

Sygn. akt: KIO 1909/23

WYROK
z dnia 19 lipca 2023 roku

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Poprawa
Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 lipca 2023 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 lipca 2023 roku przez wykonawcę:

AWIMA Spółka jawna B. W., ul. 3-go maja 2B/22, 05-410 Józefów w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Krajową Radę Sądownictwa ul. Rakowiecka 30,

02-528 Warszawa przy udziale wykonawcy: B. J. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usługowe SOS BARWIT B. J.

ul. Klemensiewicza 5a/32, 01-318 Warszawa zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1909/23 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej, odrzucenie oferty złożonej przez wykonawcę B. J. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usługowe SOS BARWIT B. J. ul. Klemensiewicza 5a/32, 01-318 Warszawa podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w związku z art. 224 ust. 6 ustawy Prawo zamówień Publicznych

oraz nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny ofert,

2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego Krajową Radę Sądownictwa ul. Rakowiecka 30, 02-528 Warszawa i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego: kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 11 100 zł 00 gr (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez odwołującego z tytułu wpisu od odwołania

oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 poz. 1710 z późn. zm.) 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 1909/23

Uzasadnienie

Zamawiający – Krajowa Rada Sądownictwa prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na zadanie pn.: „ Sprzątanie powierzchni biurowych Krajowej Rady Sądownictwa” zwane dalej „Postępowaniem” numer postępowania WAG.260.1.2023. Postępowanie prowadzone jest w trybie podstawowym bez negocjacji, zgodnie z ustawą

z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm); zwanej dalej „ustawą Pzp” lub „ustawą”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone

w Biuletynie Zamówień Publicznych pod Nr 2023/BZP 00217517/01 w dniu 16 maja 2023 r.

W dniu 3 lipca 2023 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zostało wniesione odwołanie przez wykonawcę AWIMA Sp. j. B. Wiśniewski ul. 3-go maja 2B/ 22 05-410 Józefów zwanego dalej „Odwołującym” od czynności Zamawiającego podjętych w postępowaniu

o udzielenie zamówienia publicznego oraz zaniechań czynności, do których Zamawiający był zobowiązany na podstawie ustawy Pzp, tj:

1. Dokonania wyboru oferty Wykonawcy - P.U. SOS Barwit B. J.

ul. Klemensiewicza 5a/32, 01-318 Warszawa (dalej również jako: Wykonawca) jako oferty najkorzystniejszej;

2. Zaniechania odrzucenia oferty P.U. SOS Barwit B. J. jako zawierającej rażąco niską cenę z przyczyn wskazanych w uzasadnieniu niniejszego odwołania.

Powyższymi czynnościami Odwołujący zarzucił naruszenie:

1. art. 224 ust. 6 ustawy Pzp w związku z:

a) dokonaniem wadliwej oceny wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny oferty złożonej przez Wykonawcę,

b) błędnym uznaniem, że oferta Wykonawcy nie podlega odrzuceniu, uwzględnia w cenie wszystkie koszty wymagane treścią SWZ i wynikające z odrębnych przepisów, została obliczona zgodnie z SWZ oraz nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia;

c) zaniechaniem odrzucenia oferty Wykonawcy jako oferty, która zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;

2.art. 224 ust. 5 ustawy Pzp w związku z błędnym uznaniem, że Wykonawca wykazał i udowodnił, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny;

3.art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1, 2 i 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy jako oferty zawierającej rażąco niską cenę, podczas gdy treść udzielonych przez tego Wykonawcę wyjaśnień potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę z przyczyn wskazanych

w uzasadnieniu niniejszego odwołania, w wyniku czego doszło do zaniechania przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie

z zasadami proporcjonalności i przejrzystości;

4.art. 239 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty Wykonawcy jako oferty najkorzystniejszej w niniejszym postępowaniu, podczas gdy oferta tego Wykonawcy podlega odrzuceniu z powodu rażąco niskiej ceny.

Wobec powyższego Odwołujący wniósł o:

1) Uwzględnienie odwołania;

2) Nakazanie Zamawiającemu:

a) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,

b) dokonania odrzucenia oferty Wykonawcy,

c) powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej.

3) Obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego i zasądzenie

od Zamawiającego na rzecz Odwołującego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Odwołujący wskazał, że posiada interes we wniesieniu odwołania oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów prawa, bowiem gdyby Zamawiający przeprowadził czynność badania i oceny ofert zgodnie z wymogami, jakie nakłada na niego ustawa Pzp, oferta Odwołującego mogłaby zostać wybrana jako najkorzystniejsza. Odwołujący złożył ofertę ocenioną przez Zamawiającego jako drugą w kolejności po ofercie Wykonawcy.

Ponadto, istnienie interesu w uzyskaniu zamówienia po stronie Odwołującego wynika

z faktu, iż złożył on ofertę w przedmiotowym postępowaniu, która to oferta nie podlega odrzuceniu, w związku z czym Odwołujący ma realną szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

W wyniku naruszenia przepisów ustawy interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku, bowiem Zamawiający dokonał wyboru oferty złożonej przez Wykonawcę, która z kolei podlega odrzuceniu z uwagi na to, że zawiera rażąco niską cenę.

Zważywszy zatem na zakres podniesionych zarzutów, Odwołujący ma szansę na uzyskanie zamówienia, ponieważ w przypadku uwzględnienia odwołania, Izba może nakazać wykonanie lub powtórzenie czynności Zamawiającego lub nakazać unieważnienie czynności Zamawiającego zgodnie z żądaniami Odwołującego.

Mając na uwadze powyższe, można realnie zakładać, że po ponownym badaniu i ocenie ofert w wyniku wykonania wyroku Izby, Zamawiający dokona wyboru oferty Odwołującego.

W wyniku zaszyfrowanych naruszeń ustawy Odwołujący został narażony na szkodę związaną z utratą spodziewanego zysku z tytułu realizacji kontraktu na rzecz Zamawiającego, które to zamówienie powinno zostać udzielone Odwołującemu. W konsekwencji, Odwołujący może nie uzyskać zamówienia i w ten sposób nie osiągnąć zysku, który planował osiągnąć

w wyniku realizacji przedmiotowego zamówienia (*lucrum cessans*).

Odwołujący przedstawił następujący stan faktyczny sprawy.

W niniejszym Postępowaniu zostały złożone cztery oferty, w tym oferta z najniższą ceną została złożona przez Wykonawcę.

W dniu 15 czerwca 2023 r. Zamawiający wezwał Wykonawcę do złożenia, aktualnych na dzień złożenia wyjaśnień wraz z dowodami w zakresie wskazanym w piśmie Zamawiającego,

z uwagi na fakt, że cena w ofercie Wykonawcy jest niższa o ponad 30 % od szacunkowej wartości przedmiotu zamówienia ustalonej przed wszczęciem postępowania.

Jak wskazał Zamawiający- udzielone wyjaśnienia dotyczące elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny powinny dotyczyć w szczególności:

1) *zgodności z przepisami dotyczącym 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. 2020 poz. 2207) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie”;

2) *zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie.*

Zamawiający poinformował Wykonawcę, że obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa na Wykonawcy. Zamawiający poinformował Wykonawcę również o treści art. 224 ust. 5 ustawy Pzp oraz, że dla Zamawiającego „nie jest wystarczające złożenie jakichkolwiek wyjaśnień”.

W wezwaniu z dnia 15 czerwca 2023 r. Zamawiający wręcz podkreślił, że „Wykonawca ma obowiązek przedstawienia konkretnych, obiektywnych czynników, dowodów, kalkulacji, które umożliwiły obniżenie ceny i jednocześnie dających się zweryfikować, w tym wyjaśnić w jakim stopniu te czynniki wpłynęły na obniżenie ceny”.

W odpowiedzi na wezwanie do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny Wykonawca wskazał, w „wyjaśnieniach” jedynie własne kalkulacje.

Uzasadnienie zarzutów:

1. Zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy z powodu rażąco niskiej ceny.

a) Brak wykazania i udowodnienia jakichkolwiek szczególnych, wyjątkowych warunków mających wpływ na obniżenie ceny przez Wykonawcę.

Podejrzanie rażąco niskiej ceny w świetle art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp powstaje, 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 (z uwagi na złożenie po terminie) i pkt 10 (zawierających błędy w obliczeniu ceny lub kosztu).

W okolicznościach wymienionych w ust. 2 pkt 1 ww. przepisu Zamawiający zwraca się (ma obowiązek zwrócenia się) o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia.

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.

W niniejszym przypadku, jak słusznie zauważył Zamawiający w wezwaniu do złożenia wyjaśnień, cena zaoferowana przez wybranego Wykonawcę jest niższa o ponad 30% od wartości szacunkowej przedmiotu zamówienia.

Wykonawca nie przedstawił właściwie żadnych wyjaśnień (przedstawił jedynie swoje ogółstowe kalkulacje) i nie przedstawił żadnych dowodów, które uzasadniałyby chociażby stawki przyjęte przy tworzeniu tych „kalkulacji”.

Mając na uwadze powyższe oraz przedstawioną kalkulację nie sposób nie wyciągnąć wniosku, że zamieszczone w niej kwoty nie zostały poparte żadnymi dowodami.

Należy wskazać, że wyjaśnienia złożone przez Wykonawcę w żaden sposób nie udowadniają również, że istnieją jakiegokolwiek okoliczności mające charakter wyjątkowy, niedostępny innym przedsiębiorcom obecnym na rynku. Wykonawcy wolno oczywiście opisać dowolne przyczyny uzasadniające rzetelną kalkulację ceny ofertowej, jednak pod warunkiem, że mają one charakter obiektywny, dający się zweryfikować. Tymczasem, Wykonawca nie podał żadnych konkretnych, możliwych do weryfikacji informacji, które pozwalałyby ustalić o jakie konkretnie wartości zoptymalizowano poszczególne czynniki cenotwórcze.

Jak wskazuje się w orzecznictwie, efektem składanych wyjaśnień ma być stworzenie podstaw do uznania przez Zamawiającego, że podejrzenie dotyczące rażąco niskie ceny oferty nie było uzasadnione. Nie tylko nieudzielenie wyjaśnień w wyznaczonym terminie skutkować będzie koniecznością odrzucenia oferty, ale także złożenie takich wyjaśnień, które wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny (por. art. 224 ust. 6 ustawy Pzp).

Co należy również z pełną stanowczością podkreślić - Wykonawca nie przedstawił dowodów na poparcie swoich twierdzeń wskazanych w wyjaśnieniach (co w istocie jest konsekwencją tego, iż Wykonawca ten nie przedstawił, jak już wskazano, istnienia okoliczności, które miały mieć wpływ na wysokość ceny).

W szczególności jednak, Wykonawca w wyjaśnieniach nie wykazał w żaden sposób ogólnych kosztów

przedsiębiorstwa, tzw. kosztów ogólnozakładowych obejmujących

w przypadku usług m. in. koszt serwisowania sprzętu, utrzymania i obsługi biura, nadzór nad realizacją zamówienia, transportu, badań lekarskich, prania odzieży roboczej, kosztów utrzymania ważności polisy ubezpieczeniowej (obowiązkowej) oraz innych nieprzewidzianych wydatków.

Kolejną kwestią jest bardzo nieprzejrzyste wykazanie pozostałych kosztów, również w żaden sposób nie poparte dowodami. Kwota na środki chemiczne powinna być poparta dowodami w postaci szczegółowych wyliczeń. Kwoty na dodatkowe usługi (mycie stolarki okiennej, pranie wykładzin, mycie lamp, pranie firan i zasłon, mycie kratki wentylacyjnych) również nie mają żadnego uzasadnienia dowodowego i budzą wątpliwości co do ich wartości.

W ocenie Odwoływającego zaproponowanie tak „konkurencyjnej” ceny, jaka znalazła się w ofercie Wykonawcy winno znaleźć uzasadnienie w okolicznościach dostępnych wyłącznie jemu i pozwalających osiągnąć przewagę konkurencyjną tak znaczną, aby umożliwiała ona wykonanie zamówienia oraz osiągnięcie zysku na odpowiednim poziomie, czyli takiego, który nie będzie stanowił czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tj. Dz. U. z 2022 r. poz. 1233 ze zm.).

W ocenie Odwoływającego, próba obalenia tak poważnego domniemania, jakim jest domniemanie rażąco niskiej ceny w ofercie za pomocą krótkiego uzasadnienia jest wręcz kuriozalna. Nie jest możliwe by w kilku zdaniach uwzględnić i wykazać wszystkie czynniki cenotwórcze.

Na wezwanie Zamawiającego Wykonawca odniósł się w sposób ogólnikowy, pomijając elementy wymienione w wezwaniu Zamawiającego oraz nie przedstawił wiarygodnych dowodów. Tymczasem, powszechnie przyjmuje się, że wyjaśnienia wykonawcy, udzielone

w trybie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, nie mogą mieć charakteru ogólnego, nie mogą ograniczać się do zapewnienia, że wykonawca będzie w stanie zrealizować zamówienie za podaną

w ofercie cenę. Wykonawca, wezwany do udzielenia wyjaśnień, jest zobowiązany szczegółowo wskazać konkretne, dające się zweryfikować czynniki umożliwiające mu skalkulowanie ceny lub kosztu na niskim poziomie.

Wykonawca powinien przedstawić w jakim stopniu dany czynnik wpłynął na obniżenie ceny (por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6 lutego 2020 r., sygn. akt KIO 170/20). Wyjaśnienia ogólnikowe i gołosłowne zrównuje się w orzecznictwie Izby z brakiem tych wyjaśnień.

W wyroku KIO z dnia 20 lutego 2012 r., sygn. akt KIO 109/12 (nadal aktualnym w obecnie obowiązującym stanie prawnym), Izba stwierdziła, że wskazówką dla wykonawcy składającego wyjaśnienia winien być przepis art. 90 ust. 3 Pzp [obecnie art. 224 ust. 6 ustawy Pzp- przyp. aut.] , w którym jest mowa nie tylko o złożonych wyjaśnieniach, ale również

o dowodach na ich potwierdzenie. Oczywistym jest zatem, że przedstawione wyjaśnienia winny być nie tylko konkretne i przekonujące, ale również poparte stosownymi dowodami. Złożenie wyjaśnień niepełnych, ogólnikowych, nierozpraszających wątpliwości leżących

u podstaw wezwania, pociąga za sobą sankcję w postaci odrzucenia oferty. Wykonawca działający z należytą starannością winien odpowiednio zareagować na wezwanie Zamawiającego, mając na względzie skutki, jakie ustawa wiąże z instytucją wyjaśnień. Wykonawca może, bądź za pomocą dowolnych środków dowodowych wzmacniać prezentowaną argumentację, lub też poprzestać na wyjaśnieniach, co czyni jednak wyłącznie na własne ryzyko. Złożenie wyjaśnień wystarczająco szczegółowych, umotywowanych oraz przekonujących, że cena nie jest rażąco niska, jest obowiązkiem wykonawcy (zob. wyrok KIO z dnia 19 czerwca 2012 r., sygn. akt KIO 1166/12).

Wykonawca w istocie nie odniósł się do treści wezwania Zamawiającego, nie wskazał żadnych okoliczności, które miały wpływ na obniżenie ceny, oraz nie podał w jaki sposób

i o jakie wartości cena mogła zostać obniżona. Wykonawca nie powołał się na żadne okoliczności, które byłyby wyjątkowe i nie przysługiwały innym wykonawcom, ubiegającym się o zamówienie. Wykonawca nie udzielił w istocie odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego.

Należy podkreślić, iż, wzywając Wykonawcę do złożenia wyjaśnień w kwestii zaoferowanej ceny, Zamawiający bardzo dokładnie wskazał, jakiego rodzaju wyjaśnień oczekuje wraz z zaznaczeniem obowiązku wykazania, w jaki sposób okoliczności te będą miały wpływ na zaoferowaną cenę. Wreszcie, co również jest istotne, Zamawiający wprost oczekiwał przedstawienia dowodów na potwierdzenie okoliczności wpływających na obniżenie ceny, na które wykonawca będzie się powoływał.

Ustawowe pojęcie „wykazania” jest tożsame z pojęciem „udowodnienia”, a nie „uprawdopodobnienia”. Oznacza to, iż wykonawca składający wyjaśnienia musi przedstawić wszelkie dowody, które potwierdzą, że możliwe będzie wykonanie przedmiotu zamówienia za cenę podaną w ofercie. Jednak wyjaśnienia te i dowody muszą mieć charakter obiektywny, albowiem wprost nakazuje

to norma z art. 224 ust. 5 ustawy Pzp, która ciężar dowodowy w tym zakresie przerzuca na wykonawcę.

Z opisanym wyżej obowiązkiem wykonawcy w pełni skorelowany jest obowiązek Zamawiającego wnikliwej i obiektywnej oceny składanych wyjaśnień. Przyjmuje się bowiem, iż nie tylko wyjaśnienia, dane i dowody wskazane przez wykonawcę powinny być na tyle konkretne, aby możliwa była ich weryfikacja oraz ocena wiarygodności, lecz również, iż wykonawcy mają prawo oczekiwać, że złożone w postępowaniu oferty i wyjaśnienia zostaną ocenione zgodnie z wyartykułowanymi przez zamawiającego wymaganiami oraz na podstawie ustawy, w poszanowaniu zasad udzielania zamówień publicznych (tak wyrok KIO z dnia 25 czerwca 2019 r., sygn. akt KIO 1036/19; wyrok KIO z dnia 7 czerwca 2016 r., sygn. akt KIO 846/16; wyrok KIO z dnia 15 października 2018 r., sygn. akt KIO 1946/18; wyrok KIO z dnia 31 maja 2017 r., sygn. akt KIO 1001/17).

Reasumując, skoro Wykonawca nie udowodnił szeregu czynników kosztotwórczych składających się na koszty realizacji zamówienia, to Zamawiający nie miał podstaw

do uznania, że jego oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej. Wykonawca nie przedłożył żadnych dowodów potwierdzających rzetelność zaoferowanej ceny (w szczególności nie wykazał wyjątkowych okoliczności, które miałyby spowodować obniżenie cen).

Wyjaśnienia wykonawcy nie mogą ograniczyć się do ogólnych zapewnień co do realizacji przedmiotu zamówienia po cenach wskazanych w formularzu oferty. Twierdzenia wykonawcy winny znaleźć odniesienie do opisu przedmiotu zamówienia zawartego w SWZ, wymagań zamawiającego i przedstawić konkretne, wiarygodne i rzetelne analizy, potwierdzone odpowiednimi dowodami. Tylko bowiem w takiej sytuacji zamawiający będzie miał możliwość rzeczywistego zweryfikowania realności zaproponowanej ceny. Wyeliminowanie z postępowania ofert zawierających rażąco niskie ceny jest istotne z uwagi na znaczną szkodliwość takich ofert, które mogą opierać się na nieracjonalnych pod względem technicznym, ekonomicznym lub prawnym założeniach lub praktykach, co może

w konsekwencji skutkować uchybieniami na etapie realizacji zamówień. Oczywistym jest bowiem, że rażąco niska cena uderza w uczciwych, działających zgodnie z przyjętymi

praktykami rynkowymi wykonawców, którzy rzetelnie wycenili swoją ofertę. Oferta zawierająca

rażąco niską cenę naraża równocześnie zamawiającego na ryzyko wykonania zamówienia na niższym niż wymagany poziom jakości, ponieważ wykonawca na etapie realizacji umowy, szukając oszczędności, próbuje działać niezgodnie z wytycznymi SWZ. To zaś może również skutkować opóźnieniami w realizacji inwestycji, a niejednokrotnie koniecznością odstąpienia od umowy i poszukiwaniem nowego wykonawcy, który korzystając z konieczności zapewnienia przez Zamawiającego kontynuacji usług może narzucić Zamawiającemu wygórowane ceny za ich świadczenie.

Na mocy art. 224 ust. 6 ustawy Pzp Zamawiający jest zobowiązany odrzucić ofertę Wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień, lub jeżeli dokonana ocena złożonych przez Wykonawcę wyjaśnień oraz dostarczonych dowodów potwierdzi, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

b) Skalkulowanie w cenie oferty kosztów wynagrodzenia pracowników skierowanych

do realizacji przedmiotu zamówienia poniżej minimalnego wynagrodzenia za pracę.

W wezwaniu z dnia 15 czerwca 2023 r. Zamawiający wyraźnie zażądał wyjaśnień wraz z dowodami w zakresie elementów oferty, które miały wpływ na wysokość ceny Wykonawcy, w szczególności w zakresie „zgodności z przepisami dotyczącym 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. 2020 poz. 2207) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie” oraz „zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie”.

Zgodnie z Rozdziałem III ust. 6 pkt 1- 3 SWZ: 1. Zamawiający, zgodnie z art. 95 Ustawy, stawia wymóg w zakresie zatrudnienia przez Wykonawcę, na podstawie stosunku pracy, osób wykonujących czynności związane z realizacją zamówienia.

2. Szczegółowe wymagania dotyczące realizacji oraz egzekwowania wymogu zatrudnienia na podstawie stosunku pracy zostały określone we wzorze umowy, który stanowi Załącznik nr 5 do SWZ.

3. Osoby dokonujące ww. czynności winny być zatrudnione na podstawie art. 22 § 1 ustawy z 26 czerwca 1974 r. – Kodeks pracy (Dz.U. z 2022 r., poz. 1510 ze zm.)”

Ponadto, zgodnie z załącznikiem nr 1 do SWZ- Opisem przedmiotu zamówienia

w ust. 4 (Liczba osób skierowana do realizacji przedmiotu zamówienia) Zamawiający wskazał, że: „Do właściwej realizacji usługi w zakresie utrzymania czystości powierzchni wewnętrznych w ww obiekcie Zamawiający rekomenduje skierowanie min. 3-ch osób do sprzątnia powierzchni sprzątanym 3 razy w tygodniu”.

W ocenie Odwołującego, oferta Wykonawcy jest znacząco niedoszacowana i nie uwzględnia wszystkich kosztów

wymaganych przez Zamawiającego.

Należy podkreślić, iż w wyjaśnieniach Wykonawcy nie zostały uwzględnione koszty zastępstw na wypadek choroby czy też urlopu. Nie uwzględniono również kosztów PPK, ponieważ Wykonawca z góry uznał, że pracownicy zatrudnieni do realizacji umowy nie będą z nich korzystać, co wcale nie jest takie oczywiste. Zgodnie z przepisami zasada jest taka, że - o ile pracownik sam nie zrezygnuje z dokonywania wpłat do PPK - pracodawca nie może zrezygnować z finansowania i dokonywania wpłat podstawowych na rachunek PPK pracownika. Jest to jego obowiązek ustawowy i decyzja zawsze należy do pracownika.

Dla uwypuklenia poziomu niedoszacowania oferty Wykonawcy, poniżej Odwołujący przedstawia całkowite koszty zatrudnienia pracownika na podstawie umowy o pracę

z uwzględnieniem kosztów zastępstw na wypadek choroby lub urlopu. PPK zostało obliczone w odniesieniu do średniego % pracowników korzystających z PPK w przedsiębiorstwie.

Wynagrodzenie brutto	Wynagrodzenie netto	Pracownicze Plany Kapitałowe (1,5% wynagrodzenia brutto)	Koszt bez urlopu	Koszty chorobowe	Koszt urlopu	Całkowity koszt
3 600,00	2 783,86	54,00	4 374,36	192,47	364,53	4 931,36

W całkowitej kwocie z kolumny „Koszt bez urlopu” w wysokości 4 374,36 zł

znajdują się następujące składowe:

- wynagrodzenie brutto,
- 9,76 % wynagrodzenia brutto - składka emerytalna
- 6,5 % wynagrodzenia brutto - składka rentowa,
- 1,20 % wynagrodzenia brutto - składka wypadkowa,
- 2,45 % wynagrodzenia brutto - składka na Fundusz Pracy,
- 0,1 % wynagrodzenia brutto - składka na Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych
- Pracownicze Plany Kapitałowe - 1,5% wynagrodzenia brutto (średnio 8,5% zatrudnionych w Spółce AWIMA korzysta z PPK).

Na podstawie powyższego można od razu zauważyć, że niedoszacowanie w ofercie Wykonawcy w odniesieniu do pełnego etatu wynosi 615,32 zł. Przyjmując zatem sposób wyliczenia Wykonawcy- kalkulacja samego kosztu zatrudnienia będzie się kształtować następująco:

3 osoby x (1/2 etatu) x 4 931,36 zł= 7.397,04 zł, co daje kwotę niedoszacowania na poziomie 922,98 zł miesięcznie.

Już na podstawie powyższego Zamawiający powinien nie uznać wyjaśnień Wykonawcy, ponieważ kwota niedoszacowania przewyższa zakładany w wyjaśnieniach zysk.

Podkreślić należy, że Zamawiający ma obowiązek należytego zweryfikowania

czy w cenie oferty uwzględniono wszelkie niezbędne w świetle przepisów koszty związane

z zatrudnianiem osób mających realizować zamówienie na umowę o pracę i czy przyjęte do kalkulacji wynagrodzenia pracowników nie jest niższe niż ustawowo wymagane. Z art. 224 ust. 4 ustawy Pzp wprost wynika, że w przypadku zamówień na usługi zamawiający wzywając wykonawcę do złożenia wyjaśnień, o których mowa w ust. 1 tego przepisu, ma obowiązek zażądać wyjaśnień w zakresie dotyczącym 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 2019 r. poz. 1564) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie (pkt 4) oraz zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie. Naturalną konsekwencją istnienia po stronie zamawiającego takiego obowiązku, jest zaktualizowanie się po stronie wykonawcy obowiązku udzielenia stosownych wyjaśnień w kwestii kosztów pracy i zgodności z przepisami prawa pracy w przypadku otrzymania takiego wezwania. Wyjaśnienia złożone przez Wykonawcę w ogóle nie wykazują, że cena oferty nie jest rażąco niska.

Zawarcie w treści wyjaśnień ogólnych stwierdzeń w istocie nic nie wyjaśnia i nie udowadnia, że cena została skalkulowana prawidłowo. Wręcz przeciwnie, stanowi to pole do nadużyć. W konsekwencji wybór przez Zamawiającego takiej oferty jest niedopuszczalny jako sprzeczny z przepisami prawa zamówień publicznych.

Po raz wtóry, z całą stanowczością należy stwierdzić, że na gruncie przedłożonych wyjaśnień Zamawiający nie miał możliwości weryfikacji zaproponowanej ceny a Wykonawca nie obalił domniemania, że cena jego oferty jest rażąco niska. Mimo to, dokonał wyboru tejże oferty.

2. Pozostałe zarzuty oraz podsumowanie:

Obowiązkiem Zamawiającego jest prowadzenie postępowania o udzielnie zamówienia publicznego z poszanowaniem zasad zamówień publicznych oraz w zgodzie z obowiązkami nałożonymi na niego przez ustawę. Ponadto, Wykonawcy biorący udział w postępowaniu, mają prawo oczekiwać, że złożone w postępowaniu oferty zostaną ocenione zgodnie

z wymaganiami Zamawiającego wskazanymi w dokumentacji postępowania, z poszanowaniem wymogów stawianych przez powszechnie obowiązujące przepisy prawa, zaś Zamawiający wykona ciężące na nim ustawowe obowiązki, rzetelnego zbadania złożonych ofert, gwarantując tym samym zabezpieczenie interesów uczestników procesu udzielania zamówień publicznych. Ponadto, zasada równego traktowania wykonawców wskazuje na obowiązek jednakowego traktowania wykonawców, bez ulg i przywilejów, zaś zasada zachowania uczciwej konkurencji związana jest z obowiązkami, jakie ustawodawca nakłada na Zamawiającego, w czasie przygotowania i przeprowadzenia postępowania

o udzielenie zamówienia, w tym dokonania starannej oceny złożonych ofert.

W niniejszym przypadku, niewątpliwie, nastąpiło naruszenie podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych, w szczególności zasady uczciwej konkurencji. Zamawiający dokonał wyboru oferty Wykonawcy, który de facto nie przedstawił wyjaśnień rażąco niskiej ceny.

Odwołujący podkreśla, że właściwa ocena wyjaśnień złożonych przez Wykonawcę powinna skutkować odrzuceniem wskazanej oferty, bowiem wyjaśnienia te są ogólnikowe, niekompletne oraz nie odpowiadają wymaganiom wskazanym przez Zamawiającego.

W niniejszym przypadku pismo złożone przez Wykonawcę trudno nawet nazwać „wyjaśnieniami” gdyż w rzeczywistości sprowadza się jedynie do kilku gołosłownych, niczym niepopartych twierdzeń i czym niepopartych kalkulacji.

Z zarzutami omawianymi wcześniej koresponduje zarzut naruszenia art. 16 pkt 1, 2 i 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości, co polegało na pominięciu braku wiarygodnych wyjaśnień oraz dowodów, jakie nie zostały złożone przez ww. Wykonawcę. Skoro Zamawiający żądał złożenia dowodów wraz z wyjaśnieniami, to nie powinien premiować Wykonawcy, który takich dowodów nie dostarczył. Takie preferencyjne traktowanie Wykonawcy odbyło się bowiem z naruszeniem interesu pozostałych wykonawców, w tym Odwołującego.

W świetle wyżej opisanego stanu faktycznego oraz argumentacji prawnej podanej dla uzasadnienia zarzutów, odwołanie jest w pełni uzasadnione i zasługuje na uwzględnienie w całości.

Biorąc pod uwagę powyższe, Odwołujący wniósł jak na wstępie.

W dniu 6 lipca 2023 roku do postępowania odwoławczego zgłosił przystąpienie po stronie Zamawiającego wykonawca: B. J. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą P.U. SOS Barwit B. J. ul. Klemensiewicza 5a/32, 01-318 Warszawa, zwany dalej Przystępującym, wnosząc o oddalenie odwołania.

W treści pisma Przystępujący podtrzymał wyjaśnienia ceny złożone w dniu 20 czerwca 2023 r. Dodał, że w piśmie z 20 czerwca 2023 r. wykazał, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Złożone przez Przystępującego wyjaśnienia zawierały konkretne i szczegółowe dane kosztowe, które uzasadniały wysokość podanej w ofercie ceny. Przystępujący wykonawca wskazał konkretne ceny jednostkowe i koszty w układzie miesięcznym, tj.:

- (i) „liczbę przewidywanych do zatrudnienia pracowników ze wskazaniem wysokości etatu i związanych z tym łącznych kosztów umów o pracę (pkt. A);
- (ii) koszty środków chemicznych wynikających ze średniego ich zużycia na 1m² przy sprzątanii pomieszczeń biurowych, socjalnych, ciągów komunikacyjnych ponoszonych łącznie przez Przystępującego wykonawcę przy realizacji umów w ciągu jednego miesiąca (pkt. B);
- (iii) ceny jednostkowe zawierające koszty robocizny, środków chemicznych, sprzętu oraz zysk firmy w okresie jednego miesiąca przy wykonywaniu prac objętych zamówieniem nr WAG.260.1.2023 - ogłoszenie o zamówieniu nr 2023/BZP 00217517, takich jak : mycie stolarki (pkt. C), pranie wykładzin (pkt. D), mycie lamp (pkt. E), pranie firan i zasłon (pkt. F) mycie kratki wentylacyjnych (pkt. G).

Ponadto, Przystępujący wykonawca wykazał, że jest możliwe wykonanie przedmiotu zamówienia za zaoferowaną cenę bez ponoszenia straty na tym zamówieniu. Przystępujący wykonawca wykazał, że – przy zastosowaniu cen przedstawionych w ofercie oraz wskazanych kosztów – osiągnie miesięczny zysk na poziomie 9,30% (przychód miesięczny 9.063,50 zł – koszty miesięczne 8.218,23 zł) „(...)

„Jednocześnie, załączony - do pisma Przystępującego z dnia 20 czerwca 2023 r. skierowanego do Zamawiającego - kalkulator płacowy potwierdza stosowanie przez Przystępującego wykonawcę wynagrodzenia pracownika w ramach umowy o pracę na poziomie zgodnym z obowiązującymi przepisami. A zatem, brak uzasadnienia także do zarzucenia Przystępującemu, iż koszty płacowe zostały rażąco zaniżone”.

„Odnosząc się do zarzutu Odwołującego, iż w wyjaśnieniach Wykonawcy nie zostały uwzględnione koszty zastępstw na wypadek choroby czy też urlopu oraz iż nie uwzględniono również kosztów Pracownicze Plany Kapitałowe (PPK), Przystępujący znaje powyższy zarzut za bezpodstawny i nieuzasadniony, z uwagi na następujące okoliczności :

- (i) z dotychczasowej praktyki Przystępującego – po wprowadzeniu przepisów o PPK - wynika wyraźnie że wszyscy

zatrudniani pracownicy składają oświadczenia o rezygnacji z przystąpienia do PPK;

(j) odpowiednia organizacja pracy u każdego pracodawcy, świadczącego tożsame lub zbliżone usługi na rzecz różnych podmiotów, pozwala na odpowiednią relokację pracownika w sytuacji choroby czy też urlopu, bez ponoszenia dodatkowych kosztów przez pracodawcę. Taka organizacja funkcjonuje u Przystępującego wykonawcy”.

W dniu 17 lipca 2023 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło pismo Zamawiającego „Odpowiedź na odwołanie” (pismo z dnia 14 lipca 2023 r.), w którym Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Wskazał, że cena Przystępującego jest niewiele niższą niż cena zaoferowana przez Odwołującego, a po odliczeniu kwot określonych jako koszty zastępstw na wypadek choroby czy też urlopu, jest praktycznie taka sama. Ponadto Odwołujący nie przedstawił żadnych regulacji czy też powszechnie przyjętych zasad nakazujących doliczanie do kosztów osobowych jakichkolwiek dodatkowych kosztów związanych z zatrudnieniem pracowników. Odwołujący nie przedstawił również sposobu wyliczenia kwot wskazanych w odwołaniu,

w szczególności dotyczących kosztów chorobowych. Zamawiający dodał, że kwestie dotyczące kwot przyjętych do wyliczenia ceny, stanowiących koszty zatrudnienia pracowników wykonujących przedmiot zamówienia zostały szczegółowo wyjaśnione przez Przystępującego w piśmie z 6 lipca 2023 r.

Podsumowując, Zamawiający stwierdził, że „w realiach niniejszej sprawy Zamawiający – Krajowa Rada Sądownictwa po otrzymaniu wyjaśnień wybranego Wykonawcy – P.U. SOS Barwit B. J. (pismo z dnia 20 czerwca 2023 r.), po analizie otrzymanych wyjaśnień w zestawieniu z pozostałymi ofertami (zwłaszcza oferty Odwołującego – AWIMA spółka jawna B. Wiśniewski, była zatem uprawniona do uznania złożonej oferty jako niezawierającej rażąco niskiej ceny i dokonania wyboru Wykonawcy”.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron oraz Uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń i stanowisk złożonych pisemnie i ustnie do protokołu, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła co następuje:

Izba ustaliła, że Odwołujący przekazał w ustawowym terminie kopię odwołania Zamawiającemu. Izba uznała, że Odwołujący wykazał interes w uzyskaniu zamówienia

oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy.

Izba za skuteczne uznała zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego i dopuściła wykonawcę B. J. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą P.U. SOS Barwit B. J. ul. Klemensiewiczza 5a/32,

01-318 Warszawa, w charakterze Uczestnika postępowania odwoławczego.

Izba ustaliła i zważyła:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła

że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba wskazuje, że rozpoznając zarzuty podniesione w odwołaniu ocenia czynności podjęte przez Zamawiającego, odpowiadając na pytanie czy Zamawiający poprzez wykonanie konkretnych czynności w postępowaniu, lub poprzez zaniechanie czynności, do których wykonania był zobowiązany na podstawie ustawy, naruszył przepisy prawa zamówień publicznych. W analizowanym stanie faktycznym w ocenie Izby, Zamawiający naruszył przepisy prawa zamówień publicznych w zakresie podnoszonym w odwołaniu, ponieważ niezasadnie uznał, że złożone przez Przystępującego wyjaśnienia rażąco niskiej ceny (nieoparte żadnym dowodem) uzasadniają podaną w ofercie cenę.

Odnosząc się do zarzutów naruszenia:

•art. 224 ust. 6 ustawy Pzp w związku z:

a) dokonaniem wadliwej oceny wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny oferty złożonej przez Wykonawcę,

b) błędnym uznaniem, że oferta Wykonawcy nie podlega odrzuceniu, uwzględnia

w cenie wszystkie koszty wymagane treścią SWZ i wynikające z odrębnych przepisów, została obliczona zgodnie z SWZ oraz nie zawiera rażąco niskiej ceny

w stosunku do przedmiotu zamówienia;

c) zaniechaniem odrzucenia oferty Wykonawcy jako oferty, która zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;

•art. 224 ust. 5 ustawy Pzp w związku z błędnym uznaniem, że Wykonawca wykazał i udowodnił, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny;

•art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1, 2 i 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy jako oferty zawierającej rażąco niską cenę, podczas gdy treść udzielonych przez tego Wykonawcę wyjaśnień potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę z przyczyn wskazanych

w uzasadnieniu niniejszego odwołania, w wyniku czego doszło do zaniechania przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie

z zasadami proporcjonalności i przejrzystości,

należy uznać je za zasadne.

Zgodnie z treścią art. 224 ust. 5 ustawy Pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy. Natomiast 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.

Ponadto, stosownie do treści art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Izba podkreśla, że w zakresie możliwości uznania ceny oferty lub jej elementów składowych za rażąco niskie wskazać należy za ugruntowaną linią orzeczniczą Krajowej Izby Odwoławczej i sądów, że za rażąco niską cenę należy uznać taką cenę, która jest niewiarygodna dla wykonania przedmiotu zamówienia i jest całkowicie oderwana od realiów rynkowych. Jednakże ocena tej okoliczności zawsze powinna być dokonana z uwzględnieniem przedmiotu zamówienia, jego specyfiki i towarzyszących mu realiów rynkowych, w oparciu

o dostępne Zamawiającemu informacje, które uzyskał w wyniku przedstawienia przez wezwanego wykonawcę wyjaśnień.

Wraz z wezwaniem przez Zamawiającego wykonawcy, do złożenia wyjaśnień

w zakresie złożonej przez niego ceny lub kosztu powstaje domniemanie, że zaoferowana cena lub koszt są rażąco niskie. Domniemanie to może zostać obalone przez wykonawcę w wyniku złożenia odpowiednich wyjaśnień ceny (art. 224 ust. 5 ustawy Pzp). W ramach złożonych wyjaśnień, Wykonawca winien podać Zamawiającemu wszystkie informacje dotyczące kalkulacji zaoferowanej ceny, w tym informacje dotyczące sposobu kalkulacji, uwarunkowań w jakich dokonywał kalkulacji, szczególnych przesłanek warunkujących przyjęty sposób kalkulacji (jeśli takie zaistniały) oraz innych istotnych elementów mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny, jak np. korzystne upusty, sprzyjające w oparciu o konkretne informacje warunki finansowe, uzyskane specjalne oferty, a dowodzące możliwości zrealizowania zamówienia za zaoferowaną cenę, na poziomie znacznie niższym, niż pozostali wykonawcy ubiegający się o zamówienie. Wyjaśnienia wykonawcy stanowiące informacje w zakresie ceny powinny umożliwić Zamawiającemu podjęcie decyzji, co do przyjęcia bądź odrzucenia oferty.

Podkreślenia wymaga, że informacje dotyczące indywidualnych elementów kalkulacji danej ceny jak również okoliczności, które wpływają na daną kalkulację, Zamawiający uzyskuje od danego wykonawcy w wyniku wezwania do złożenia wyjaśnień w określonym, wskazanym przez Zamawiającego zakresie i terminie. Tym samym wykonawca składający wyjaśnienia Zamawiającemu, winien wskazać wszystkie okoliczności, które stanowiły podstawę dokonanej wyceny. Wyjaśnienia winny być jasne, konkretne, spójne i rzetelne. Winny być adekwatne do przedmiotu zamówienia, uwzględniać jego założenia oraz specyfikę właściwą np. dla danej branży. Ponadto winny wskazywać okoliczności i podstawę obniżenia przez wykonawcę ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia. Tym samym wykonawca składający wyjaśnienia Zamawiającemu, już w ramach swoich wyjaśnień winien wskazać

na te okoliczności, które stanowiły podstawę dokonanej wyceny, bowiem to na wykonawcy spoczywa obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, wynikający

z art. 224 pkt 5 Pzp. W treści tego artykułu, ustawodawca wprowadził odwrócony ciężar dowodu. Oznacza to, że w odniesieniu do oceny wystąpienia ceny rażąco niskiej (lub rażąco niskiego kosztu) to wykonawca musi wykazać (za pomocą wyjaśnień lub stosownych dokumentów), że taka cena nie wystąpiła. Jeżeli wykonawca nie wykaże, że złożona przez niego oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej, jego oferta będzie podlegała odrzuceniu.

Izba podziela stanowisko wypracowane w dotychczasowym orzecznictwie Izby i sądów powszechnych, wskazujące że Izba może ocenić i stwierdzić jedynie czy wyjaśnienia

w przedmiocie elementów zaoferowanej ceny były wystarczające, a ich ocena dokonana przez Zamawiającego prawidłowa. Konsekwencją utrzymywanej wykładni przepisów jest słuszne stanowisko w sprawie, odnoszące się do konieczności odrzucenia oferty, w przypadku

gdy złożone wyjaśnienia cenowe były zbyt niekonkretne, lakoniczne i generalnie

nie wykazywały możliwości zaoferowania przez danego wykonawcę ceny tak niskiej. Mając

na uwadze brzmienie art. 224 ust. 5 ustawy, zachowuje swoją aktualność wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia

30 lipca 2014 r. (sygn. akt XXIII Ga 1293/14), w którym pokreślono znaczenie staranności wykonawcy w składaniu wyjaśnień, a także wskazano

na konieczność uznania, że cena ofertowa jest ceną rażąco niską, w przypadku braku przedstawienia przez wykonawcę takich wyjaśnień, które wykażą że oferowana przezeń cena rażąco niską nie jest.

Podane tezy odnoszące się do wymaganej zawartości i "jakości" wyjaśnień składanych Zamawiającemu zostały sformułowane przez orzecznictwo jeszcze na gruncie uprzednio obowiązujących przepisów. Natomiast w obowiązującym na dzień wszczęcia przedmiotowego postępowania stanie prawnym ustawodawca właściwie przesądził ich słuszność, wprost wskazując w ww. przepisie ustawy, że to wykonawca powinien wykazać Zamawiającemu, że cena jego oferty lub cena istotnej części składowej oferty nie jest rażąco niska, i musi wykazać to na etapie postępowania o udzielenie zamówienia. Tym samym jak najbardziej aktualna i wymagająca podkreślenia jest wyrażana w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej i sądów powszechnych teza o wymaganej staranności wykonawcy w składaniu wyjaśnień ceny, a tym samym ryzyku jakie ponosi wykonawca w przypadku uznania, że wyjaśnienia są niewystarczające do wykazania realnego charakteru jego ceny.

Izba wskazuje, że nie istnieje jeden optymalny i właściwy kształt czy sposób dowodzenia okoliczności związanych z kalkulacją ceny dokonanej przez wykonawcę i sposobu prezentowania okoliczności umożliwiających mu jej zaoferowanie. Sposób wykazania,

że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny zależy od indywidualnych okoliczności sprawy, zwłaszcza w związku z rodzajem podawanych informacji, będzie można ocenić i przyjąć konieczny sposób i stopień uwiarygodnienia podawanych danych. Niewątpliwie można natomiast sformułować jeden generalny postulat, który przy ocenie wyjaśnień wykonawców powinien być bezwzględnie egzekwowany - wyjaśnienia powinny być konkretne, jasne, spójne i adekwatne do danego przedmiotu zamówienia. Stosowanie ogólników traktujących

o doświadczeniu wykonawcy, jego znakomitej organizacji produkcji, optymalizacji kosztów, wdrożeniu niezwykle nowoczesnych i energooszczędnych technologii, posiadaniu wykwalifikowanej acz taniej kadry, korzystnych warunkach finansowych pozyskanych

od dostawców, położeniu siedziby etc... przeważnie nic nie wnosi do sprawy i nie niesie informacji o żadnych możliwych do uchwycenia wartościach ekonomicznych. Jako taka, może być traktowana jedynie jako dopełnienie i tło dla bardziej konkretnych i wymiernych danych podawanych w ramach wyjaśnień, a nie jako ich podstawa czy zasadnicza treść.

Informacje podawane w wyjaśnieniach powinny być więc konkretne, tak aby możliwe było ich przynajmniej przybliżone przełożenie na uchwytne i wymierne wartości ekonomiczne, a także możliwa była ich weryfikacja oraz ocena wiarygodności.

Odnosnie kwestii dotyczącej składanych przez wykonawców wraz z wyjaśnieniami dowodów Izba wskazuje, że z samego braku dowodu nie można jeszcze wywodzić, że cena jest rażąco niska, a w takiej sytuacji przedmiotem oceny pozostają wówczas wyjaśnienia samego wykonawcy. Podkreślenia jednak wymaga fakt, że jeżeli wykonawca powołuje się na właściwe tylko jemu okoliczności powodujące możliwość znacznego obniżenia ceny oferty

(np. upusty dedykowane tylko temu wykonawcy, szczególne oferty jakie uzyskał wykonawca odnośnie świadczonych usług czy realizowanych etc...) i możliwe jest wsparcie tej argumentacji dowodem, to wówczas taki dowód powinien być złożony Zamawiającemu, aby uczynić wyjaśnienia przekonującymi dla Zamawiającego, a jednocześnie pełnymi.

Zaznaczenia wymaga, że o tym czy, dany dowód jest możliwy do uzyskania decydować będzie charakter okoliczności powoływanych przez wykonawcę. Jeżeli są one obiektywnie możliwe do stwierdzenia w postaci zaświadczeń, oświadczeń, ofert, umów i innych informacji wytworzonych przez podmioty niezależne od wykonawcy to wówczas taki dokument będzie miał walor dowodowy, wykraczający poza samą treść wyjaśnień wykonawcy

(np. zaświadczenie o zwolnieniu podmiotowym, uzyskanych upustach od dostawców, i inne wpływające na cenę). Pamiętać należy, że to wykonawca został zobowiązany do wykazania, że oferowana przez niego cena nie jest rażąco niska, tym samym załączenie dowodów

do składanych wyjaśnień odnośnie okoliczności, które nie są zależne od wykonawcy, a które udało mu się pozyskać (wynegocjować, ustalić, wypracować w kontaktach gospodarczych

i innych formach etc...) na potrzeby wyceny danego zamówienia jest w zasadzie niezbędne

i konieczne, aby owo wykazanie realności zaoferowanej ceny było rzeczywiste.

To wykonawca musi wykazać rzeczywistość i realność zaoferowanej ceny w postępowaniu.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt rozpoznawanej sprawy, w ocenie Izby wyjaśnienia ceny Wykonawcy z 20 czerwca 2023 r. w żaden sposób nie potwierdziły,

że zaoferowana cena nie jest rażąco niska, tzn. jest ceną realną.

Biorąc pod uwagę, iż cena zaoferowana przez Przystępującego była niższa o ponad 30% od szacunkowej wartości zamówienia ustalonej przez Zamawiającego przed wszczęciem Postępowania, to w kontekście odwróconego ciężaru dowodowego wyjaśnienia Przystępującego co do możliwości wykonania zamówienia za zaoferowaną cenę, winny być

opracowane w sposób szczegółowy, rzetelny, przy uwzględnieniu należytej staranności w taki sposób, aby rozwiązać wszelkie wątpliwości co do możliwości wykonania przez niego zamówienia za cenę wskazaną w ofercie. W wyjaśnieniach Wykonawca winien również odnieść się do wszystkich kwestii i okoliczności wskazanych przez Zamawiającego w wezwaniu do wyjaśnienia ceny.

Zamawiający w wezwaniu z 15 czerwca 2023 r. do wyjaśnienia ceny wymagał odniesienia się w szczególności do następujących kwestii:

1. zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2020.2207) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie;
2. zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;
3. zgodności z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej;
4. wypełniania obowiązków związanych z powierzaniem wykonania części zamówienia podwykonawcy.

Zamawiający w ww. wezwaniu poinformował wykonawcę, że obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa na wykonawcy oraz, że Zamawiający odrzuci ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dowodami potwierdzi, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Ponadto wskazał, że nie jest wystarczające złożenie jakichkolwiek wyjaśnień. Złożone wyjaśnienia mają być wyczerpujące i przekonujące tak, aby rozwiązać wszelkie wątpliwości Zamawiającego. Wykonawca ma obowiązek przedstawienia konkretnych, obiektywnych czynników, dowodów, kalkulacji, które umożliwiły obniżenie ceny i jednocześnie dających się zweryfikować, w tym wyjaśnić w jakim stopniu te czynniki wpłynęły na obniżenie ceny.

Tymczasem, w odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnienia ceny, Przystępujący złożył pismo z 20 czerwca 2023 r. (niecałe dwie i pół strony) zawierające summaryczne zestawienie kosztów w rozbiciu miesięcznym oraz wydruk rozliczenia wynagrodzenia dla kwoty 3.600,00 zł.

Złożone zestawienie kosztów przedstawia kalkulację własną Przystępującego opartą o niedające się (na podstawie informacji z wyjaśnień) zidentyfikować wartości. W stosunku do każdej pozycji kalkulacji dotyczącej ceny jednostkowej, Przystępujący podał wartość w złotych (jako element cenotwórczy), bez żadnego uzasadnienia na jakiej podstawie przyjął daną wartość, co składa się na podaną kwotę oraz jak Przystępujący ją obliczył.

Powyższe w żaden sposób nie spełnia wymagań Zamawiającego zawartych w wezwaniu do wyjaśnienia ceny, w zakresie wyczerpującego i przekonującego wyjaśnienia ceny, przedstawienia obiektywnych czynników i dowodów, umożliwiających jednoznaczne zweryfikowanie ceny oraz możliwości jej obniżenia. Z podanych wyliczeń nic nie wynika dla możliwości zweryfikowania realności ceny. Co więcej, podczas rozprawy sam Zamawiający oraz Przystępujący nie potrafili wyjaśnić w jaki sposób podane w wyjaśnieniach wartości cenotwórcze przekładają się cenę podaną w ofercie. Zamawiający wręcz przyznał, że nie był w stanie zweryfikować poszczególnych elementów cenotwórczych uznając, że Przystępujący jako profesjonalista obliczył je prawidłowo, podsumowując to założeniem, że trudno uznać aby Przystępujący wykonywał usługę ze stratą.

Należy zauważyć, że już takie stanowisko Zamawiającego stanowi jednoznaczne przyznanie, że Przystępujący złożył wyjaśnienia w sposób niezgodny z wezwaniem, bowiem złożone wyjaśnienia nie pozwoliły na zweryfikowanie poprawności wyliczenia ceny podanej przez Przystępującego.

Izba podkreśla również rozbieżności w ocenie wyjaśnień ceny wynikające ze stanowiska Zamawiającego zaprezentowanego podczas rozprawy oraz w pisemnej Odpowiedzi na odwołanie. Na str. 4 Odpowiedzi na odwołanie (akapit wyboldowany) Zamawiający oświadczył, że dokonał analizy otrzymanych wyjaśnień w zestawieniu z pozostałymi ofertami (zwłaszcza Odwołującego) co uprawniało go do uznania, że cena ta nie jest rażąco nisko, natomiast podczas rozprawy oświadczył, że wyjaśnień tych nie zweryfikował, ponieważ nie potrafił. Podkreślenia wymaga, że wyjaśnienia ceny winny być zweryfikowane w odniesieniu do ceny wykonawcy, który je złożył, a nie do ceny zaoferowanej przez pozostałych wykonawców.

Nie może również zostać pominięte, że przedstawiona kalkulacja dla pozycji F - Pranie firan i zasłon, została obliczona w oparciu o dane, które nie wynikały z treści SWZ (co zostało wyraźnie przyznane przez Zamawiającego

podczas rozprawy). SWZ zakłada dla poz. F – wielkość 450m² natomiast Przystępujący przedstawił kalkulację przyjmując 52 szt. Ta pozycja cenowa również nie została zweryfikowana przez Zamawiającego, a argumentacja podniesiona podczas rozprawy, że Przystępujący najprawdopodobniej podał wartość 52 szt. mając doświadczenie z dotychczas świadczonej usługi, nie może zasługiwać na uwzględnienie.

Powyższe w ocenie Izby stanowi potwierdzenie, że Zamawiający dokonał wadliwej oceny wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny.

W przedstawionej kalkulacji ceny, Przystępujący posłużył się ogólnym zwrotem dla każdej ceny jednostkowej, wskazując, że zawiera ona koszty robocizny, chemii, sprzętu oraz zysk, bez wskazania sposobu w jaki elementy te przekładają się na zaoferowaną cenę. Przystępujący nie przedstawił również żadnych dowodów na potwierdzenia cen zakupu środków chemicznych, materiałów i sprzętu niezbędnych do realizacji zamówienia, które umożliwiłyby wykazanie realności i poprawności kalkulacji ceny.

Jedyną konkretną informacją, która została podana w ofercie Przystępującego jest ta, iż przewiduje on zatrudnienie 3 pracowników na ½ etatu, dla których łącznie miesięczne wynagrodzenie będzie wynosiło 6 474,06 zł oraz zakłada osiągnięcie zysku w wysokości 9.30%.

Należy jednak zauważyć, że na okoliczność zatrudnienia pracowników na umowę o pracę Przystępujący nie przedłożył również żadnego dowodu, np. w postaci umów o pracę. Podczas rozprawy Przystępujący dodał, że nie złożył takiego dowodu, ponieważ jest obecnie wykonawcą usługi sprzątnia u Zamawiającego.

W ocenie Izby, powyższe nie może być wystarczające dla wykazania, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska, i jest ceną realną.

Izba podkreśla, że okoliczność w której Przystępujący jest znany Zamawiającemu jako dotychczasowy wykonawca, nie zwalnia go z obowiązku rzetelnego odniesienia się do wezwania skierowanego przez Zamawiającego i wykazania, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska. Zamawiający ocenia realność zaoferowanej ceny wyłącznie przez pryzmat wyjaśnień udzielonych przez Przystępującego.

Jak słusznie podniósł Odwołujący, ze złożonego zestawienia kosztów nie wynika aby Przystępujący wykazał, że ujął w cenie ogólne koszty przedsiębiorstwa, koszty serwisowania urządzeń, utrzymania i obsługi biura, nadzór nad realizacją zamówienia, transport, badania lekarskie, pranie odzieży roboczej, koszty utrzymania ważności obowiązkowej polisy ubezpieczeniowej oraz innych nieprzewidzianych wydatków. Przystępujący nie wykazał również, że uwzględnił koszty urlopu, zwolnienia lekarskiego czy Pracowniczych Planów Kapitałowych, ani też nie uzasadnił dlaczego ich nie uwzględnił.

Izba podkreśla, że informacje podane przez Przystępującego w zgłoszeniu przystąpienia, a stanowiące dodatkowe wyjaśnienia w zakresie zaoferowanej ceny i kosztów pracowniczych, nie mogły być uwzględnione przez Izbę. Zostały one przekazane już po wyborze oferty najkorzystniejszej, i należy je uznać za spóźnione.

Niezasadne jest również powoływanie się na ich treść przez Zamawiającego w Odpowiedzi na odwołanie, bowiem nie były one znane Zamawiającemu na etapie wyboru oferty.

Reasumując, sposób przedstawienia kalkulacji ceny jest niejasny, nieprecyzyjny, nic co jest istotne dla kalkulacji ceny z niego nie wynika. Co ważne, nie daje możliwości weryfikacji zaoferowanej w ofercie ceny, a sumarycznie nie pozwala matematycznie wyliczyć, co składa się na cenę wskazaną w ofercie. Przystępujący oparł również wyliczenia, na założeniach które nie korespondują z danymi z zawartymi w treści SWZ.

Przystępujący nie sprostał ciężącemu na nim obowiązkowi wykazania, że cena zaoferowana w ofercie nie jest rażąco niska.

Potwierdził się również zarzut naruszenia art. 239 ust. 1 Pzp, poprzez dokonanie wyboru oferty Przystępującego jako oferty najkorzystniejszej, podczas gdy oferta tego wykonawcy podlegała odrzuceniu.

Powyższe potwierdza również, zasadność naruszenia art. 16 pkt 1, 2 i 3 ustawy Pzp, zgodnie z którym Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, przejrzysty i proporcjonalny.

Zasadność zarzutu wzmacnia również stanowisko Zamawiającego zaprezentowane podczas rozprawy, wskazujące na to, że nie weryfikował on poprawności złożonych przez Przystępującego wyjaśnień ceny, opierając się wyłącznie na doświadczeniu z Przystępującym jako dotychczasowym wykonawcą realizującym zamówienie po podobnych cenach, a więc na okolicznościach które nie wynikają z treści złożonych wyjaśnień ceny.

W tych okolicznościach zarzuty odwołania należało uznać za zasadne.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp w zw. z § 5 pkt 1 i 2 b) oraz § 7 ust. 1 pkt 1) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów

w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r.
(Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: