

sygn. akt: **KIO 2351/23**

**WYROK**  
**z dnia 23 sierpnia 2023 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Emil Kuriata**

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 sierpnia 2023 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 sierpnia 2023 r. przez wykonawcę

**W. Z.** prowadzący działalność gospodarczą pod firmą **VENTMAX W.Z., ul. Wybickiego 2; 15-177 Białystok** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Uniwersytecki Szpital Kliniczny im. Jana Mikulicza-Radeckiego, ul. Borowska 213; 50-556 Wrocław,**

przy udziale wykonawcy **Biuro Handlowe Eksport-Import K. N.**

**w spadku, ul. T. Kościuszki 9; 09-402 Płock,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego – po stronie zamawiającego,

**orzeka:**

1. **Oddala odwołanie.**

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę **W. Z.** prowadzący działalność gospodarczą pod firmą **VENTMAX Wiesław Zdanowicz, ul. Wybickiego 2; 15-177 Białystok** zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **W. Z.** prowadzący działalność gospodarczą pod firmą **VENTMAX W. Z., ul. Wybickiego 2; 15-177 Białystok** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

**Przewodniczący:.....**

sygn. akt: **KIO 2351/23**

Uzasadnienie

Zamawiający – Uniwersytecki Szpital Kliniczny im. Jana Mikulicza-Radeckiego z siedzibą we Wrocławiu, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „*Czyszczenie i dezynfekcja układów wentylacyjnych w okresie umowy 12 miesięcy*”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w BZP z dnia 28 kwietnia 2023 r., pod nr 2023/BZP 00197828/01.

Dnia 1 sierpnia 2023 roku, zamawiający poinformował wykonawców o wyniku prowadzonego postępowania.

Dnia 7 sierpnia 2023 roku, wykonawca **W. Z.** prowadzący działalność gospodarczą pod firmą **VENTMAX W. Z.** z siedzibą w Białymstoku (dalej „*Odwołujący*”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej od czynności podjętych przez zamawiającego w tym postępowaniu, polegających na wyborze jako najkorzystniejszej, oferty wykonawcy **Biuro Handlowe Eksport-Import K. N.** - w spadku, zawierającej rażąco niską cenę oraz zaniechaniu odrzucenia tej oferty.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1.art. 224 ust. 1, 5, 6 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 p.z.p., poprzez zaniechanie podjęcia czynności, do których zamawiający był zobowiązany, polegających na odrzuceniu oferty wykonawcy **Biuro Handlowe Eksport-Import K. N.** - w spadku, jako zawierającej rażąco niski koszt oraz cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;
- 2.art. 16 pkt 1 i art. 17 ust. 2 w zw. z art. 239 ust. 1 i 2 p.z.p., poprzez prowadzenie postępowania z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, również wobec wyboru, jako najkorzystniejszej, oferty zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o:

- 1)uwzględnienie odwołania w całości,
- 2)nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty wykonawcy **Biuro Handlowe Eksport-Import K. N.** - w spadku, jako oferty najkorzystniejszej,
- 3)nakazanie powtórzenia czynności badania i oceny ofert i wyboru ofert, w tym odrzucenie oferty wykonawcy **Biuro Handlowe Eksport-Import K. N.** - w spadku, na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 p.z.p., jako zawierającej rażąco niską cenę.

Odwołujący wskazał, że posiada interes we wniesieniu odwołania. W postępowaniu złożone zostały łącznie 3 oferty, z których zamawiający odrzucił ofertę jednego wykonawcy. Tym samym, wobec pozostania w postępowaniu 2 ofert, odwołujący ma interes w unieważnieniu wyboru oferty konkurencyjnej. Skutkiem dokonania powtórnej oceny ofert winno

być odrzucenie oferty wykonawcy Biuro Handlowe Eksport-Import K. N. - w spadku, a w rezultacie wybór, jako najkorzystniejszej, oferty odwołującego.

Zdaniem odwołującego, wykonawca Biuro Handlowe Eksport-Import K. N. - w spadku (dalej: „firma Nowakowski”), w złożonych na wezwanie zamawiającego wyjaśnieniach w żaden bowiem sposób nie uzasadnił i nie udowodnił ceny (kosztów) części składowej oferty odpowiadającej 40% wagi punktowej, czego skutkiem powinno być odrzucenie oferty tego wykonawcy. Zgodnie z treścią SWZ, ocena punktowa przetargu składała się z dwóch atrybutów: ceny za wykonanie usługi oraz ceny za dodatkową wymianę filtrów (kpl). Zgodnie z punktem XX SWZ (Opis kryteriów oceny ofert, wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert), za ofertę najkorzystniejszą zostanie uznana oferta zawierająca najkorzystniejszy bilans punktów w kryteriach: „Cena” – C i „Stawka za dodatkową wymianę filtrów” – Cwf, przy czym kryteriom tym zamawiający przypisał następujące znaczenie - cena 60%, stawka za dodatkową wymianę filtrów - 40% (punkt XX 1 i 2 SWZ).

Firma Nowakowski określiła w złożonej ofercie koszt wymiany filtrów - wyceniła tę drugą składową na kwotę 0,90 zł netto (formularz ofertowy oraz załączniki do oferty nr 2C oraz 2B). Zgodnie tymczasem z rozporządzeniem Rady Ministrów w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2023 r. z dnia 13 września 2022 r. (Dz.U. z 2022 r. poz. 1952), minimalne wynagrodzenie z pracą wynosi od dnia 1 lipca 2023 r. 3.600,00 zł brutto (z kosztami pracodawcy 4 337,28 zł), a minimalna stawka godzinowa - 23,50 zł. Z uwagi na fakt, że firma Nowakowski wyceniła wymianą filtrów (kpl) za kwotę 0,90 zł netto (kwota "Wymiany filtrów kpl" wpisana w załączniku nr 2C oraz 2B do SWZ), to nawet przy założeniu, że usługę będzie wykonywał jeden pracownik, zatrudniony na umowę o pracę, za płacę minimalną, która od 1 lipca 2023 płaca wynosi 3.600,00 zł brutto (z kosztami pracodawcy 4 337,28 zł), to przy powyższej stawce musiałby wymienić filtry (kpl) w czasie ok. 2 min, nie wliczając zarówno zysku firmy oraz pozostałych kosztów poniesionych przez pracodawcę podczas wymiany, co jest oczywiście niemożliwe do wykonania i świadczy o rażąco niskiej wycenie tej składowej oferty.

Powyższe uwagi nie dotyczą nieistotnej części składowej, bowiem, jak zaznaczono powyżej, odpowiadała ona za 40% wagi punktowej oferty. Wskazanie w tej pozycji kwoty symbolicznej, zupełnie nieodpowiadającej realiom, a zatem pozornej, stawiało firmę Nowakowski w uprzywilejowanej pozycji, jak również narusza powagę postępowania. Jeżeli bowiem w zamówieniu wartym kilkaset tysięcy złotych zamawiający ustanowił kryterium o wadze punktowej 40%, które może być warte 90 groszy (a w zasadzie, dlaczego nie mniej?), to już na pierwszy rzut oka budzi to uzasadnione i poważne wątpliwości. Mamy do czynienia z kryterium pozornym albo rażąco niską ceną, która nie może zostać w żaden sposób logicznie uzasadniona. Zamawiający miał w tej sytuacji obowiązek wezwania wykonawcy do przedłożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych, a wykonawca – udzielenia realnych wyjaśnień oraz poparcia ich dowodami. Ocena, czy w okolicznościach analizowanego postępowania, zamawiający był zobowiązany przeprowadzić postępowanie wyjaśniające cen ofert ww. wykonawców, o którym mowa w art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, jest dokonywana z uwzględnieniem okoliczności dotyczących zamówienia (wyrok KIO z dnia 17 stycznia 2023 r., KIO 9/23), a proces oceny oferty pod kątem rażąco niskiej ceny musi być dokonywany z uwzględnieniem stawki minimalnego wynagrodzenia za pracę (por. wyrok KIO z dnia 24 stycznia 2023 r., KIO 66/23).

Obliczenia:

$4337,28 \text{ zł brutto} / 160 \text{ godzin/m-c} = 27,11 \text{ zł brutto}$  (koszt pracodawcy za 1 przepracowaną godzinę, pracownika od 1 lipca 2023),

CzWf – czas wymiany filtrów/kpl. (min)

$CzWf \text{ (min)} = [0,90 \text{ (zł)} \times 60 \text{ (min)}] / 27,11 \text{ (zł)} = 2 \text{ (min.)}$

Standard postępowania podczas wymiany filtrów:

1.Przygotowanie do wymiany filtrów: Przed wymianą filtrów należy zweryfikować typ oraz rozmiar filtrów dla danego systemu, a także zabezpieczyć się w odpowiedni sprzęt ochrony osobistej, tak jak maski i rękawice.

2.Bezpieczeństwo: W celu zapewnienia bezpieczeństwa, przed wymianą filtrów należy wyłączyć centralę wentylacyjną.

3.Usuwanie starych filtrów: Należy otworzyć komorę, w której znajdują się filtry, ostrożnie wyjąć stare filtry, odpowiednio je zabezpieczyć i przekazać do utylizacji.

4.Weryfikacja filtrów: Należy zebrać informacje na temat rozmiaru, typu i orientacji przepływu powietrza na starych filtrach, w celu weryfikacji nowych filtrów przed montażem.

5.Instalacja nowych filtrów: Należy włożyć nowe filtry, zwracając uwagę na kierunek przepływu powietrza. Kierunek przepływu powietrza jest zazwyczaj oznaczony na filtrze i musi być zgodny z kierunkiem przepływu powietrza w systemie. Po wymianie filtrów należy zamknąć komorę filtrów.

6.Uruchomienie systemu: Po zamknięciu komory filtrów należy ponownie włączyć system wentylacji - centralę

wentylacyjną i sprawdzić, czy układ działa prawidłowo.

Według firmy Nowakowski wynika, że „*wg naszego doświadczenia czas na wykonanie tej czynności zabiera ok. 1 min. w przypadku jednego filtra. Dla kilku filtrów całkowity czas jest jeszcze krótszy (6 filtrów 3-4 min)*”. Powyższe wyjaśnienia w oczywisty sposób budzą wątpliwości, ponieważ nie uwzględniają czynności niezbędnych przy wymianie filtrów opisanych wyżej w pkt. Standard postępowania podczas wymiany filtrów, w tym m.in. nie uwzględniają czasu jaki jest potrzebny do przygotowania filtrów do wymiany (każda centrala posiada różne wymiary i rodzaje filtrów), czy też czasu dotarcia do central danego układu

w takim obiekcie jak USK we Wrocławiu, który wynosi nie mniej, niż kilkanaście minut.

W ofercie należało podać koszt jednostkowy wymiany kompletu filtrów (cena w zł/kpl.), w związku z powyższym firma Nowakowski sama przyznaje, że nawet biorąc jej błędne założenie określające czas wymiany - wymiana 1 filtra zajmuje 1 min, a większej ilości 3-4 min, zaoferowana przez firmę Nowakowski kwota 0,90 zł, za wymianę kompletu filtrów nie pokryje kosztów pracy pracownika zatrudnionego za pensję minimalną, obowiązującą od lipca 2023 – wcześniejsza kalkulacja wykazuje, że wskazana kwota pozwala na pokrycie kosztów pracy pracownika do 2 min, co przy komplecie filtrów jest absurdalną wartością.

Kolejne twierdzenie firmy Nowakowski, że „*...przyjęliśmy koszt jednostkowy na poziomie najniższego możliwego, mając na względzie, iż w tym samym czasie Zespół pracowników wykonawcy będzie wykonywał usługę czyszczenia i dezynfekcji układów wentylacyjnych*” również jest nielogiczne, ponieważ każda usługa czyszczenia wentylacji wymaga wymiany filtrów i nie sposób przyjąć, że pracownicy wykonujący usługę zgodnie z podstawowym zakresem określonym w SWZ (czyszczenie wentylacji wraz z wymianą filtrów) odbywająca się na danym oddziale/układzie, mając „przy okazji już płacone pensje”, poświęcą czas na dotarcie do innych central/układów na terenie szpitala, w których wymagana jest dodatkowa wymiana filtrów za kwotę 0,90 zł za komplet filtrów. Chodzi o dodatkową wymianę filtrów, a zatem – skoro wymiana dokonywana jest w ramach usługi podstawowej - wymianę, która nie może być dokonana w ramach lub "przy okazji" usługi podstawowej. Biorąc pod uwagę taką logikę, równie dobrze można wykazać minimalny koszt wymiany filtrów na poziomie 0,01 zł/kpl. i uzyskać maksymalną punktację w postępowaniu, co nie mogło być intencją zamawiającego w formułowaniu treści SWZ.

W kolejnej części wyjaśnień firmy Nowakowski możemy przeczytać, że czynność wymiany filtrów traktowana jest jako jednostkowa, nie jako komplet, przy czym będzie ona wykonywana „*przy okazji usługi czyszczenia kanałów*”. Biorąc pod uwagę dalszą część wyjaśnień firmy Nowakowski, możemy przeczytać, że wymiana filtrów jest to „*...prosta usługa, nie wymagająca specjalnych kwalifikacji, której czas potrzebny na wymianę jest relatywnie niski, nie wpływający istotnie na wykonywaną czynność, polega na wyjęciu starego filtra z centrali wentylacyjnej, nawiewnika lub innego elementu instalacji i włożenie nowego... aby prawidłowo wyczyścić każdą z central wentylacyjnych należy uprzednio ją do tego przygotować, a więc zdemontować wszystkie filtry. Po czyszczeniu takiej jednostki, należy zamontować ponownie filtry. Podobna sytuacja ma się z nawiewnikami i innymi elementami instalacji wymagającymi czyszczenia*”. Firma Nowakowski sama przyznaje tym samym, że wymiana jednego filtra, nie mówiąc już o komplecie nie może trwać min. 1 min, czy też maksymalnie 3-4 min. W dalszej części możemy poznać przykładową kalkulację wymiany 100 filtrów przez firmę Nowakowski, która jest absurdalnie niska i wynosi „*0,90x100 = 90 PLN*”. Mając na względzie opis wymaganych czynności, jest przykładem typowego, błędnego założenia w kalkulacjach.

Dodatkowo należy powtórzyć, że zamawiający wyraźnie prosił o określenie kosztów wymiany kompletu filtrów (zł/kpl.), a nie do pojedynczego filtra, tak jak zrobiła to firma Nowakowski, która koszt 100 filtrów przemnożyła przez 0,90 PLN. Firma Nowakowski błędne wyliczenia dot. wymiany filtrów zawarła również w załącznikach do oferty (zał. 2B oraz 2C), w tym nie określiła m.in. szczegółowych kosztów wymiany filtrów dla wszystkich obiektów.

Mając na względzie powyższe, należy stwierdzić, że oferta cenowa przedłożona przez firmę Nowakowski, w części dot. dodatkowej wymiany filtrów jest rażąco niska i niemożliwa do wykonania przy stawce 0,90 zł za wymianę filtrów (kpl.). Realny czas potrzebny dla właściwego wykonania usługi wymiany filtrów (kpl.) wraz z dotarciem do miejsca wymiany (co jest długotrwałe na obiekcie takim, jak duży budynek szpitala zamawiającego) wynosi nie mniej, niż 60 minut.

Przepisy Prawa zamówień publicznych wskazują jednoznacznie, że obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu, spoczywa na wykonawcy, który złożył ofertę z ceną budzącą wątpliwości. W art. 224 ust. 2 ww. ustawy mowa jest o „wykazaniu”, czyli udowodnieniu, że cena nie jest rażąco niska. Tym samym wyjaśnienia wykonawcy nie mogą stanowić jedynie formalnej odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, zawierającej ogólne informacje o działalności wykonawcy lub deklaracje co do realizacji zamówienia za zaoferowaną cenę, nieoparte stosownymi dowodami. Wyjaśnienia wykonawcy muszą być na tyle konkretne i szczegółowe, aby na ich podstawie zamawiający był w stanie dowiedzieć się, jakie okoliczności właściwe wzywanemu do wyjaśnień wykonawcy, spowodowały obniżenie ceny jego oferty, w jaki sposób okoliczności te spowodowały obniżenie ceny i jakich oszczędności wykonawca mógł dzięki nim dokonać (wyrok KIO z dnia 9 września 2022 r., KIO 2200/22).

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości. Zamawiający wskazał, iż całkowicie bezzasadny i pozbawiony podstaw prawnych jest zarzut naruszenia wskazanych przepisów prawa, który miałby polegać na tym, że zamawiający nie podjął czynności związanych z ustaleniem, czy zaproponowana przez przystępującego cena jest rażąco niska oraz w sposób sprzeczny z interesem odwołującego ocenił przedstawione przez przystępującego wyjaśnienia w powyższym.

Zamawiający w toku prowadzonego postępowania wystąpił do przystępującego o wyjaśnienie zaoferowanej ceny ze szczególnym uwzględnieniem ceny jednostkowej dotyczącej wymiany filtra. Przystępujący złożył wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny, jednocześnie zastrzegając, że część wyjaśnień stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tj. Dz. U. z 2022 r. poz. 1233 ze zm.).

Złożone przez przystępującego wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny, w ocenie zamawiającego były wystarczające do przyjęcia, że zaproponowana cena jest realna i gwarantuje realizację zamówienia zgodnie z Opisem Przedmiotu Zamówienia. Należy podkreślić, że zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 listopada 2017 r. (sygn. akt KIO 2373/17„(...) należy przyjąć, że rażąco niska cena to taka, która jest nierealistyczna, niewarygodna w kontekście aktualnej sytuacji rynkowej. Nie wystarczy więc, aby cena zasadniczo odbiegała od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen pozostałych ofert złożonych w postępowaniu. Istotne, aby była to cena taka, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby nieopłacalne (...).” Oznacza to ni mniej, ni więcej, że sam fakt, że cena, w tym miejscu należy podkreślić, że chodzi o cenę jednostkową filtra, zaproponowana przez przystępującego jest niższa niż cena zaproponowana przez odwołującego nie stanowi jeszcze, aby realizacja zamówienia była nieopłacalna, tym bardziej, że jest to tylko część usługi, częściowa w porównaniu z całym przedmiotem zamówienia i wykonywana wraz z innymi czynnościami w trakcie realizacji podstawowej usługi. Ponadto należy wskazać, że „(...) samo oferowanie cen nawet znacząco niższych od cen konkurentów może stanowić przejaw walki konkurencyjnej” co jest jak najbardziej dopuszczalne - wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 13 marca 2012 r. (sygn. akt KIO 406/12). W przypadku rażąco niskiej ceny, aby miała ona taki charakter musiałaby spowodować u wytwórcy np. usługi stratę, ale oczywiście nie chodzi tu tylko o stratę na każdej jednostkowej usłudze, lecz o negatywny wynik działalności przedsiębiorcy w określonym segmencie (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 1 stycznia 2012 r. (sygn. akt KIO 2813/11). Na przywołanie zasługuje również wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 13 marca 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 249/09) wskazujący, że „Okoliczność, iż zaoferowane ceny są niższe od cen konkurencji nie dowodzi, że cena jest rażąco niska, a tym bardziej nie dowodzi, że została ona skalkulowana poniżej kosztów wytworzenia. (...) W ocenie Izby, każde przedsiębiorstwo ma prawo do korzystania z wypracowanej przez siebie pozycji na rynku, o ile nie stosuje niedozwolonych praktyk. Nie ulega wątpliwości, iż lepsza pozycja tego wykonawcy, w stosunku do pozostałych, polegająca w szczególności na posiadaniu wiedzy, doświadczenia i związanej z tym odpowiedniej infrastruktury, jest wynikiem wieloletniej współpracy z zamawiającym”. A ponadto „Z doświadczenia życiowego i logiki wynika, że przedsiębiorca, który realizował podobne zamówienia, posiada doświadczenie na danym rynku będzie umiał wybrać bardziej optymalny sposób realizacji zamówienia, lepiej przewidzi ryzyka i nie będzie doliczał nadmiernego buforu bezpieczeństwa, co znajdzie odzwierciedlenie w cenie oferty” (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej sygn. akt KIO 880/23). Należy także podkreślić, że „(...) nie istnieje domniemanie prawne ani faktyczne istnienia rażąco niskiej ceny wynikające tylko z tego powodu, że zamawiający poprosił o wyjaśnienia w tym zakresie” (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 sierpnia 2014 r., sygn. akt KIO 1680/14).

Przenosząc powyższe na zarzuty formułowane przez odwołującego należy wskazać, że nawet przyjmując, że wymiana filtra ma odpowiadać przynajmniej minimalnemu wynagrodzeniu pracownika, to z przedstawionej kalkulacji przez odwołującego przyjmującego minimalne wynagrodzenia obowiązujące od 1 lipca 2023 r. wynika, że 2 min pracy kosztują 0,90 zł co stanowi możliwość wymiany 1 filtra. Natomiast całkowicie błędnie wskazuje odwołujący, że koszt ten nie pokryje już pracy jeżeli wymiana będzie dotyczyć kilku filtrów, jednak należy wskazać, że cena jednostkowa dotyczy wymiany 1 filtra, a więc jeżeli tych filtrów będzie kilka to koszt zostanie pomnożony przez ilość wymienionych filtrów, a skoro ten czas skraca się, jak wyjaśnił przystępujący, który realizował powyższą usługę dotychczas

u zamawiającego i posiada w tym zakresie doświadczenie, to tym samym, z prostego rachunku matematycznego koszty będą wystarczające na pokrycie nie tylko kosztów pracy. Nie sposób również zgodzić się z argumentacją odwołującego, że przyjęty przez przystępującego czas wymiany jest niewystraszający, ze względu na wskazane przez odwołującego „standardy”.

W tym zakresie wyjaśnienia przystępującego są rzetelne, tym bardziej, że zamawiający wymagał uczestnictwa w wizji

lokalnej (pkt 14 oraz pkt 15 SWZ), a więc strony miały możliwość zapoznania się z warunkami realizacji usługi. A dodatkowo należy wskazać, że przystępujący realizował dotychczas przedmiotową usługę u zamawiającego w związku z tym, posiada wiedzę co do realiów i okoliczności związanych z wykonaniem usługi.

Dodatkowo należy wskazać, że w żadnym miejscu OPZ zamawiający nie wymagał, aby wymiana dodatkowych filtrów wykluczona była podczas realizacji usługi dezynfekcji

i czyszczenia wentylacji. A więc również w tym zakresie należało przyjąć wyjaśnienia przystępującego, że skoro wymiany tej dokonywać będzie w trakcie realizacji usługi podstawowej związanej z dezynfekcją i czyszczeniem to nie dokonuje „dublowania” kosztów chociażby w zakresie wynagrodzenia pracownika, jak i pozostałych kosztów, które wiążą się z wykonaniem usługi, a więc kosztami dojazdu, zakwaterowania.

W tym stanie rzeczy, po uzyskaniu wyjaśnień przystępującego zamawiający nie ma pewności, że nie jest możliwe zrealizowanie zamówienia za zaoferowaną cenę. Tym bardziej, że przystępujący wyjaśnił i przedstawił, że czynności w zakresie wymiany pojedynczych filtrów, odbywać się będą w ramach realizacji usługi głównej - dezynfekcji i czyszczenia wentylacji stąd też uzasadnionym staje się nie „dublowanie” kosztów związanych z realizacją usługi (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 23 grudnia 2014 r., sygn. akt KIO 2615/14).

Zarzut naruszenia art. 16 pkt 1) oraz art. 17 ust 2 w zw. z art. 239 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp.

Odnosząc się do argumentacji rzekomego naruszenia uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w związku z brakiem odrzucenia oferty zawierającej rzekomo rażąco niską cenę zamawiający wskazał, że wobec argumentacji zawartej w pkt. 1 wykazującej,

że nie mamy do czynienia z rażąco niską ceną, w konsekwencji należy uznać, że nie mamy do czynienia z powyższymi naruszeniami.

Przystępujący do postępowania odwoławczego wykonawca Biuro Handlowe Eksport-Import Krzysztof Nowakowski - w spadku, złożył pismo procesowe w sprawie, w którym wskazał, iż w przedmiotowym postępowaniu, w zakresie oferty przystępującego odwołujący podnosił zarzuty, które były przedmiotem odwołania w sprawie o sygn. akt KIO 1754/23, gdzie odwołujący cofnął odwołanie. Tym samym przystępujący wniósł o odrzucenie odwołania, a w przypadku nieuwzględnienia tego wniosku, wniósł o oddalenie odwołania.

Odnosząc się do zarzutów podniesionych w odwołaniu oraz żądań przystępujący zwrócił uwagę na fakt, iż odwołujący postawił dwa zarzuty. Dokonując analizy gramatycznej zarzutów nie sposób odnieść wrażenia, iż tylko część zarzutu pierwszego może być przedmiotem rozpoznania, gdyż oferta przystępującego nie zawiera rażąco niskiej ceny (oferta jest wyższa od oferty odwołującego). Jedynym zarzutem jakim może być przedmiotem rozpoznania jest koszt wymiany filtra wynoszący 0,90 zł. Jednak i ten zarzut w ocenie przystępującego jest chybiony. Odwołujący nie rozróżnia kosztu od ceny. Zamawiający w dokumentach zamówienia nie zdefiniował pojęcia kosztu. Zgodnie z przyjętym stanowiskiem w doktrynie pojęcie kosztu jest ściśle powiązane z definicją cyklu życia, który zgodnie ze słowniczkiem ustawowym oznacza wszelkie możliwe kolejne lub powiązane fazy istnienia przedmiotu zamówienia,

w szczególności badanie, rozwój, projektowanie przemysłowe, testowanie, produkcję, transport, używanie, naprawę, modernizację, zmianę, utrzymanie przez okres istnienia, logistykę, szkolenie, zużycie, wyburzenie, wycofanie i usuwanie. W takim ujęciu koszt dotyczyłby tego jakie wydatki poniesie zamawiający w związku z użytkowaniem wymienianych filtrów (koszty zerowe, utylizacja zużytego filtra leży po stronie wykonawcy dokonującego wymiany). Jeśli przyjąć koszt po stronie wykonawcy (następuje jego wycena przez wykonawcę) wówczas mamy do czynienia jedynie z bezpośrednimi wydatkami na wytworzenie tego dobra, tej usługi. Jeśli takie rozumienie kryterium kosztu będzie właściwe to również te koszty byłyby zerowe – a dlaczego?, gdyż jak to zostało wskazane w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny – czynność dodatkowej wymiany filtra będzie następowała przy okazji wykonywania podstawowego zakresu zamówienia, o ile do niej dojdzie – nie została opisana jako część zamówienia, nie wskazano ilości, nakładów pracy etc. Przystępujący przyjął taki model biznesowy wykonywania zamówienia, który z jednej strony zapewnia efektywne wykonywanie zamówienia a z drugiej jego optymalizację. Dlatego wskazał, iż dodatkowe wymiany filtrów będą wykonywane przy okazji innych czynności związanych z realizacją umowy. Osoby oddelegowane do prac stanowią załogę przystępującego, opłacani są zgodnie z przepisami prawa pracy zatem niejako koszt wykonania usługi dodatkowej wymiany filtra został skalkulowany w ramach wynagrodzenia pracownika, jednak kalkulowanego dla całości zamówienia. Wskazać należy, iż tworząc kalkulację ofertową przystępujący nie mógł opierać zarobkowania na koszcie dodatkowej wymiany – dlaczego? Gdyż koszt to niejako wydatek, nie ma w nim zysku, zysk osiągany jest ramach tzw. zamówienia podstawowego. Analizując argumentację odwołującego nie sposób dojść do wniosku, iż jego model biznesowy zakłada co najmniej podwójne zarobkowanie – raz na tzw. zamówieniu podstawowym oraz na dodatkowej wymianie. Wycena pozycji koszt dodatkowej wymiany była przez przystępującego wnikliwie badana przed złożeniem oferty i uznano, iż wizerunkowo przystępujący nie może sobie pozwolić na zachowanie niezgodne z dobrymi praktykami kupieckimi – za jedną usługę płaci się raz. Zamawiający formułując kryterium kosztu być może nie do końca zdawał sobie sprawę, iż różni wykonawcy mogą wyliczać koszty w odmienny od siebie sposób. Rzeczywiście zapewne łatwiej byłoby rozstrzygać niniejszą materię w

okolicznościach,

w których wszystkie czynniki do określenia kosztu byłyby przez zamawiającego podane. Jednak w niniejszej sytuacji nie czyni to wady postępowania, a jedynie wskazuje interpretację bardzo szeroką, co należy w takim koszcie ująć. Przystępujący w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny wskazał jakie czynniki wpłynęły na wycenę 0,90 zł netto za dodatkową wymianę filtra.

Nadmienić należy, że wymiana filtrów w centralach wentylacyjnych nie jest i nie musi być wykonywana natychmiast po zgłoszeniu. Każde urządzenie (centrala wentylacyjna) wyposażona jest w presostat lub też czujnik różnicy ciśnień i wskazuje aktualny jej odczyt. Stąd też zarówno technicy przystępującego jak również zamawiający są informowani na bieżąco jaki jest stan zanieczyszczenia filtrów w danej chwili. Daje to informację wszystkim stronom, ile „życia” jeszcze pozostało temu filtrowi. Dlatego też swobodnie można zaplanować wymianę, tak by nie wymagała zbyt długiego zaangażowania (czasochłonności – czas pozyskania filtra, dojazdu, wymiany). Zamawiający nie wymaga natychmiastowej wymiany w określonym w umowie czasie. Takie postanowienia pojawiają się w innego typu umowach, polegających na świadczeniu usług serwisowania i konserwacji urządzeń klimatyzacyjnych i wentylacyjnych. Zawiera się w nich, m.in.:

-czas reakcji na zlecenie określoną zazwyczaj w godzinach, np. 2h

-czas reakcji na wykonanie usługi, liczoną w godzinach lub dniach, np. 5h - inne

Firmy świadczące tego typu usługę bazują głównie na serwisantach mobilnych przemieszczających się od zgłoszenia do zgłoszenia pomiędzy wieloma kontrahentami. Stąd też cena za wymianę filtra może osiągać w takim przypadku kwotę kilkudziesięciu złotych plus pokrycie dodatkowym kosztów, np. dojazdu lub innych, w zależności od zapisów w umowie. Jedynie w takim przypadku kwota rzędu kilkudziesięciu złotych może być uzasadniona, gdyż serwisant musi specjalnie przyjechać na obiekt wyłącznie w jednym celu, dokonać jednorazowej wymiany filtra bądź też zespołu filtrów. W przypadku niniejszego postępowania zamawiający nie formułował takich wymagań. Dodatkowo przystępujący, w ramach postępowania dowodowego, załączył film obrazujący czynność wymiany jednego filtra.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 528 ustawy Pzp.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego

z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza kwot określonych

w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, co uprawniało go do złożenia odwołania.

**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, oraz uczestnika postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.**

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzuty odwołującego są bezzasadne.

Zgodnie z przepisem art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Przepis art. 224 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że 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. Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy (art. 224 ust. 5 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 (art. 224 ust. 6 ustawy Pzp).

Zamawiający pismem z 30 maja 2023 roku, zwrócił się do przystępującego o udzielenie wyjaśnień w zakresie ceny ofertowej wskazując, iż „*Działając na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy PZP Zamawiający wzywa Wykonawcę do wyjaśnienia treści oferty złożonej w wyżej wymienionym postępowaniu w zakresie przesłanek mających wpływ na wysokość ceny - ze szczególnym uwzględnieniem „Stawki za dodatkową wymianę filtrów: 0,90 zł. netto” - w celu ustalenia, czy złożona przez Wykonawcę oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. 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”.

Przystępujący odpowiadając na wezwanie zamawiającego przedłożył wyjaśnienia wraz z odpowiednimi wyliczeniami za pismem z dnia 2 czerwca 2023 roku.

Po zapoznaniu się z wyjaśnieniami złożonymi przez przystępującego Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że wyjaśnienia są pełne, dotyczą wielu aspektów związanych zarówno z samym przedsiębiorstwem, jak i sposobem realizacji zamówienia. Zawierają szczegółowe wyliczenia dotyczące kosztów realizacji zamówienia. Nie można również pominąć faktu, iż przystępujący jako wykonawca dotychczas świadczący usługi na rzecz tego zamawiającego dysponuje szczegółową wiedzą na temat sposobu realizacji zamówienia

i elementami *stricte* z nim związanymi. Podkreślić należy, że zamawiający w treści SWZ nie określił żadnych szczegółowych wymagań odnośnie usługi związanej z dodatkową wymianą filtra. Konstrukcja SWZ oraz załączników do niej nie wymuszała na wykonawcach kalkulowania kosztów dodatkowej usługi, która była jednym z kryteriów oceny ofert.

W szczególności, jak słusznie podnosił to przystępujący, zamawiający nie wymagał podjęcia dodatkowych czynności związanych z dodatkową wymianą filtra, które obwarowane były określonym czasem reakcji czy wymiany. Oznacza to, że usługę wymiany dodatkowego filtra można było uwzględnić przyjmując, iż będzie ona wykonana niejako przy okazji wykonywania usług podstawowych, w skład których wchodzi inne czynności serwisowe. Nadmienić należy, że dodatkowa wymiana filtra wykonywana będzie w centrali (systemie), który nie będzie przedmiotem świadczenia usług podstawowych, tzn. w ramach ustalonego pomiędzy stronami umowy harmonogramem świadczenia usług podstawowych, w przypadku zaistnienia konieczności wymiany dodatkowego filtra w innym systemie (centrali) wykonawca dokona takiej wymiany niejako przy okazji wykonywania świadczenia podstawowego. Nie sposób zatem uznać, że koszt takiej dodatkowej wymiany musiał być jakoś szczególnie wyliczony, gdyż obecność serwisanta pokrywa wszystkie koszty ujęte w wycenie usług podstawowych.

Przepis art. 224 ust. 3 Pzp zawiera przykładowy i otwarty katalog czynników wpływających na wysokość ceny lub kosztu, których dotyczyć może wezwanie do złożenia wyjaśnień, jak również wyjaśnienia wykonawcy. Stanowi on wskazówkę interpretacyjną zarówno dla zamawiającego przy formułowaniu treści wezwania do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, jak również dla wykonawcy składającego wyjaśnienia. Treść tej regulacji nawiązuje również do art. 69 ust. 2 dyrektywy klasycznej. Ciekawym elementem z przykładowego katalogu jest wskazane przez ustawodawcę w art. 224 ust. 3 pkt 1 Pzp zarządzanie procesem produkcji, świadczonych usług lub metody budowy, co stanowi nawiązanie do „ekonomiczności procesu produkcyjnego, świadczonych usług lub danej metody budowy” z art. 69 ust. 2 lit. a dyrektywy klasycznej. Przykładowo, zarządzanie procesem produkcji może polegać na wykorzystaniu efektu skali, automatyzacji, stworzeniu systemu zarządzania ekologicznego, wdrożeniu nowej technologii przyczyniającej się do usprawnienia procesu wytwarzania takich samych towarów, zarządzaniu łańcuchem dostaw. Wyjaśnienia związane z „wyjątkowo korzystnymi warunkami dostaw, usług albo związanych z realizacją robót budowlanych” mogą dotyczyć każdego rodzaju zamówienia publicznego (Prawo zamówień publicznych – Komentarz. Pod redakcją H. Nowaka i M. Winiarza, Warszawa 2021).

Zdaniem Izby, przystępujący wykorzystując fakt doświadczenia w świadczeniu tożsamyh usług, mógł ustalić system zarządzania w taki sposób, który optymalizował realizowanie postanowień umownych, ograniczając jednocześnie koszty z tym związane.

Należy również zwrócić uwagę na fakt, iż zamawiający w SWZ wprost wskazał, w rozdziale XX dotyczącym opisu kryteriów oceny ofert, wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert, że w ramach kryterium nr 2, ocenie będzie podlegała stawka za dodatkową wymianę filtrów. Również w formularzu oferty (załącznik nr 2 do SWZ) zamawiający żądał podania stawki za dodatkową wymianę filtrów. Nie bez znaczenia są również postanowienia wzoru umowy, stanowiące załącznik nr 1 do SWZ, w których jednoznacznie zostały określone warunki płatności (miesięczne rozliczenie wykonanych usług (§ 7 ust. 2) i charakter wynagrodzenia, ustalony jako ryczałtowy (§ 7 ust. 10). Tym samym nie sposób odmówić racji zamawiającemu i przystępującemu, iż dodatkowa wymiana filtrów, za stawkę podaną w ofercie, mogła być przez wykonawców ustalana indywidualnie w zależności od przyjętego modelu realizacji usługi, co nie wykluczało możliwości zrealizowania tego dodatkowego zakresu zlecenia w ramach wykonywania czynności podstawowych, co w sposób znaczący obniżało jej koszt.

Podkreślić należy, iż przesłanką odrzucenia oferty ze względu na rażąco niską cenę lub koszt może być wyłącznie zaniżenie ceny całkowitej dotyczącej przedmiotu zamówienia, a nie części tej ceny.

Izba przeprowadziła dowód z filmu załączonego do pisma procesowego przystępującego stwierdzając, iż sama czynność wymiany filtra jest czynnością prostą, nie angażującą dodatkowych sił czy środków, a co najważniejsze bardzo krótką, co potwierdza twierdzenia przystępującego.

Z uwagi na powyższe Izba nie stwierdziła naruszenia przez zamawiającego przepisów art. 16 pkt 1 oraz art. 17 ust. 2 ustawy Pzp.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy Pzp oraz § 8 ust. 2 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 wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Przewodniczący:.....