 Umowy, za jedną usługę	84,00 zł.	85,00 zł	85,00 zł	186,63 zł

Przedmiot sporu w niniejszej sprawie sprowadzał się do oceny, czy Zamawiający powinien był unieważnić postępowanie na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy pzp mając na względzie ustanowione w postępowaniu kryteria oceny ofert oraz czy oferta Konsorcjum powinna zostać odrzucona jako zawierająca rażąco niską cenę oraz złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji. Analiza dokumentacji postępowania oraz zaprezentowanych przez Strony stanowisk doprowadziła Izbę do przekonania, że zarzuty odwołania nie zasługiwały na uwzględnienie.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 255 pkt 6 ustawy pzp oraz art. 16 ustawy pzp Odwołujący podnosił, że postępowanie jest obciążone wadą a zasady postępowania zostały naruszone, ponieważ Zamawiający oceniał w postępowaniu w kryterium oceny ofert sumaryczne ceny jednostkowych badań bez przeliczenia tych cen przez szacunkową ilość osób podaną przez Zamawiającego w dokumentach zamówienia. Odwołujący wywodził, że gdyby postępowanie nie zawierało takiej wady, a ceny jednostkowe podane przez wykonawców zostały przeliczone przez ilości poszczególnych badań to oferta Odwołującego byłaby najkorzystniejsza. Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego, że podnoszone przez niego okoliczności powodują konieczność unieważnienia postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy pzp. Izba za Zamawiającym uznała, że argumentacja mająca wykazywać wypełnienie się ww. przesłanki unieważnienia postępowania jest w części spóźniona a w części niezasadna.

Zgodnie z art. 16 pkt 1 – 2 ustawy pzp: „Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty.”

Zgodnie z art. 255 pkt 6 ustawy pzp: „Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli: 6) postępowanie obciążone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.”

W myśl art. 457 ust. 1 pkt 1 ustawy pzp: „Art. 457. 1. Umowa podlega unieważnieniu, jeżeli zamawiający: 1) z naruszeniem ustawy udzielił zamówienia, zawarł umowę ramową lub ustanowił dynamiczny system zakupów bez uprzedniego zamieszczenia w Biuletynie Zamówień Publicznych albo przekazania Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej ogłoszenia wszczynającego postępowanie lub bez wymaganego ogłoszenia zmieniającego ogłoszenie wszczynające postępowanie, jeżeli zmiany miały znaczenie dla sporządzenia wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert;”

Na wstępie zauważenia wymaga, że art. 255 pkt 6 ustawy pzp pozostaje w związku z art. 457 ust. 1 ustawy pzp, w zakresie w jakim wada postępowania może prowadzić do zawarcia umowy podlegającej unieważnieniu na podstawie przesłanek wskazanych w tych przepisach. Co również istotne możliwość powołania się na art. 255 pkt 6 ustawy pzp wymaga łącznego wystąpienia następujących przesłanek: postępowanie musi być obciążone wadą, czyli w postępowaniu doszło do naruszenia przez zamawiającego przepisów regulujących jego prowadzenie, wada ta jest niemożliwa do usunięcia (jeśli wada jest usuwalna, konieczne jest jej usunięcie – w takim przypadku nie ma możliwości unieważnienia postępowania), stwierdzona wada postępowania musi być na tyle istotna, że uniemożliwia zawarcie

niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Podkreślić należy, że unieważnienie postępowania stanowi czynność o charakterze wyjątkowym, która definitywnie kończy postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego i zamyka drogę wykonawcom do uzyskania zamówienia, tym samym nie zostaje osiągnięty cel postępowania jakim jest udzielenie zamówienia. Dlatego też, katalog przesłanek pozwalających unieważnić postępowanie ma charakter katalogu zamkniętego i nie może podlegać wykładni rozszerzającej. Co istotne, dla spełnienia przesłanek z art. 255 pkt 6 ustawy pzp konieczne jest wystąpienie związku przyczynowego pomiędzy zaistniałą wadą, a niemożnością zawarcia ważnej umowy. Tym samym, unieważniając postępowanie na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy pzp zamawiający powinien dokonać analizy okoliczności skutkujących unieważnieniem umowy w oparciu o art. 457 ust. 1 oraz art. 459 ust. 1 ustawy pzp. Artykuł 457 ust. 1 ustawy pzp podaje w sposób enumeratywny okoliczności prowadzące do unieważnienia umowy, natomiast art. 459 ust. 1 ustawy pzp uprawnia Prezesa Urzędu do wystąpienia do sądu o unieważnienie umowy, o której mowa w art. 457 ust. 1 ustawy pzp. Z powyższego wynika, że dopiero wystąpienie przesłanki z art. 457 ust. 1 ustawy pzp w powiązaniu z niemożliwą do usunięcia wadą uprawnia zamawiającego do podjęcia czynności unieważnienia postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy pzp.

Przenosząc powyższe na kanwę niniejszej sprawy zauważyć należy, że żadna z ww. przesłanek nie wystąpiła w postępowaniu.

Odnosząc się w pierwszej kolejności do zaistnienia wady postępowania to zaznaczenia wymaga, że Odwołujący upatrywał wady postępowania w ustalonym przez Zamawiającego sposobie oceny ofert – kryteriach oceny ofert. Niewątpliwie, Zamawiający określił w SWZ, że będzie porównywał sumę cen jednostkowych poszczególnych usług. Zamawiający wybierał więc ofertę najkorzystniejszą w zakresie oferowanych cen jednostkowych. Kryteria wbrew twierdzeniom Odwołującego zostały opisane zgodnie z art. 240 ust. 1 ustawy pzp w sposób jednoznaczny i zrozumiały. Taki sposób oceny został przejrzysto rozpisany zarówno w SWZ jak i wynikał z formularza oferty, gdzie w osobnej Tabeli zatytułowanej „Kryteria” wykonawcy byli zobowiązani podać wartość stanowiącą sumę cen jednostkowych poszczególnych usług. O tym, że kryteria zostały sformułowane w sposób jasny i precyzyjny świadczy okoliczność, że żaden z wykonawców nie wnosił w postępowaniu o wyjaśnienie treści SWZ w tym zakresie. Żaden z wykonawców, w tym Odwołujący nie zakwestionował tak ustanowionych kryteriów oceny ofert wnosząc w odpowiednim terminie środki ochrony prawnej wobec powyższych postanowień dokumentów zamówienia. Co więcej, Odwołujący miał świadomość takiego sposobu porównywania ofert, gdyż właściwie wypełnił formularz ofertowy wskazując zsumowaną wartość jednostkowych cen poszczególnych usług. Odwołujący wiedział więc, że Zamawiający nie określił dokładnej ilości poszczególnych usług objętych zamówieniem, a w konsekwencji nie wymagał ich przeliczenia przez ceny jednostkowe celem porównania tak zsumowanych wartości. Takie działanie było zresztą spójne z pozostałymi postanowieniami dokumentów zamówienia, zgodnie z którymi Zamawiający ustalił we wzorze umowy rozliczenie z wykonawcami za faktycznie wykonane usługi, a realizacja umowy miała trwać bądź do upływu terminu, na który została zawarta bądź do wyczerpania z góry określonej przez Zamawiającego wartości wynagrodzenia z par. 4 ust. 1 wzoru umowy. Słusznie zatem Zamawiający podnosił, że argumentacja Odwołującego upatrująca wady postępowania w tak ukształtowanych kryteriach oceny ofert jest spóźniona, gdyż Odwołujący we właściwym terminie wynikającym z art. 515 ust. 2 pkt 1 ustawy pzp nie zaskarżył powyższych postanowień dokumentów zamówienia pozostających ze sobą w ścisłym związku. Izba zauważa również, że sposób oceny ofert był równy dla wszystkich wykonawców, opisany przejrzysto, a każdy z wykonawców mógł uwzględniając właściwe sobie możliwości rzetelnie wycenić poszczególne usługi, których ceny były następnie porównywane. Na podstawie tak określonych kryteriów możliwy był wybór oferty, gdyż są one porównywalne. Odwołujący podnosi zresztą z jednej strony argumentację o nieporównywalności ofert w zakresie kryterium ceny, a jednocześnie stawia zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy pzp, który uzasadnia powołując się właśnie na wnioski wynikające z porównania cen jednostkowych zaoferowanych przez wykonawców w postępowaniu. Jednoznaczne zasady oceny, równe dla wszystkich wykonawców powodują, że nie doszło do naruszenia zasad postępowania, w tym zasady uczciwego konkutowania. Odwołujący miał taką samą wiedzę w zakresie przyjętych w postępowaniu kryteriów oceny ofert jak pozostali wykonawcy, a dopiero po terminie składania ofert i wyborze oferty Konsorcjum Odwołujący zauważył, że gdyby Zamawiający przyjął inną koncepcję oceny ofert to być może oferta Odwołującego byłaby najkorzystniejsza. Takie działanie nie zasługuje na akceptację, a w szczególności okoliczności podnoszone przez Odwołującego nie świadczą o wadzie postępowania. Izba zwraca uwagę, że w żadnym miejscu dokumenty zamówienia nie wprowadzały wykonawców w błąd w taki sposób, że mogliby spodziewać się, że Zamawiający dokona przeliczenia cen jednostkowych oferowanych za usługi przez określone ich ilości. Takie działanie Zamawiającego byłoby zresztą nieuprawnione jako niewynikające z SWZ. Co więcej, Zamawiający w sposób jednoznaczny wskazał, że podane w OPZ ilości usług to dane statystyczne, wstępnie szacowane, a Zamawiający będzie rozliczał się z wykonawcą za faktycznie zrealizowane usługi, których konkretna ilość na etapie ogłoszonego postępowania nie była znana. Jak podnosił Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie: „*Przyjęty sposób oceny ofert*

wynikał z istniejących po stronie Zamawiającego potrzeb ukształtowanych w szczególności na przestrzeni ostatnich lat w bardzo zmiennych warunkach zdrowotnych i gospodarczych. Ostatnie lata, w szczególności pandemia Covid (zawieszenie w latach 2020-2023 wykonywania badań lekarskich wynikających z art. 229 Kodeksu pracy, tj. m.in. badań okresowych, okulistycznych wraz przedłużeniem okresu ich ważności do czasu odwołania stanu epidemii i zagrożenia epidemicznego) i będące jej skutkiem głębokie zaburzenia w harmonogramach realizacji usług objętych Postępowaniem, wzbudziła u Zamawiającego przekonanie, że wprowadzony do SWZ mechanizm wyboru oferty najkorzystniejszej najlepiej zabezpieczy interesy Zamawiającego. Każda z opisanych usług realizowana może być indywidualnie (co przyznaje sam Odwołujący na 11 stronie odwołania: „nie mogą zostać uznane jako nieistotne z punktu widzenia przedmiotu zamówienia. Nie mają one charakteru pomocniczego”), jednocześnie szacowany wymiar każdej z nich w toku realizacji umowy może w istotny sposób się zmienić. Rodziło to po stronie Zamawiającego konieczność zabezpieczenia możliwości realizacji przedmiotu zamówienia w sposób elastyczny, a jednocześnie odpowiadający wymaganiom ustawy Pzp. Umowa w swoim kształcie miała zapewniać Zamawiającemu możliwie najbardziej plastyczną realizację rzeczywiście zaistniałych w czasie jej obowiązywania realnych potrzeb – to faktyczny zakres tych potrzeb, a nie wstępne szacunki ustalone w odniesieniu do czasu pandemii (przez co narażone na dużo większe prawdopodobieństwo błędów u swoich założeniach), miał warunkować proces realizacji przedmiotu umowy.” Dane statystyczne zostały więc podane wyłącznie dla zobrazowania możliwej skali usług. Podkreślić należy ponownie, że każdy z wykonawców na równych zasadach mógł konkurować cenami jednostkowymi usług, które powinny obejmować wszystkie koszty ich realizacji i kształtować się w sposób nieprzekraczający cen maksymalnych podanych przez Zamawiającego dla części usług. Odwołujący podnosił, że czuje się pokrzywdzony takim sposobem oceny ofert, niemniej jednak był on znany na etapie ogłoszenia postępowania i Odwołujący mógł się z nim zapoznać bądź w odpowiednim terminie go zakwestionować. Odwołujący nie podważa przy tym, aby Zamawiający nie zastosował mechanizmu oceny ofert w ramach kryterium ceny zgodnie z jego opisem wynikającym z SWZ. Odczucia Odwołującego nie świadczą jednak o wadzie postępowania, mając również na względzie, że kryteria nie powodowały uprzywilejowania któregośkolwiek wykonawcy. Odwołujący po prostu wycenił usługi na innych poziomach niż Konsorcjum, którego oferta okazała się najkorzystniejsza w świetle ustalonego kryterium ceny. Odwołujący przedstawia w odwołaniu obliczenia: „jeśli Zamawiający ma 9220 pracowników biurowych i każdy z nich musiałby przejść badanie profilaktyczne wstępne to kwotowo oferta Odwołującego się byłaby najkorzystniejszą: gdyż $9220 \times 189,10 = 1\,743\,502$ PLN, natomiast przyjmując stawkę 200 zł to suma wyniosłaby 1 844 000 zł, a zatem różnica wynosi 100 498 zł.” dokonując jednak założeń wynikających wyłącznie z przypuszczenia Odwołującego co do faktycznej ilości usług, która zostanie zrealizowana w ramach umowy, a nie ilości które byłyby konkretnie podane w SWZ. Chybione są w konsekwencji twierdzenia, że to oferta Odwołującego byłaby najtańsza, gdyby takich obliczeń dokonano. Zdaniem Izby, w postępowaniu nie występuje zatem wada, tym bardziej wada nieusuwalna, polegająca na naruszeniu przepisów ustawy pzp o jego prowadzeniu, a Zamawiający mógł zbadać, ocenić i dokonać wyboru oferty w oparciu o ustanowione kryteria oceny ofert.

Izba zauważa również, że wada postępowania, jeśliby wystąpiła, musi jednocześnie uniemożliwiać zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Odwołujący w odwołaniu w ogóle nie dokonał analizy spełnienia tej przesłanki. Odwołujący lakonicznie stwierdził: „Ponieważ treść SWZ obarczona jest wadą nieusuwalną na etapie po otwarciu ofert, która miała znaczenie dla sporządzenia ofert, a zatem wpłynęła na wynik postępowania, udzielenie zamówienia nastąpiłoby z naruszeniem przepisów ustawy, co uwzględniając treść art. 457 ust. 1 pkt 1 pzp uzasadnia unieważnienie postępowania w oparciu o przesłankę wskazaną w art. 255 pkt 6 pzp.” Izba zauważa, że Odwołujący powołał się na treść art. 457 ust. 1 pkt 1 ustawy pzp, który stanowi o unieważnieniu umowy w sytuacji, gdy zamawiający udzieli zamówienia z naruszeniem ustawy w zakresie obowiązku publikacji ogłoszenia wszczynającego postępowanie lub zmieniającego ogłoszenie. Podkreślić należy, że „naruszenie przepisu art. 457 ust. 1 pkt 1 PZP musi polegać na zaniechaniu przez zamawiającego obowiązku ogłoszeń” (tak też: wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 31 maja 2023 r. sygn. akt: XXIII Zs 32/23). Zaznaczenia wymaga, że w poprzednim stanie prawnym art. 146 ust. 6 ustawy pzp z 2004 r. umożliwiał Prezesowi Urzędu wystąpienie „do sądu o unieważnienie umowy w przypadku dokonania przez zamawiającego czynności lub zaniechania dokonania czynności z naruszeniem przepisu ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania.” Ustawa przewidywała więc możliwość unieważnienia umowy w sytuacji stwierdzenia naruszenia mającego lub mogącego mieć wpływ na wynik postępowania. Podkreślić należy, że przesłanki unieważnienia postępowania jako niweczące jego cel jakim jest udzielenie zamówienia i jego realizacja muszą być interpretowane ściśle. Trudno uznać, aby racjonalny Ustawodawca przez nowelizację ustawy pzp dopuścił ich rozszerzenie w taki sposób, że każde, również niemające wpływu na wynik postępowania naruszenie ustawy mogłoby powodować unieważnienie całego postępowania, a w taki sposób należałoby interpretować dyspozycję art. 457 ust. 1 pkt 1 ustawy pzp, aby uznać zasadność argumentacji odwołania. Początek treści ww. przepisu stanowi bowiem: „z naruszeniem ustawy udzielił zamówienia, zawarł umowę ramową lub ustanowił dynamiczny system zakupów (...).” Dalsza jednak treść przesądza zadaniem Izby, że naruszenie, o którym mowa ww. punkcie ust. 1 art. 457 ustawy

pzp dotyczy jak już wskazano obowiązków publikacji ogłoszeń i ich zmian: „bez uprzedniego zamieszczenia w Biuletynie Zamówień Publicznych albo przekazania Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej ogłoszenia wszczynającego postępowanie lub bez wymaganego ogłoszenia zmieniającego ogłoszenie wszczynające postępowanie, jeżeli zmiany miały znaczenie dla sporządzenia wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert.” Odpowiednio zresztą w starym stanie prawnym w art. 146 ustawy pzp z 2004 r. określającym przesłanki unieważnienia w ust. 1 pkt 2 jako przesłankę unieważnienia umowy wskazano: „jeżeli zamawiający (...) 2) nie zamieścił ogłoszenia o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych albo nie przekazał ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej.” Jak słusznie zważył Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 27 czerwca 2022 r. w sprawie o sygn. akt: XXIII Zs 39/22; Zgodnie z art. 255 pkt 6 Pzp zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia m. in. jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Nie chodzi zatem o to, że w postępowaniu wystąpiła jakakolwiek wada, choćby nawet poważna — lecz chodzi tylko o wadę uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy. Istnieje zatem konieczność zdefiniowania, kiedy umowa zawarta w drodze zamówienia publicznego podlega unieważnieniu. Stanowi o tym art. 457. Zgodnie z ust. 1. pkt 1 tego przepisu, umowa podlega unieważnieniu, jeżeli zamawiający z naruszeniem ustawy udzielił zamówienia, zawarł umowę ramową lub ustanowił dynamiczny system zakupów bez uprzedniego zamieszczenia w Biuletynie Zamówień Publicznych albo przekazania Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej ogłoszenia wszczynającego postępowanie lub bez wymaganego ogłoszenia zmieniającego ogłoszenie wszczynające postępowanie, jeżeli zmiany miały znaczenie dla sporządzenia wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert. Wszystkie te naruszenia dotyczą zaniechania obowiązku ogłoszenia. Wbrew wywodom odwołującego, będącego przeciwnikiem skargi, zmiana brzmienia tego przepisu w toku prac legislacyjnych i „dopisanie przecinka” nie oznacza, że „udzielenie zamówienia z naruszeniem ustawy” stało się odrębną, oddzielną od pozostałych, podstawą unieważnienia umowy. (...) Owo dopisanie przecinka ma związek tylko z wprowadzeniem do przepisu wyliczenia odnoszącego się do innych postępowań — początkowo przepis odnosił się tylko do udzielenia zamówienia publicznego, ale ostatecznie rozciągnięto jego zakres także na zawarcie umowy ramowej lub ustanowienie dynamicznego systemu zakupów. W języku polskim kolejne elementy wyliczenia są łączone przecinkiem, aż do połączenia elementu przedostatniego z ostatnim, kiedy to stosuje się odpowiedni spójnik (w omawianym przepisie jest to „lub”). Podsumowując, wszystkie naruszenia, o których mowa w art. 457 ust. 1 pkt 1 Pzp dotyczą zaniechania dokonania określonego ogłoszenia.”

Mając na względzie, że Odwołujący nie podnosił, aby Zamawiający dopuścił się naruszenia w zakresie obowiązków publikacji ogłoszenia to przesłanka zaistnienia wady uniemożliwiającej zawarcie ważnej umowy również nie została wykazana. Okoliczności, w których Odwołujący upatrywał wady postępowania w ogóle nie dotyczą zaniechania dokonania określonego ogłoszenia.

W konsekwencji Izba uznała, że Zamawiający otrzymał w postępowaniu oferty na realizację zamówienia, które mógł zbadać i ocenić w oparciu o postanowienia SWZ, dokonać wyboru, a następnie będzie mógł zawrzeć ważną umowę na realizację zamówienia publicznego. Dlatego też stwierdzić należało, że przesłanka unieważnienia postępowania z art. 255 pkt 6 ustawy pzp nie zaistniała. Zarzut naruszenia art. 255 pkt 6 ustawy pzp oraz art. 16 ust. 1 ustawy pzp nie zasługiwał więc na uwzględnienie.

Przechodząc do zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy pzp to Odwołujący podnosił, że Konsorcjum zaniżyło niektóre ceny jednostkowe – za usługi z pkt 8, 9, 11, 12 i 13 formularza oferty i dlatego oferta Konsorcjum została wybrana jako najkorzystniejsza. Odwołujący podkreślał, że ceny zaoferowane przez Konsorcjum w tych pozycjach są nierynkowe i dokonał porównania ich poziomu z własnymi cenami oraz cenami zaoferowanymi przez wykonawcę PETRA MEDICA sp. z o.o. Odwołujący nie podważał jednak zdaniem Izby skutecznie złożonych przez Konsorcjum wyjaśnień w zakresie ceny, dlatego zarzut nie zasługiwał na uwzględnienie.

Na wstępie wskazania wymaga, że zgodnie z art. 224 ustawy pzp: „1. Jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych. 2. W przypadku gdy cena całkowita oferty złożonej w terminie jest niższa o co najmniej 30% od: 1) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia; (...) 3. Wyjaśnienia, o których mowa w ust. 1, mogą dotyczyć w szczególności: 1) zarządzania procesem produkcji, świadczonych usług lub metody budowy; 2) wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków

dostaw, usług albo związanych z realizacją robót budowlanych; 3) oryginalności dostaw, usług lub robót budowlanych oferowanych przez wykonawcę; 4) zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od, minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 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 powierzeniem wykonania części zamówienia podwykonawcy. 4. W przypadku zamówień na roboty budowlane lub usługi, zamawiający jest obowiązany żądać wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, co najmniej w zakresie określonym w ust. 3 pkt 4 i 6. 5. Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy. 6. 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. (...)”

Artykuł 226 ust. 1 pkt 8 ustawy pzp stanowi: „1. Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (...) 8) zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.”

W pierwszej kolejności zauważyć należy zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem Izby, że za cenę rażąco niską uznaje się cenę poniżej kosztów własnych wykonawcy, niepozwalającą na wypracowanie zysku. Jest to cena oderwana od realiów rynkowych i nierzeczywista. Jeśli możliwe jest wykazanie, że za cenę wskazaną w ofercie wykonawca nie będzie w stanie należycie wykonać zamówienia, to znaczy, że mamy do czynienia z ceną rażąco niską.

Jak wskazano w wyroku z dnia 30 listopada 2021 r.: „Procedura badania i ustalania ceny rażąco niskiej przebiega więc w taki sposób, że Zamawiający musi umożliwić wykonawcy wykazanie okoliczności, iż zaoferowana przez niego cena jest ceną realną. Następnie zaś na wykonawcy, zgodnie z art. 224 ust. 5 Pzp, spoczywa obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Rolą Zamawiającego jest ustalenie i weryfikacja czy czynniki wskazane przez wykonawcę w ramach wyjaśnień rzeczywiście istnieją, mogą być osiągnięte w ramach realiów rynkowych i na podstawie jakich założeń wykonawca zakłada realność wystąpienia tych szczególnych czynników i sprzyjających okoliczności. Treść normy art. 224 ust. 5 Pzp nie pozostawia wątpliwości, że to na wykonawcy wezwanym do złożenia wyjaśnień spoczywa obowiązek wykazania, czy możliwe i realne jest wykonanie zamówienia za określoną w ofercie cenę. (...) wyjaśnienia takie muszą być konkretne, wyczerpujące i uzasadniające realność dokonanej przez wykonawcę kalkulacji.”

Niewątpliwie więc istotą procedury wyjaśnień rażąco niskiej ceny jest wykazanie zamawiającemu, że zaoferowana przez wykonawcę cena gwarantuje należyte wykonanie zamówienia, a założenie niższej ceny wynika z właściwości danego wykonawcy, zasobów kadrowych, sprzętowych, możliwości organizacyjnych czy też współpracy z określonymi podmiotami i pozostaje ceną rynkową. Na skutek ich złożenia zamawiający powinien uzyskać pewność, co do możliwości zrealizowania zamówienia zgodnie z wymaganiami za cenę podaną w ofercie, a także co do tego, że wątpliwości zamawiającego w zakresie zbyt niskiej ceny były nieuzasadnione. W odpowiedzi na wezwanie wykonawca powinien w rzetelny i jak najpełniejszy sposób wykazać, również poprzez złożenie dowodów odpowiadających wyjaśnianym składnikom ceny, że zaoferowane przez niego ceny nie noszą znamion rażąco niskich. Co jednak kluczowe, wyjaśnienia wykonawcy muszą odpowiadać wezwaniu, szczególnie w sytuacji, gdy zamawiający precyzuje szczegółowo, jakie elementy ceny budzą jego wątpliwości. W przeciwnym razie nawet obszernie wyjaśnienia, które nie odnoszą się jednak do kwestionowanych przez zamawiającego cen, nie będą mogły zostać uznane za uzasadniające ich zaoferowanie na niskim poziomie. Izba podziela w tym zakresie stanowisko przedstawione w wyroku o sygn. akt KIO 3750/21 z dnia 18 stycznia 2022 r.: „(...) ocena wyjaśnień ceny złożonych przez wykonawcę musi odbywać się, w kontekście wezwania zamawiającego – jego szczegółowości oraz wyrażonych w nim skonkretyzowanych wątpliwości. Jeżeli Zamawiający wskaże w wezwaniu do wyjaśnień elementy ceny oferty, które jego zdaniem wymagają takich wyjaśnień to wykonawca zobowiązany jest udzielić wyjaśnień co najmniej w zakresie zakreślonym przez Zamawiającego. (...) obowiązkiem wykonawcy jest, aby w odpowiedzi na wezwanie wystosowane przez zamawiającego udzielił wyjaśnień dotyczących okoliczności, które wpłynęły na wysokość zaoferowanej ceny w taki sposób, aby na ich podstawie możliwe było jednoznaczne ustalenie, że cena oferty (odpowiednio koszt, istotna część składowa) nie jest ceną rażąco niską. Efektem składanych wyjaśnień ma być stworzenie podstaw do uznania przez zamawiającego, że podejrzenie dotyczące rażąco niskiej ceny oferty nie było uzasadnione. 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.”

Przenosząc powyższe rozważania na kanwę niniejszej sprawy Izba w pierwszej kolejności zauważa, że Odwołujący

przedstawił lakoniczne uzasadnienie postawionego zarzutu wskazując jedynie, że złożone przez Konsorcjum wyjaśnienia w żaden sposób nie uprawdopodobniają ceny rynkowej za ww. usługi, gdyż Konsorcjum powołało się na dostępne zniżki, ale nie przedstawiło sposobu wyliczenia cen jednostkowych. Odwołujący nie dokonał jednak merytorycznej polemiki ze złożonymi wyjaśnieniami Konsorcjum w zakresie ceny, nie wyspecyfikował, dlaczego wyjaśnienia nie uzasadniają cen jednostkowych zaoferowanych przez Konsorcjum i czego konkretnie brakuje, aby można było uznać wyjaśnienia za pełne i wyczerpujące. Odwołujący nie odniósł się do cen wynikających z załączonych do wyjaśnień Konsorcjum dowodów. Stąd Izba uznała, że Odwołujący nie podważył skutecznie złożonych przez Konsorcjum wyjaśnień. Dopiero na rozprawie Odwołujący podjął próbę rozszerzenia argumentacji w zakresie zarzutu rażąco niskiej ceny wskazując na koszty pracy lekarza, pielęgniarki, koszty pomieszczeń, przyjazdu czy zakupu szczepionek. Dodatkowe stanowisko Odwołującego nie wynikające z odwołania jest jednak spóźnione, gdyż zakres rozpoznania przed Izbą wyznacza przede wszystkim treść złożonego odwołania. To skonkretyzowane okoliczności faktyczne podniesione w odwołaniu kreują zarzuty kierowane względem czynności bądź zaniechania zamawiającego. Jak wskazano w uzasadnieniu wyroku w sprawach połączonych KIO 3055/21, KIO 3061/21, KIO 3199/21, KIO 3203/21 KIO 3226/21 z dnia 19 listopada 2021 r., które to stanowisko Izba podziela w całości: „zakres rozstrzygnięcia Izby, zgodnie z art. 555 ustawy Pzp, wyznacza treść odwołania – kwestionowana w nim czynność, oraz przede wszystkim podniesione zarzuty. Zgodnie z treścią tego przepisu, Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Zatem zarzuty odwołania muszą być skonkretyzowane, a Izba nie może wyznaczać ich granic z zastępstwem Odwołującego. Niewystarczające jest określenie w odwołaniu czynności lub zaniechania Zamawiającego i wskazanie kwalifikacji prawnej, treść i zakres zarzutu wyznaczają bowiem okoliczności faktyczne, w których Odwołujący upatruje niezgodności z przepisami ustawy. Zgodnie z treścią art. 516 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp odwołanie zawiera wskazanie okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania oraz dowodów na poparcie przytoczonych okoliczności. Powyższe oznacza, że odwołanie powinno konkretyzować postawiony zarzut, zawierać wskazanie okoliczności faktycznych, które uzasadniają stawianie Zamawiającemu wyartykułowanych w odwołaniu zastrzeżeń, nie może natomiast mieć charakteru blankietowego. Niewystarczające jest ogólne twierdzenie o wystąpieniu określonego rodzaju nieprawidłowości, Odwołujący ma obowiązek odniesienia się do elementów stanu faktycznego, zawartości oferty, w taki sposób, który pozwoli na uznanie, że podniesione zostały konkretne zarzuty wobec tych czynności lub zaniechań przypisanych Zamawiającemu.” Podobne stanowisko zostało zaprezentowane w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 marca 2017 r., sygn. akt: KIO 179/17: „Tym samym należy podkreślić, że właśnie określone w ww. przepisie wymogi konstrukcyjne odwołania przesądzają, że treść zarzutu nie jest ograniczona wyłącznie do twierdzeń zawartych we wstępnej części odwołania (petitum) a dotyczy również okoliczności faktycznych zawartych w sformułowanej przez Odwołującego argumentacji. Odwołanie powinno wyrażać zastrzeżenia wobec dokonanych przez Zamawiającego czynności lub zaniechań, co oznacza obowiązek zaprezentowania przez Odwołującego nie tylko podstawy prawnej takich zastrzeżeń, ale przede wszystkim argumentacji odnoszącej się postulowanej oceny. Oznacza to zatem konieczność odniesienia się do elementów stanu faktycznego, jak również podjętych czynności lub zaniechań Zamawiającego w taki sposób, który pozwoli na uznanie, że podniesione zostały konkretne zarzuty wobec tych czynności lub zaniechań przypisanych Zamawiającemu.” To właśnie opisane w uzasadnieniu okoliczności faktyczne wyznaczają zakres odwołania i rozpoznania przez Izbę. Ma to istotne znaczenie dla możliwości merytorycznego rozstrzygnięcia w granicach określonych w odwołaniu. Zgodnie bowiem z art. 555 ustawy pzp: „Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu.” Jak wskazano w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Gliwicach z 29 czerwca 2009 r. w spr. X Ga 110/09: „O tym jakie twierdzenia lub zarzuty podnosi strona w postępowaniu nie przesądza bowiem proponowana przez nią kwalifikacja prawna, ale okoliczności faktyczne wskazane przez tę stronę. Jeśli więc strona nie odwołuje się do konkretnych okoliczności faktycznych to skład orzekający nie może samodzielnie ich wprowadzić do postępowania tylko dlatego, że można je przyporządkować określonej, wskazanej w odwołaniu kwalifikacji prawnej.” Na potrzebę ścisłego traktowania pojęcia zarzutu wskazał również Sąd Okręgowy w Rzeszowie w uzasadnieniu wyroku z dnia 18 kwietnia 2012 r. w sprawie o sygn. akt I Ca 117/12: „Z analizy powyższych przepisów można wyciągnąć dwa zasadnicze wnioski dla niniejszej sprawy. Po pierwsze, zarówno granice rozpoznania sprawy przez KIO jak i Sąd są ściśle określone przez zarzuty odwołania, oparte na konkretnej i precyzyjnej podstawie faktycznej. Sąd w postępowaniu toczącym się na skutek wniesienia skargi jest związany podniesionymi w odwołaniu zarzutami i wyznaczonymi przez nie granicami zaskarżenia.” Orzecznictwo sądów powszechnych jak również Krajowej Izby Odwoławczej akcentuje więc potrzebę ścisłego odczytywania treści zarzutu, w tym przede wszystkim niedopuszczalność wykraczania poza jego treść. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej również ugruntowany jest pogląd, że o prawidłowości konstrukcji zarzutu odwołania nie może przesądzać kwalifikacja prawna zaskarżonej czynności, ponieważ ostatecznie to do Izby należy subsumcja stanu faktycznego pod określoną normę prawną, natomiast kluczowe znaczenie ma podanie w treści odwołania uzasadnienia faktycznego, wyczerpującego i zawierającego argumentację pozwalającą na ocenę poprawności zachowań (czynności, zaniechań) zamawiającego, które kwestionuje we wniesionym odwołaniu odwołujący.

Niewątpliwie podnoszone powyżej kwestie mają niebagatelne znaczenie także dla zamawiającego czy też uczestnika postępowania przystępującego po stronie zamawiającego, którzy bazując na treści zarzutów odwołania podejmują decyzje co do swoich stanowisk procesowych, w tym w przypadku zamawiającego – co do uwzględnienia zarzutów odwołania, a w przypadku uczestnika – co do zgłoszenia sprzeciwu wobec ewentualnego uwzględnienia zarzutów. Przedstawione rozważania prowadzą do jednoznacznego wniosku, iż Izba jest związana zarzutami odwołania – okolicznościami faktycznymi w nim wskazanymi i niedopuszczalne jest rozszerzanie przez odwołującego podstaw faktycznych zarzutu na rozprawie. Izba nie może przekroczyć granic wyznaczonych zarzutami określonymi w odwołaniu co oznacza, iż nie jest władna rozstrzygać o okolicznościach spóźnionych, podnoszonych na rozprawie.

Mając powyższe na względzie Izba uznała za spóźnioną dodatkową argumentacją Odwołującego prezentowaną na rozprawie i jako taka nie podlegała ocenie Izby związanej okolicznościami faktycznymi wynikającymi z odwołania. Odnosząc się natomiast do stanowiska przedstawionego w odwołaniu to Odwołujący sformułował zarzut dotyczący zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy pzp w sposób ogólny stwierdzając jedynie, że zaoferowane w pięciu pozycjach formularza ceny są nierynkowe nie uprawdopodobniając swoich twierdzeń w żaden sposób. Odwołujący wywodził tezę o zaniżeniu cen przez Konsorcjum i ich nierealności wyłącznie z prostego porównania cen jednostkowych zaoferowanych w tym postępowaniu, co zdaniem Izby jest niewystarczające dla skutecznego podważenia wyceny Konsorcjum.

Izba zauważa przede wszystkim, że Zamawiający (podobnie jak podnosił Odwołujący w odwołaniu) uznał ceny jednostkowe za poszczególne usługi jako istotne części składowe ceny. W konsekwencji porównanie tych cen zaoferowanych przez wykonawców w postępowaniu, którego dokonał też Odwołujący w odwołaniu, stanowiło asumpt do skierowania do Konsorcjum wezwania na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy pzp w zakresie wyjaśnienia poz. 8, 9, 11-13 formularza oferty. Izba zwraca uwagę, że wezwanie miało bardzo ogólne brzmienie i nie precyzowało jak szczegółowych wyjaśnień Zamawiający oczekuje i jakie elementy czy koszty cen jednostkowych muszą zostać przez Wykonawcę wyjaśnione. W odpowiedzi Konsorcjum złożyło wyjaśnienia odnoszące się do poziomu cen w ww. pozycjach formularza oferty wskazując na okoliczności pozwalające na zaoferowanie konkurencyjnych cen. Konsorcjum powołało się na umowy z dostawcami i przedstawiło w tym zakresie dowody, podało m.in. cenę zakupu szczepionek. Wykonawca przedstawił także oficjalne cenniki poszczególnych usług urealnionych zaoferowane ceny. Odwołujący w żaden sposób nie odniósł się w odwołaniu do cen wynikających z wyjaśnień Konsorcjum, a sam poza porównaniem cen z ofert złożonych w postępowaniu nie przedstawił żadnych dowodów na okoliczność nierynkowości cen z poz. 8, 9, 11-13 formularza Konsorcjum. Podkreślić należy, że zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem Izby, odwrócony ciężar dowodu wynikający z art. 537 ustawy pzp przy zarzucie rażąco niskiej ceny nie powoduje, że Odwołujący mógł pozostać bierny w powoływaniu okoliczności faktycznych przemawiających za nierealnością cen zaoferowanych przez Konsorcjum. Izba zauważa również za Zamawiającym, że ceny jednostkowe Konsorcjum były bardzo zbliżone do cen szacowanych przez Zamawiającego, który jak wynika z protokołu postępowania oszacował zamówienie na podstawie otrzymanych ofert rynkowych. Odwołujący nie odniósł się do tej okoliczności, nie podważył cen szacowanych przez Zamawiającego. Zdaniem Izby Konsorcjum złożyło wyjaśnienia odpowiadające wezwaniu i przedstawiło dowody, które potwierdzają realność zaoferowanych cen jednostkowych, stąd zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy pzp należało oddalić.

Przechodząc do zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy pzp w zw. z art. 3 ust. 1 w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 UZNK to Odwołujący ograniczył uzasadnienie tego zarzutu do stwierdzenia, że Konsorcjum zaniżyło ceny jednostkowe w poz. 8, 9 oraz 11-13 formularza oferty w czym Odwołujący upatruje „nieuczciwej konkurencji, gdyż nie ma takiej możliwości, aby takie badania były wykonywane za 85 zł, czy 127 zł.” W odwołaniu nie zawarto żadnej analizy spełnienia przesłanek wynikających z ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, w tym powołanej przez Odwołującego podstawy prawnej z art. 15 ust. 1 pkt 1 UZNK. Zdaniem Izby zarzut został postawiony wyłącznie formalnie w części wstępnej odwołania, natomiast Odwołujący nie przytoczył żadnych okoliczności faktycznych uzasadniających jego podniesienie poza prostym stwierdzeniem o zaniżeniu cen. Odwołujący nie skorelował również stwierdzenia o zaniżeniu cen z wypełnieniem się przesłanek wynikających z powołanych podstaw prawnych. Izba przywołuje w tym miejscu rozważania dotyczące prawidłowego formułowania zarzutów odwołania przedstawionych w odniesieniu do zarzutu rażąco niskiej ceny.

Dalej podnieść należy, że art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy pzp, obliguje zamawiającego do odrzucenia oferty wykonawcy, jeżeli została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji. Ustawa pzp nie zawiera definicji legalnej czynu nieuczciwej konkurencji i odsyła w tym zakresie do przepisów ustawy UZNK. Art. 3 tej ustawy określa katalog czynów nieuczciwej konkurencji. Przepis ten posługuje się klauzulą generalną, która wyznacza kategorię czynów nieuczciwej konkurencji poprzez odwołanie się nie tylko do sprzeczności czynu z prawem, ale także z dobrymi obyczajami, oraz stawia wymóg, aby czyn zagrażał lub naruszał interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Ustawodawca dostrzegając

niemożność wyczerpującego wskazania działań, które będą sprzeczne z uczciwą konkurencją, jedynie przykładowo wskazał w art. 3 ust. 2 UZNK czyny stanowiące delikty nieuczciwej konkurencji, nie wykluczając tym samym tzw. niestypizowanych czynów nieuczciwej konkurencji. Jak wskazuje się w doktrynie pojęcie „sprzeczności z prawem” należy rozumieć jako zachowania sprzeczne z nakazem zawartym w ustawie, wydanym na jej podstawie akcie wykonawczym, mającą bezpośrednie zastosowanie umową międzynarodową. Natomiast dobre obyczaje to pozaprawne reguły, normy postępowania, odwołujące się do zasad słuszności, moralności, etyki, norm współżycia społecznego, które powinny cechować przedsiębiorców prowadzących działalność gospodarczą. Co istotne, dla wykazania czynu nieuczciwej konkurencji konieczne jest nie tylko ustalenie, że działanie przedsiębiorcy jest sprzeczne z prawem czy dobrymi obyczajami, ale również stwierdzenie, że działanie to narusza lub zagraża interesowi innego przedsiębiorcy lub klienta.

Odwołujący postawił zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy pzp, przywołując art. 15 UZNK, który stanowi w ust. 1, że czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców. Izba zwraca uwagę, że dla wyczerpania dyspozycji tego przepisu niezbędnym pozostaje wykazanie dokonania sprzedaży towarów (usług) poniżej kosztów ich wytworzenia, przez co dochodzi do utrudnienia innym przedsiębiorstwom dostępu do rynku, a nadto utrudnienie to ma za swój cel – eliminację innych przedsiębiorców. Przy czym przesłanki sprzedaży poniżej kosztów własnych sprawcy czynu oraz działania w celu eliminacji innych przedsiębiorców muszą występować kumulatywnie.

Podkreślenia wymaga, że Odwołujący nie wykazał wystąpienia ww. przesłanek czynu nieuczciwej konkurencji. Odwołujący powoływał się na zaniżenie cen jednostkowych przez Konsorcjum w pięciu pozycjach formularza, niemniej jednak nie podważył skutecznie złożonych przez Konsorcjum wyjaśnień dotyczących tych cen. Odwołujący nie wykazał, że ceny usług w spornych pozycjach są poniżej kosztów ich wytworzenia, a okoliczność, że Odwołujący i Wykonawca PETRA MEDICA sp. z o.o. zaoferowali w poz. 8, 9, 11-13 wyższe ceny niż Konsorcjum nie jest wystarczające dla stwierdzenia, że ceny Konsorcjum nie obejmują kosztów, które wykonawca musi ponieść, aby zrealizować poszczególne usługi. Podkreślić należy, że to na Odwołującym spoczywał ciężar dowodu w odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy pzp, któremu to obowiązki Odwołujący nie podolał. Odwołujący nie przedstawił argumentacji przemawiającej za uznaniem, że zaoferowanie przez Konsorcjum zaniżonych cen jednostkowych (czego Izba nie stwierdziła) spowodowało utrudnienie innym przedsiębiorcom dostęp do rynku, a Konsorcjum wyceniając sporne pozycje podejmowało działania zmierzające do eliminacji pozostałych wykonawców przez uniemożliwienie im uzyskania zamówienia. Jak wskazał Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 18 listopada 2024 r. w sprawie o sygn. akt: XXIII zs 139/24: *„Rozważając aspekt utrudniania dostępu do rynku wskazać wypada na trafne stanowisko Sądu Apelacyjnego w Katowicach zaprezentowane w wyroku z dnia 30 marca 2009 roku (sygn. akt V ACa 42/09) stanowiące, że: „Pojawienie się konkurenta z reguły wiąże się z poniesieniem przez innego przedsiębiorcę uszczerbku w postaci mniejszego zysku, a w każdym razie ryzyka utraty dotychczasowej pozycji, i jest to wpisane w samą zasadę konkurencyjności”. Ponadto podkreślenia wymaga fakt, iż każde działanie konkurencyjne może negatywnie wpływać na szansę innego przedsiębiorcy na rynku. Zarówno wskazana przez skarżącego forma utrudniania dostępu do rynku (zaoferowanie niższej ceny), jak i inne formy, są typowymi środkami walki konkurencyjnej i działania takie są, co do zasady, dozwolone. Sprzeczne z istotą i celem konkurencji jest dopiero takie „utrudnianie”, które polega na podejmowaniu działań, które uniemożliwiają innemu przedsiębiorcy lub grupie przedsiębiorców tynkową konfrontację oferowanych przez nich towarów (świadczonych usług) w zakresie najistotniejszych parametrów konkurencji, to jest głównie ceny i jakości towarów i usług, w efekcie czego swoboda podejmowania i prowadzenia przez nich działalności gospodarczej ulega ograniczeniu (Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie dnia 7 grudnia 2016 roku o sygn. akt I ACa 1994/15). Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest zaś niczym innym, jak rynkową konfrontacją oferowanych przez przedsiębiorców towarów i usług.”* Zdaniem Izby, zaoferowanie niższych cen przez Konsorcjum w porównaniu z cenami pozostałych Wykonawców w niniejszym postępowaniu stanowiło wynik uczciwego konkurowania w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Dodatkowo Izba zwraca uwagę, że ceny jednostkowe w ofercie Odwołującego i PETRA MEDICA sp. z o.o. zostały skalkulowane na wyższych poziomach w tych pozycjach, w których Zamawiający nie określił cen maksymalnych, co również potwierdza, że wykonawcy działali w ramach swobody kształtowania cen jednostkowych, a ich wysokość jest przejawem naturalnego konkurowania w postępowaniu.

Mając na względzie, że zarzut został postawiony w sposób nieprawidłowy, a jego uzasadnienie sprowadzające do jednego stwierdzenia o zaniżeniu ceny nie wykazywało wystąpienia przesłanek czynu nieuczciwej konkurencji, na który powoływał się Odwołujący to zarzut taki należało oddalić.

Mając na względzie powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 575 oraz art. 574 ustawy pzp, a także w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 oraz § 8 ust. 2 zdanie 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r., poz. 2437 ze zm.) zaliczając na poczet niniejszego postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania uiszczony przez Odwołującego.

Przewodniczący: