

WYROK

Warszawa, dnia 20 marca 2025 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Ewa Sikorska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 marca 2025 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 lutego 2025 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Security & Cleaning System Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu, Security & Cleaning System Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa we Wrocławiu**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – **Państwowy Instytut Medyczny Ministerstwa Spraw Wewnętrznych i Administracji w Warszawie**

Uczestnik postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego: wykonawca **Akord Serwis Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie**

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 7 i 8 w zw. z art. 224 ust. 1, 2 i 6 w zw. z art. 16 pkt 1 w zw. z art. 17 ust. 2 i art. 239 ustawy z dnia 11 września 2019 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2024 roku, poz. 1320) poprzez dokonanie wyboru oferty wykonawcy Akord Serwis Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie i nakazuje zamawiającemu – Państwowemu Instytutowi Medycznemu Ministerstwa Spraw Wewnętrznych i Administracji w Warszawie – unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, odrzucenie oferty wykonawcy Akord Serwis Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie i dokonanie ponownej oceny ofert,
2. w pozostałym zakresie oddala odwołanie,
3. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Security & Cleaning System Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu, Security & Cleaning System Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa we Wrocławiu (w ½ części kosztów postępowania odwoławczego) i zamawiającego – Państwowy Instytut Medyczny Ministerstwa Spraw Wewnętrznych i Administracji w Warszawie (w ½ części kosztów postępowania odwoławczego) – i:

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego:

- kwoty 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) oraz 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), poniesione przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Security & Cleaning System Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu, Security & Cleaning System Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa we Wrocławiu tytułem – odpowiednio – wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika,
- kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez zamawiającego – Państwowy Instytut Medyczny Ministerstwa Spraw Wewnętrznych i Administracji w Warszawie – tytułem wynagrodzenia pełnomocnika;

3.2. zasądza od zamawiającego – Państwowego Instytutu Medycznego Ministerstwa Spraw Wewnętrznych i Administracji w Warszawie – na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Security & Cleaning System Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu, Security & Cleaning System Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa we Wrocławiu – kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy), stanowiącą różnicę pomiędzy poniesionymi a zasądzonymi kosztami postępowania odwoławczego.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2024 r. poz. 1320), na niniejszy wyrok, w terminie 14 dnia od dnia jego doręczenia, przysługuje skarga, za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, do Sądu Okręgowego w Warszawie – sądu zamówień publicznych.

Sygn. akt: KIO 601/25

Uzasadnienie

Zamawiający – Państwowy Instytut Medyczny Ministerstwa Spraw Wewnętrznych i Administracji w Warszawie – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem

jest usługą w zakresie sprzątania budynku, utrzymania terenów zielonych, sprzątania i odśnieżania chodników i parkingów dla potrzeb PIM MSWiA ul Wołoska 137, Poliklinika w Radomiu ul. Orłąt Lwowskich 5.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2024 roku, poz. 1320), zwanej dalej ustawą P.z.p.

W dniu 17 lutego 2025 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Security & Cleaning System Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu, Security & Cleaning System Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa we Wrocławiu (dalej: odwołujący) wnieśli odwołanie wobec czynności i zaniechań zamawiającego polegających na:

1. badaniu i ocenie ofert;
2. zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy Akord-Serwis Sp. z o.o. z siedzibą w Radomiu (dalej: AKORD lub „przystępujący”) i wyborze jej jako najkorzystniejszej, pomimo iż podlegała ona odrzuceniu jako zawierająca rażąco niską cenę i złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji;
3. zaniechaniu wezwania przez wykonawcy B.E.K.M. Group Sp. z o.o. z siedzibą w Szydłowcu (dalej: BEKM) do wyjaśnień, w tym do złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny oferty, pomimo zaoferowania przez tego wykonawcę ceny za realizację zamówienia będącej ceną rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia, budzącej wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu zarzucam naruszenie przepisów:

1. art. 226 ust. 1 pkt 7 i 8 w zw. z art. 224 ust. 1, 2 i 6 w zw. z art. 16 pkt 1 w zw. z art. 17 ust. 2 i art. 239 ustawy P.z.p. poprzez dokonanie wyboru oferty wykonawcy AKORD z naruszeniem reguł uczciwej konkurencji, pomimo iż podlegała ona odrzuceniu z uwagi na okoliczność, iż zawierała rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, którego to domniemania ww. wykonawca nie obalił i nie uzasadnił zaoferowanej ceny a nadto została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji;
2. art. 224 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie, z naruszeniem reguł uczciwej konkurencji, wezwania BEKM do wyjaśnień w zakresie ceny złożonej oferty i jej istotnych części składowych, pomimo że jest ona rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia.

Mając na uwadze powyższe na podstawie art. 554 ust. 1 i 3 ustawy P.z.p. odwołujący wniósł o:

1. merytoryczne rozpatrzenie oraz uwzględnienie odwołania,
2. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentacji postępowania w całości – na okoliczności wskazane odwołaniem,
3. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów, które zostaną przedłożone w toku postępowania, na okoliczności podane w odwołaniu lub w momencie ich przedłożenia;
4. nakazanie Zamawiającemu:
 - 4.1. unieważnienia zaskarżonych czynności:
 - 4.1.1. wyboru oferty najkorzystniejszej,
 - 4.1.2. badania i oceny ofert,
 - 4.2. powtórzenia czynności badania ofert,
 - 4.3. odrzucenia oferty AKORD jako zawierającej rażąco niską cenę i złożonej w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji,
 - 4.4. wezwania BEKM do wyjaśnień (w tym złożenia dowodów) w zakresie ceny złożonej oferty,
5. zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, w tym zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika, zgodnie z rachunkiem, który zostanie przedłożony na rozprawie.

Odwołujący podniósł, że posiada interes we wniesieniu odwołania w myśl art. 505 ust. 1 ustawy P.z.p., jest bowiem podmiotem, który złożył ważną ofertę w postępowaniu, która była trzecią w kolejności najkorzystniejszą ofertą spośród złożonych w postępowaniu. Zamawiający, podejmując czynności z naruszeniem przepisów ustawy, w tym zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, zaniechał odrzucenia oferty AKORD oraz podjęcia czynności, które w ocenie odwołującego doprowadziłyby do odrzucenia oferty BEKM, uniemożliwiając tym samym wybór oferty odwołującego. Odwołujący składając odwołanie dąży do wyeliminowania z postępowania oferty AKORD oraz prawidłowego badania pozostałych ofert, w tym zwłaszcza weryfikacji ceny oferty BEKM, która w ocenie odwołującego jest rażąco niska, a w dalszej kolejności – do wyboru własnej oferty jako najkorzystniejszej. Niezależnie od powyższego, wobec prowadzenia postępowania w procedurze odwróconej, w razie uwzględnienia odwołania w zakresie prowadzącym do odrzucenia oferty AKORD, oferta BEKM podlegać będzie badaniu pod kątem spełniania warunków udziału w postępowaniu i dokumentów podmiotowych. Jego interes przejawia się zatem w możliwości (w razie uwzględnienia odwołania) uzyskania zamówienia w ramach toczącego się postępowania. Odwołujący jest podmiotem w pełni zdolnym i realnie zainteresowanym wykonaniem przedmiotu zamówienia, który na skutek naruszenia przez

zamawiającego wskazanych powyżej przepisów ustawy P.z.p. utracił możliwość zawarcia z zamawiającym umowy na realizację zamówienia. Tym samym odwołujący narażony jest na poniesienie szkody majątkowej w postaci utraty korzyści, jakie osiągnąłby z uzyskania i realizacji zamówienia. Uwzględnienie odwołania umożliwi z kolei odwołującemu zawarcie umowy z zamawiającym i uzyskanie zamówienia.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego oferty wykonawcy AKORD, odwołujący podniósł, że wykonawca ten, składając wyjaśnienia powołał się w sposób ogólnikowy na ponoszenie określonych kosztów i ich poziom ustalony przez siebie na potrzeby oferty, jednak nie poparł tego jakimikolwiek dowodami a sposób prezentacji kosztów nie pozwala na weryfikację, czy uwzględniono wszystkie wymagane dla realizacji zamówienia elementy. Co więcej, z wyjaśnień wynika wprost okoliczność przeciwna, a mianowicie pominięcie takich elementów, jak koszty odśnieżania dachu, koszty prania odzieży, koszty szczepień ochronnych czy koszt zakupu łódzki, których w „kalkulacji” AKORD w ogóle nie ujęto. Podobnie nie wynika, aby ujęto w niej stosunkowo drogie i nietypowe dla tego rodzaju usług koszty jednorazowych pojemników na odpady medyczne (obok typowego kosztu worków na takie odpady). Same koszty operacyjne (poza kosztami pracowniczymi) ujęto natomiast zbiorczo (łącznie koszt pracy urządzeń, koszty usług okresowych oraz koszt środków higienicznych, chemicznych i dezynfekujących), co wyklucza ich weryfikację i dyskwalifikuje złożone wyjaśnienia. Odwołujący zaznaczył, że zamawiający szczegółowo opisał (pod względem przedmiotowym i ilościowym) m.in. wymagane środki czystości, dezynfekcji, wskazując np. na rodzaj i ilość wymaganych worków, pojemników, ręczników, papieru, mydła itp. Wykonawca AKORD zobowiązany był tym samym wykazać, że wszystkie te parametry (w tym odpowiedniego typu środki czystości) skalkulował w swojej ofercie, za ceny faktycznie mu dostępne, czemu nie sprostął. Nie tylko bowiem nie udowodnił podstaw swojej kalkulacji, ale nawet ich nie określił. Analogicznie w przypadku kosztów pracowniczych powołuje się on na fakt uzyskiwania dofinansowania do zatrudnienia ze środków PFRON (w łącznej kwocie niemal 10 tys. zł miesięcznie, a więc o niemal 3 tys. zł miesięcznie wyższej niż całkowity zakładany AKORD zysk miesięczny), jednak AKORD nie potwierdził stosownymi dowodami ani faktu zatrudniania osób z odpowiednimi do kalkulowanych dopłat schorzeniami, ani nawet tego, że faktycznie takie dofinansowanie w ogóle uzyskuje (nie przedkłada żadnej decyzji PFRON ani analogicznego dokumentu). Co więcej, kalkulując zatrudnienie pracowników niepełnosprawnych w stopniu umiarkowanym pomija on, iż osoby te mogą pracować nie więcej niż 7 godzin dziennie i przysługuje im po 10 dni dodatkowego urlopu w roku (łącznie jest to 50 dni dodatkowego urlopu na zatrudnianych pracowników, niezależnie od standardowych łącznie $5 \times 26 \text{ dni} = 130 \text{ dni}$), pokrycia braków obsady z tego tytułu w ogóle jednak nie kalkuluje. Same dni urlopowe takich pracowników przekraczają w efekcie wymiar $\frac{1}{2}$ etatu (w sumie 180 dni roboczych, przy ok. 250 dniach roboczych w sumie w skali roku, co daje 0,72 etatu), a więc koszt zastępstw urlopowych (nie mówiąc już o zastępstwach chorobowych), wymagany dla pokrycia nieobecności wynikających z realizacji ustawowych uprawnień pracowników, których AKORD zamierza skierować do realizacji zamówienia to $0,72 \text{ etatu} \times 5621,60 \text{ zł}$ (minimalne wynagrodzenie powiększone o należności publicznoprawne) = 4 047,55 zł, wobec skalkulowanych w ofercie na wszystkie zastępstwa łącznie 2 799,83 zł. W tym stanie rzeczy oferta AKORD, jako zawierająca jednoznacznie rażąco niską cenę wyjaśnieniu której AKORD nie sprostął, podlegała odrzuceniu. Co więcej, wykonawca AKORD wprost wskazuje, iż kalkuluje ofertę zakładając subsydiowanie skrócone i przeniesienie części kosztów na inne zamówienia (patrz pkt. III.3 wyjaśnień z 21.01.2025r., cyt. „Koszty administracyjne – przeniesione na inny kontrakt”), co potwierdza, iż ofertę składał w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji,, a więc podlega ona odrzuceniu także z drugiej podstawy prawnej.

Odnosząc się do zarzutów dotyczących oferty wykonawcy BEKM odwołujący podkreślił, że cena tej oferty plasowała ją na granicy domniemania z art. 224 ust. 2 ustawy P.z.p. Już tylko mając na względzie ten fakt zamawiający winien powziąć wątpliwości co do jej realności. Tym bardziej zaś powinien je powziąć gdyby skonstatował, że cena oferty najtańszej, niższa od ceny oferty BEKM o ok. 2,5 tys. zł miesięcznie, zgodnie z wyjaśnieniami oferenta AKORD, była możliwa do uzyskania wyłącznie w razie uwzględnienia dofinansowania ze środków publicznych na poziomie 10 tys. zł miesięcznie. Powinno to nasunąć zamawiającemu obiektywne wątpliwości co do tego, czy bez szczególnego wsparcia publicznego możliwe było zaoferowanie ceny takiej, jak wykonawca BEKM. To zaś nakazywało odebranie od niego wyjaśnień celem weryfikacji, czy takie wsparcie mu przysługuje a jeżeli nie – w jaki sposób zamierza pokryć koszty realizacji zamówienia i czy przypadkiem nie pominął jakichś istotnych składowych tych kosztów, które jak wskazano w części I uzasadnienia obejmowały liczne, nietypowe elementy. Odwołujący ponownie podkreślił, że same koszty pracownicze obejmowały min. 5 etatów (tj. uwzględniając koszty publicznoprawne- min. $5 \times 5 621,60 \text{ zł} = 28.108,00 \text{ zł}$ miesięcznie). Z pozostałej kwoty, która dla BEKM wynosiła zgodnie z ofertą $34.995,67 \text{ zł netto} - 28.108,00 \text{ zł} = 6 887,67 \text{ zł}$ miesięcznie) pokryć zaś należało co najmniej koszty zastępstw urlopowych i chorobowych, koszty dodatków za pracę w dni wolne (w szczególności przy pracach okresowych, dla których Zamawiający wymaga ich realizacji poza dniami roboczymi w swoim zakładzie), koszty nadzoru, koszty ogólne funkcjonowania przedsiębiorstwa, koszty prac okresowych (m.in. mycie okien, akrylowanie, odśnieżanie, w tym dachu), koszt zakupu łódzki, koszty środków czystości, chemicznych, dezynfekcyjnych, worków na odpady, mydła, ręczników, papieru toaletowego, pojemników na

odpady medyczne, wymiany uszkodzonych dozowników, koszty szczególnych wymagań związanych z zatrudnieniem (wymagane szkolenia, badania i szczepienia, odzież robocza pranie odzieży z częstotliwością i w sposób odpowiadający warunkom – praca na obiekcie medycznym) itp. a ostatecznie wypracować zysk. Skoro zatem zamawiający dysponował wyjaśnieniami jednego z wykonawców, które uprawdopodobniały, że koszty realizacji zamówienia skalkulowane przez podmiot, którego dotyczyło się domniemanie rażąco niskiej ceny z art. 224 ust. 2 ustawy P.z.p. (i który, co już wykazano, pominął wiele z istotnych czynników cenotwórczych) bez uwzględnienia dofinansowania ze środków publicznych i bez uwzględnienia zysku są nie niższe niż 25 478,16 zł + 9.820,00zł = 35 298,16 zł miesięcznie, zaś cena oferty BEKM, plasująca się na granicy takiego domniemania była jeszcze niższa od tej wartości o kilkaset złotych miesięcznie (a więc o ok 11 tys. zł w całym okresie realizacji zamówienia), to zaniechanie w takim stanie rzeczy wezwania BEKM do wyjaśnień na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy P.z.p. narusza przepisy postępowania wskazane na wstępie i czyni odwołanie w pełni uzasadnionym.

Zamawiający na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestników postępowania odwoławczego w dniu 17 marca 2025 roku wniósł o oddalenie odwołania.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpił wykonawca Akord Serwis Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie. Przystępujący poparł stanowisko zamawiającego i wniósł o oddalenie odwołania. W piśmie procesowym z dnia 4 marca 2025 roku złożył wyjaśnienia w zakresie zaoferowanej ceny i wniósł o:

-dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z przesłuchania stron — w imieniu Akord Serwis Prezesa Zarządu na fakt, że oferta Akord Serwis nie zawiera rażąco niskiej ceny;

-dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z:

a)kart szkolenia wstępnego w dziedzinie bezpieczeństwa i higieny pracy i orzeczeń lekarskich pracowników (x8),

b)referencji,

c)ewidencji środków trwałych,

d)wyniku negocjacji z firmą Merida i firmą Henry Kruse

e)wydruk z Allegro zakupu lodówki 400 1,

f)Wn-D wniosku o wypłatę miesięcznego dofinansowania do wynagrodzeń pracowników niepełnosprawnych,

g)zatrudnienia w miesiącu 01/2025 dla wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

Na posiedzeniu w dniu 17 marca 2025 roku przystępujący zmodyfikował wniosek dowodowy o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z przesłuchania stron w imieniu Akord Serwis – prezesa zarządu i wniósł o przesłuchanie członka zarządu, Pani na fakt, że oferta Akord Serwis nie zawiera rażąco niskiej ceny.

Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na usługę w zakresie sprzątnięcia budynku, utrzymania terenów zielonych, sprzątnięcia i odśnieżania chodników i parkingów dla potrzeb PIM MSWiA ul Wołoska 137, Poliklinika w Radomiu ul. Orłąt Lwowskich 5, o wartości wyższej niż progi unijne, określone w przepisach wskazanych w art. 3 ustawy P.z.p. Postępowanie prowadzone jest w tzw. procedurze odwróconej, o której mowa w art. 139 ustawy P.z.p. Zamówienie dotyczy świadczenia przez okres 36 miesięcy kompleksowego utrzymania czystości w pomieszczeniach Polikliniki oraz terenów zewnętrznych, szczegółowo opisanych w załączniku do SWZ Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia (dalej jako OPZ) załącznik nr do SWZ Projektowane postanowienia Umowy (dalej PPU). Zgodnie z ich postanowieniami OPZ zamawiający wymagał w ramach usługi licznych świadczeń oraz określił sposób realizacji usługi, wymagając m.in.:

- wykonywania usługi będącej przedmiotem umowy w powszednie od poniedziałku do piątku w godzinach od 7.00 do godziny 20.00

- realizacji usług okresowych z częstotliwością wskazaną w OPZ w dni wolne od pracy zamawiającego:

- akrylowania podłóg

- mycia okien

- utrzymania terenów zielonych, w tym odśnieżania i likwidacji gołoledzi, obejmujących także okresowo

- odśnieżanie 750 m² dachu w zależności od potrzeb w przypadku obfitych opadów śniegu w ilości zagrażającej naruszeniu jego konstrukcji
- zatrudnienia odpowiedniej liczby pracowników (minimum 5 pracowników) w wymiarze pełnego etatu, która w czasie ich pracy zagwarantuje wykonanie usług zawartych w aktualnym Planie Higieny Szpitalnej Centralnego Szpitala Klinicznego MSWiA w Warszawie, ul. Wołoska 137 i w opisie przedmiotu zamówienia- na podstawie umowy o pracę, przeszkolonych w zakresie podstaw higieny szpitalnej, posiadających aktualne badania profilaktyczne i dla celów sanitarno-epidemiologicznych oraz z przebytymi szczepieniami ochronnymi na WZW-B oraz tężec,
- zatrudnienia osoby nadzorująco - kontrolującej, która będzie nadzorowała i kontrolowała pracę zatrudnionego przez Wykonawcę personelu i zapewniała możliwości stałego kontaktu pracowników Polikliniki w Radomiu z tą osobą,
- używania do utrzymania czystości i dezynfekcji preparatów zatwierdzonych przez zamawiającego,
- wymiany w pomieszczeniach Polikliniki w Radomiu na koszt własny, uszkodzonych dozowników na mydło w płynie, ręczniki papierowe, pojemników na papier toaletowy, koszy na odpady komunalne i medyczne itp. w trakcie trwania całego okresu umowy,
- zapewnienia odzieży roboczej i środków ochrony indywidualnej dla pracowników wykonawcy,
- transportu odpadów komunalnych i medycznych do miejsca składowania zgodnie ze szpitalną instrukcją gospodarki odpadami,
- zapewnienia przez wykonawcę na jego koszt specjalistycznych środków higieny i utrzymania czystości w ilościach minimalnych ściśle określonych przez zamawiającego:
 - środków dezynfekcyjnych,
 - detergentów
 - mydła do mycia rąk
 - ręczników papierowych typu ZZ odpowiednio do zainstalowanych podajników ręczników jednorazowego użytku
 - papieru toaletowego w rolkach,
 - worków na śmieci,
 - worków na odpady komunalne i medyczne (w tym medyczne specjalne) oraz na brudną bieliznę,
 - szczotek do czyszczenia sedesów oraz odświeżaczy powietrza do wszystkich toalet,
 - pojemników jednorazowego użytku na odpady medyczne - materiał zakaźny dla ludzi, szczelnie zamykanych odpowiednio 80, 200, 30 i 60 szt. miesięcznie, zależnie od pojemności;
- zakupu lodówki o pojemności ok. 400 litrów na potrzeby magazynu odpadów medycznych (dowód: SWZ)

Oferty w postępowaniu złożyło 4 wykonawców, w tym odwołujący, AKORD oraz BEKM. Najniższą cenę za realizację zamówienia zaoferował AKORD (1.381.899,42 zł brutto tj. miesięcznie 38.386,10 zł brutto/ 32.501,50 zł netto plus odpowiednio 8 lub 23% VAT zależnie od przedmiotu usługi) miesięcznie. Ofertą z drugą w kolejności najniższą ceną była oferta BEKM (1.489.911,27 zł brutto tj. miesięcznie 41.386,42 zł brutto / 34.995,67 zł netto), a trzecia- oferta odwołującego (1.560.663,07 zł brutto, tj. miesięcznie 43 351,75 zł brutto/ 35.976,75 zł netto). Cena oferty AKORD była o ponad 30% niższa od wartości zamówienia powiększonej o podatek VAT, zaś cena oferty BEKM o ~28,54% niższa od tej wartości (dowód: złożone oferty)

Zamawiający w dniu 17 stycznia 2025 roku wezwał wykonawcę AKORD do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, w zakresie wyliczenia ceny, wskazując, co następuje:

Zamawiający, Państwowy Instytut Medyczny MSWiA, uznając, że zaoferowana przez wykonawcę cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, wzywa wykonawcę, działając na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2024 poz. 1320), zwanej dalej „ustawą

Pzp”, do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych.

Zakres wymaganych wyjaśnień:

Wykonawca musi złożyć wyjaśnienia w zakresie zaoferowanej ceny oferty.

Wartość oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do wartości szacunkowej.

Wyjaśnienia mogą dotyczyć w szczególności:

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

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

Wyjaśnienia, w tym dowody, w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, należy złożyć w terminie do dnia 2025-01-22, za pośrednictwem platformy, działającej pod adresem <https://e-ProPublico.pl/>, poprzez ich załączenie w przedmiotowym postępowaniu na karcie "Wiadomości", za pomocą opcji "Wyślij wiadomość", następnie "Dodaj nowy załącznik" i przesłanie używając przycisku "Prześlij".

Zamawiający informuje, iż zgodnie z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp, odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu (dowód: pismo z dnia 17 stycznia 2025 roku).

Pismem z dnia 21 stycznia 2025 roku przystępujący udzielił następujących wyjaśnień:

Firma Akord Serwis powstała w 2008 roku reagując na zapotrzebowanie rynkowe dla firm świadczących usługi outsourcingowe takie jak: sprzątanie, prace pomocnicze, wspomaganie procesów produkcyjnych, obsługa magazynów, wspomaganie logistyki dostaw itp.

Nasza firma posiada kilkunastoletnie doświadczenie w sprzątaniu różnego rodzaju obiektów np. zakładów pracy, biur, obiektów użyteczności publicznej, przychodni itp.

Akord Serwis posiada własny sprzęt do wykonania usługi (maszyny myjące, polerki, wózki sprzątające, kosiarki, sprzęt do odśnieżania – ciągniki). Nasza długoletnia obecność na rynku zaowocował również możliwością wynegocjowania atrakcyjnych cen na środki higieniczne i chemiczne u naszych dostawców.

Ponadto nasza firma zatrudnia osoby niepełnosprawne zgodnie z ustawą z dnia 27 sierpnia 1997 r o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych (nowelizacja z 2024 r) i korzysta z dofinansowań do osób niepełnosprawnych oraz udziela odpisów na rzecz PFRON w wysokości ok. 20 %

Akord Serwis sp. z o.o. bierze udział w postępowaniu przetargowym i w następujący sposób kalkulował cenę:

I. Cena oferowana na 36 m-cy

1. Cena oferowana brutto:

- Teren wewnętrzny: 969 577,02
- Teren zewnętrzny: 412 322,40
- Razem brutto: 1 381,899,42

2. Cena oferowana netto:

- Teren wewnętrzny: 788 274,00
- Teren zewnętrzny: 381 780,00
- Razem netto: 1 170 054,00

II. Cena oferowana na 1 m-c:

1. Cena oferowana netto:

- Teren wewnętrzny: 21 896,50
- Teren zewnętrzny: 10 605,00
- Razem netto: 32 501,50

III. Koszty miesięczne:

1. Wysokość wynagrodzenia brutto: 4 666,00 zł

2. Wysokość ZUS: 20,01%

3. Koszty administracyjne – przeniesione na inny kontrakt

4. Nadzór – koszt stały administracyjny

5. Pracownicy posiadają umiarkowany stopień niepełnosprawności (w tym 2 osoby z schorzeniami specjalnymi)

6. Przewidziani pracownicy na część I i II łącznie:

- 5 osób na cały etat

7. Składniki poszczególnych wyliczeń stawki pracowników miesięcznie:

- Wynagrodzenie brutto: $5 \times 4\,666,00 = 23\,330,00$ zł
- ZUS pracodawcy: $23\,330,00 \times 20,01\% = 4\,668,33$ zł
- Koszty BHP: $5 \text{ osób} \times 50,00 \text{ zł} = 250,00$ zł
- Razem koszty pracownicze: 28 248,33 zł

- Dofinansowanie do wynagrodzenia zgodnie z ustawą z dnia 27 sierpnia 1997 r o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych, (nowelizacja z 2024 r)

$3 \text{ etaty} \times 1550,00 \text{ zł} = 4\,650,00 \text{ zł}$

$2 \text{ etaty} \times 2\,585 \text{ zł} = 5\,170,00 \text{ zł}$

Razem dofinansowania: 9 820,00 zł

- Koszty pracownicze miesięczne wynoszą:

$28\,248,33 - 9\,820,00 = 18\,428,33$

- Koszty zastępstw (chorobowe, urlopy): 2 799,83

- Koszty śr. higienicznych, śr. chemicznych i dezynfekujących, koszt polimerów (2 x w roku), koszt paliwa do

koszenia, wywozu skoszonej trawy, soli drogowej: 4 250,00 zł

- RAZEM: 25 478,16 zł

8. Cena oferowana miesięczna netto wynosi 32 501,50 zł

9. Różnica pomiędzy oferowaną ceną miesięczną netto a poniesionymi kosztami miesięcznymi wynosi: 32 501,50 zł – 25 478,16 zł = 7 023,34 zł, co stanowi zysk dla naszej firmy.

W związku z powyższym Zarząd Akord Servis sp. z o.o. uważa, iż jest brak podstaw do wykluczenia ze względu na rażąco niską cenę. Nasza oferowana cena zabezpieczy w pełni realizację kontraktu (dowód: pismo z dnia 21 stycznia 2025 roku).

W dniu 6 lutego 2025 roku zamawiający poinformował o wyborze oferty AKORD jako najkorzystniejszej (dowód: pismo z dnia 6 lutego 2025 roku).

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie jest zasadne w zakresie zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 7 i 8 w zw. z art. 224 ust. 1, 2 i 6 w zw. z art. 16 pkt 1 w zw. z art. 17 ust. 2 i art. 239 ustawy P.z.p. poprzez dokonanie wyboru oferty wykonawcy AKORD z naruszeniem reguł uczciwej konkurencji, pomimo iż podlegała ona odrzuceniu z uwagi na okoliczność, iż zawierała rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, którego to domniemania ww. wykonawca nie obalił i nie uzasadnił zaofertowanej ceny a nadto została złożona w warunkach czyny nieuczciwej konkurencji.

W pozostałym zakresie odwołanie jest bezzasadne i podlega oddaleniu.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że odwołujący jest uprawniony do korzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 505 ust. 1 ustawy P.z.p.

Izba nie podzieliła stanowiska zamawiającego, jakoby odwołujący nie miał interesu we wniesieniu odwołania. Izba wskazuje, że w ramach procedury odwróconej, a z taką mamy do czynienia w przedmiotowym postępowaniu, odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia bez względu na zajmowane przez niego miejsce w rankingu. Szerokie rozumienie interesu zostało potwierdzone między innymi wyrokiem z dnia 10 grudnia 2018 r., wydanym przez KIO w sprawie o sygn. akt: KIO 2446/18, w którym Izba uznała, iż w przypadku uwzględnienia odwołania, przy ponownym badaniu ofert, odwołujący może podnosić zarzuty wobec wyłonionego wykonawcy. W wyniku ich potwierdzenia, czyli w sytuacji kolejnego badania i oceny ofert przez zamawiającego, odwołujący ma możliwość uzyskania zamówienia, w sytuacji, gdyby jego oferta została uznana za najkorzystniejszą. W ocenie Izby, w odniesieniu do procedury odwróconej, interes we wniesieniu odwołania wobec wyboru najkorzystniejszej oferty posiada każdy wykonawca, który został sklasyfikowany w rankingu ofert (tzn. którego oferta nie została odrzucona).

Odnosząc się do zarzutu, który został przez Izbę uwzględniony, Izba wskazuje, iż zgodnie z art. 224 ust. 1 ustawy P.z.p., jeżeli zaofertowana 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 wyjaśnień, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych. W myśl ust. 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;

2) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania, w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych, zamawiający może zwrócić się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1.

Stosownie do ust. 5, obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy. Natomiast w myśl ust. 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. W myśl art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy P.z.p, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W ocenie Izby, treść wyjaśnień ceny złożonych przez przystępującego w dniu 21 stycznia 2025 r. nie wykazuje,

by jego oferta nie zawierała rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia. Odpowiedź udzielona przez odwołującego jest lakoniczna, ogólnikowa, a tym samym w żaden sposób nie potwierdza realności zaoferowanej przez ten podmiot ceny za wykonanie przedmiotu zamówienia.

Podkreślenia wymaga, iż ciężar dowodu oznacza, że składane wyjaśnienia nie mogą ograniczać się do deklaracji wykonawcy co do poziomu ponoszonych przez niego kosztów, ale powinny zmierzać do wykazania, że koszty te zostały oszacowane rzetelnie i na rynkowym poziomie oraz odpowiadają wymaganiom przedmiotu zamówienia. Wykonawca wezwany do wyjaśnień zobowiązany jest również do przedstawienia - bezpośrednio w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 224 ust. 1 ustawy P.z.p., dowodów potwierdzających ponoszone przez niego koszty i okoliczności umożliwiające ich obniżenie o konkretną wartość w stosunku do poziomu rynkowego/oszacowanego przez zamawiającego.

Przystępujący, w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, wskazał jedynie wykaz kosztów, niemniej jednak nie przedstawił żadnego sposobu wyliczenia tych kosztów. Przystępujący wskazał okoliczności, które w jego ocenie wpływają na obniżenie ceny, jednakże nie wykazał, o ile umożliwiły mu one obniżenie ceny oferty. Jednocześnie podkreślić należy, że takie okoliczności, jak: posiadanie własnego sprzętu do wykonania usługi (maszyny myjące, polerki, wózki sprząające, kosiarki, sprzęt do odśnieżania – ciągniki) oraz możliwość wynegocjowania atrakcyjnych cen na środki higieniczne i chemiczne u dostawców mogą przysługiwać również innym wykonawcom biorącym udział w tym postępowaniu, a – mimo to – zaoferowane przez nich ceny były wyższe.

Przystępujący wykazał co prawda wysokość zarobków pracowników zatrudnionych w swoim przedsiębiorstwie, ale nie przedstawił w tym zakresie żadnych dowodów. Dowodami takimi mogą być np. zawarte umowy, dokumenty płacowe, a w sytuacji, gdy pracownicy dopiero mają być zatrudnieni – złożone oferty. Nie wiadomo zatem, czy przystępujący gwarantuje pracownikom wynagrodzenie nie niższe niż obowiązujące najniższe wynagrodzenie. Należy także przy tym zauważyć, że przystępujący w wyjaśnieniach poinformował, że zatrudnia pracowników posiadających orzeczenia o niepełnosprawności, dzięki czemu może pozyskać dofinansowanie do ich zatrudnienia, ale nie potwierdził tego faktu żadnymi dowodami.

Podkreślić należy, że wykonawca, przystępując do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego musi liczyć się z tym, że zostanie wezwany do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny i musi zawnoczu gromadzić dowody, które przedstawi wraz z wyjaśnieniami. Zaniechania w tym zakresie obciążają wyłącznie wykonawcę.

Powyższe stanowisko zostało potwierdzone przez Krajową Izbę Odwoławczą na tle uprzednio obowiązującego art. 90 ustawy Prawo zamówień publicznych z 2004 r., które pozostaje aktualne również na tle aktualnie obowiązującego brzmienia przepisu art. 224 ustawy P.z.p. z 2019 r., m.in. w wyroku z dnia 10 listopada 2017 r. KIO 2256/17, zgodnie z którym „To na wykonawcy spoczywa obowiązek dowiedzenia, że zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niska. Dlatego wykonawca musi przedstawić konkretne przyczyny zaoferowania niskiej ceny i poprzeć te wyjaśnienia stosownymi dowodami, co wynika z zacytowanego wyżej art. 90 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 9339 ze zm.)”. Analogicznie wypowiedziała się Izba w wyroku z dnia 31 października 2016 r. KIO 1903/16: "Według normy zawartej w art. 90 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tej. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 ze zm.) obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy”.

Przystępujący zobowiązany był zatem do udowodnienia, iż zaoferowana cena ma charakter realny, znajduje odzwierciedlenie w nakładach, które należy ponieść na zrealizowanie przedmiotu zamówienia oraz, iż zachodzą po stronie tego wykonawcy obiektywne czynniki, które umożliwiają obniżenie ceny oferty do zaoferowanego poziomu. Przystępujący powinien był przedstawić wyjaśnienia konkretne i wyczerpujące, wraz z dołączeniem dowodów na potwierdzenie podnoszonych twierdzeń i wskazywanych wartości. Złożone przez przystępującego wyjaśnienia pozwalają na stwierdzenie, że podmiot ten nie sprostął obowiązkowi wykazania, że cena została wyznaczona prawidłowo.

Izba pominęła stanowisko przystępującego wskazane w piśmie procesowym z dnia 4 marca 2025 roku i oddaliła wskazane przez niego wnioski dowodowe zmierzające do wykazania, że zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niska. Izba wskazuje, że pomimo wyrażonego w art. 535 ustawy P.z.p. uprawnienia do przedstawiania dowodów do zamknięcia rozprawy, strona lub uczestnik postępowania nie mogą wykorzystywać tego przywileju do uzyskania kolejnego terminu do złożenia dokumentów, które obowiązani byli złożyć we wcześniejszych etapach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Dotyczy to również sytuacji, w której wykonawca został wezwany przez zamawiającego do złożenia dokumentów na podstawie art. 224 ust. 1 i nast. ustawy P.z.p. i – pomimo wezwania – dokumentów tych nie złożył lub złożone dokumenty nie uzasadniają zaoferowanej przez wykonawcę ceny. Umożliwienie wykonawcy złożenia dokumentów i przedstawienia dowodów po raz kolejny postawiłoby tego wykonawcę w sytuacji uprzywilejowanej wobec innych uczestników postępowania.

Wskazując na powyższe Izba uznała, że zamawiający, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego, naruszył art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy P.z.p. i nakazała dokonanie czynności wskazanych w pkt. 1 sentencji wyroku.

Izba uznała za nieuzasadniony zarzut naruszenia art. 224 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie, z naruszeniem reguł uczciwej konkurencji, wezwania BEKM do wyjaśnień w zakresie ceny złożonej oferty i jej istotnych części składowych, pomimo że jest ona rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia.

Izba wskazuje, że zgodnie z art. 224 ust. 1 ustawy P.z.p., 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 wyjaśnień, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych. Stosownie do ust. 5, obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.

Użyte w art. 224 ust. 1 ustawy P.z.p. sformułowanie „budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia” wskazuje na wrażenie zamawiającego charakteryzujące się dużym stopniem subiektywności. Przepisy ustawy P.z.p. w tym zakresie nie wskazują żadnych przesłanek uzasadniających konieczność wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień. Zamawiający może powziąć wątpliwości w oparciu o szereg czynników, w tym doświadczenie nabyte przy udzielaniu tego rodzaju usług, znajomość cen obowiązujących na rynku, ceny innych ofert złożonych w postępowaniu itp.

Dyspozycja zawarta w art. 224 ust. 1 różni się od tej, o której mowa w ust. 2 pkt 1 tegoż artykułu, który nakłada na zamawiającego obowiązek wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny, w sytuacji, gdy zajdą okoliczności o charakterze obiektywnym, tj.: w przypadku gdy cena całkowita oferty złożonej w terminie jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10.

W wyroku z dnia 31 maja 2016 r., sygn. akt KIO 820/16, wydanym jeszcze na kanwie art. 90 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 roku, poz. 1843 ze zm.), ale zachowującym swą aktualność również pod rządami ustawy P.z.p., Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła uwagę, że zwroty „wydaje się” czy „budzi wątpliwości zamawiającego” są pojęciami nieostrymi i należy uznać, że celowo zostały wprowadzone przez ustawodawcę, by dać zamawiającym szerokie możliwości działania, a z których winni korzystać w uzasadnionych sytuacjach, dla zapewnienia uczciwej konkurencji w postępowaniu oraz w celu wyboru wykonawcy, który za zaoferowaną cenę rzeczywiście może wykonać zamówienie w sposób zgodny z oczekiwaniami i wymogami zamawiającego.

Z ustaleń dokonanych w sprawie wynika, że zamawiający nie powziął wątpliwości w zakresie wyceny zakresu objętego opcją dokonanej przez przystępującego. Izba zgadza się z poglądem wyrażanym w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej (por. np. wyrok z dnia 31 maja 2016 r., sygn. akt KIO 820/16), że przepis zawarty w art. 224 ust. 1 ustawy P.z.p. nie może być odczytywany jedynie jako uprawnienie zamawiającego, nie podlegające kontroli. Przeciwnie, norma prawna zawarta w tym przepisie przewiduje obowiązek przeprowadzenia procedury wyjaśniającej, a tym samym zaniechanie tego obowiązku – gdy okoliczności sprawy wskazują o istnieniu uzasadnionych podstaw do zastosowania art. 224 ust. 1 – może być podnoszone w ramach środków ochrony prawnej. Należy przy tym dodać, że przepis ten stanowi, że „zamawiający zwraca się” o udzielenie wyjaśnień i złożenie dowodów, a nie, że „zamawiający może zwrócić się”.

W rozpoznawanym przypadku odwołujący jednak nie wykazał, że zamawiający – rezygnując z wezwania przystępującego do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 224 ustawy P.z.p. – naruszył wskazany przepis. Argumentacja odwołującego sprowadzała się do wykazania, że w sytuacji, w której cena oferty uznanej za najkorzystniejszą wymagała otrzymywania dofinansowania ze środków publicznych i rezygnacji z zysku, cena oferty wykonawcy BEKM, która była niewiele wyższa od ceny najniższej, wymagała wyjaśnienia jej wysokości.

Stanowisko odwołującego nie zasługuje na uwzględnienie. W szczególności zauważyć należy, że ustawodawca, ustalając w art. 224 ust. 2 ustawy P.z.p. wymóg wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny dla sytuacji, w której cena oferty jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, ustanowił domniemanie, iż cena ustalona na takim poziomie nosi znamiona ceny rażąco niskiej. Domniemanie to może być obalone poprzez złożenie przez wykonawcę stosownych wyjaśnień. *A contrario*, cena, która nie jest ustalona na poziomie określonym w art. 224 ust. 2 ustawy P.z.p. – co do zasady – nie wymaga wyjaśnień, chyba że zajdą przesłanki określone w ust. 1 wskazanego artykułu.

W tym miejscu Izba wskazuje na argumentację zawartą w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 23 grudnia 2022 roku, sygn. akt KIO 3225/22, którą w pełni podziela i z której wynika, iż: „(...) zgodnie z art. 534 ust. 1 ustawy Pzp postępowanie odwoławcze jest postępowaniem kontradiktoryjnym, co oznacza, że strony i uczestnicy postępowania

odwoławczego obowiązani są wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. W przypadku rozpoznania zarzutu rażąco niskiej ceny, czy też zarzutu zaniechania wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w przedmiocie ceny na etapie postępowania odwoławczego ciężar dowodu rozkłada się analogicznie do tego w postępowaniu o udzielenie zamówienia (*vide*: art. 224 ust. 5 ustawy Pzp). Oznacza to, że stosownie do art. 537 ustawy Pzp ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, bądź też, że cena nie budzi wątpliwości, spoczywa na wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego albo na zamawiającym, jeżeli wykonawca, który złożył ofertę, nie jest uczestnikiem postępowania odwoławczego. Skład orzekający w tej sprawie podziela prezentowane w orzecznictwie Izby stanowisko, zgodnie z którym ustalony w ten sposób ciężar dowodu nie ma charakteru absolutnego i nie zwalnia odwołującego, który podnosi zarzut rażąco niskiej ceny, bądź zaniechania do wezwania w zakresie wyjaśnienia zaoferowanej ceny, od obowiązku wykazania i udowodnienia okoliczności, które czyni podstawą zarzutu rażąco niskiej ceny, zgodnie z 534 ust. 1 ustawy Pzp, zwłaszcza w sytuacji, gdy zamawiający nie miał wątpliwości co do realności ceny oferty. Innymi słowy treść art. 537 ustawy Pzp nie uprawnia odwołującego do poprzestania na samych twierdzeniach i przerzucenia na uczestnika postępowania lub zamawiającego ciężar dowodu (zob. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia z dnia 26 kwietnia 2022 r., KIO 719/22 oraz wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 stycznia 2019 r., KIO 2617/18)."

Wskazując na powyższe podkreślenia wymaga, że odwołujący nie zakwestionował, że zrealizowanie przedmiotu umowy za cenę zaoferowaną przez wykonawcę BEKM, jest możliwe. Domagał się jedynie wezwania tegoż wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny odnosząc cenę oferty tegoż wykonawcy do ceny przystępującego. W ocenie Izby odwołujący nie wykazał zatem, że cena oferty wykonawcy BEKM jest ceną rażąco niską. Podkreślić należy, że ustawodawca, przyjmując, iż dopiero przekroczenie 30. procentowej różnicy pomiędzy ceną oferty a wartością szacunkową zamówienia lub średnią arytmetyczną złożonych ofert, wymaga złożenia wyjaśnień, założył, iż każdemu z wykonawców mogą przysługiwać określone okoliczności umożliwiające obniżenie ceny. Dopóki obniżenie to nie przekracza wskazanego limitu, obowiązek wezwania – co do zasady – nie materializuje się, o ile nie znajdą przesłanki wskazane w art. 224 ust. 1 ustawy P.z.p. Również sam fakt uzyskiwania dofinansowania publicznego nie jest sam w sobie równoznaczny z koniecznością udzielenia wyjaśnień w tym zakresie. Jednocześnie podkreślić należy, że okoliczności przysługujące jednemu z wykonawców nie mają bezpośredniego przełożenia na sytuację innego wykonawcy i nie mogą same w sobie stanowić o obowiązku składania wyjaśnień.

Tym samym Izba stwierdziła, że odwołujący nie wykazał, iż w rozpoznawanym przypadku zaszyły przesłanki uzasadniające wezwanie wykonawcy BEKM do złożenia wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny, stosownie do art. 224 ust. 1 ustawy P.z.p.

Z uwagi na powyższe orzeczono jak na wstępie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania oraz na podstawie § 7 ust. 2 pkt 1 w zw. z ust. 3 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).

Przewodniczący:.....