

WYROK

z dnia 1 grudnia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: **Przewodniczący: Piotr Kozłowski**

Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie **28 listopada 2023 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej **13 listopada 2023 r.**

przez wykonawcę **CleanTask K.B., Mników** [„Odwołujący”]

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Kompleksowe sprzątanie budynków i terenów wokół budynków wraz z zielenią i utrzymaniem zimowym terenów TBS „Czynszówka” Sp. z o.o. w Gdyni z podziałem na części* (TBS/2/TP/2023)

prowadzonym przez zamawiającego: **Towarzystwo Budownictwa Społecznego „Czynszówka” sp. z o.o. z siedzibą w Gdyni** [„Zamawiający”]

przy udziale wykonawcy: **Przedsiębiorstwo Usługowe Clean-Bud J.R., H.R., Gdynia** – zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego [„Przystępujący”]

orzeka:

1.Oddala odwołanie.

2.Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Odwołującego i zalicza w poczet tych kosztów kwotę 7500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) **uiszczoną przez niego tytułem wpisu od odwołania.**

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze 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.**

Uzasadnienie

Towarzystwo Budownictwa Społecznego „Czynszówka” sp. z o.o. z siedzibą w Gdyni {dalej: „Zamawiający”} prowadzi na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.) {dalej również: „ustawa pzp”, „ustawa Pzp”, „ppz” lub „Pzp”} w trybie podstawowym postępowanie o udzielenie zamówienia na usługi pn. *Kompleksowe sprzątanie budynków i terenów wokół budynków wraz z zielenią i utrzymaniem zimowym terenów TBS „Czynszówka” Sp. z o.o. w Gdyni z podziałem na części* (TBS/2/TP/2023).

Ogłoszenie o tym zamówieniu 17 października 2023 r. zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 00448321.

Wartość tego zamówienia przekracza nie przekracza progów unijnych.

8 listopada 2023 r. Zamawiający zawiadomił drogą elektroniczną o rozstrzygnięciu powyższego postępowania we wszystkich jego częściach oznaczonych nr od I do VII.

13 listopada 2023 r. CleanTask K.B. z Mnikowa {dalej: „CleanTask” lub „Odwołujący”} wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od powyższej czynności Zamawiającego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp:

- 1.Art. 224 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1 – przez zaniechanie wezwania poszczególnych wykonawców do wyjaśnienia cen złożonych przez nich ofert dla następujących części zamówienia: a) Przedsiębiorstwa Usługowego Clean-Bud J.R., H.R. z Gdyni {dalej: „Clean-Bud” lub „Przystępujący”} – I, II, III, IV, V, VII; b) WIROKO C.O. z Gdyni {dalej: „Wiroko”} – I, II, III, V, VI, VII; c) Fioner M.B. z Szemudu {dalej: „Fioner”} – III i IV – pomimo że ceny te wydają się rażąco niskie stosunku do przedmiotu zamówienia i w świetle zasady przeprowadzania postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji powinny budzić wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego.
- 2.Art. 239 ust. 1 w zw. z art. 224 ust. 1 – przez wybór ofert, które powinny zostać zweryfikowane pod kątem rażąco niskiej ceny w procedurze wyjaśnień.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1.Unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty we wszystkich częściach zamówienia.
- 2.Wezwania powyżej wskazanych wykonawców w powyżej wskazanych częściach do złożenia wyjaśnień cen złożonych ofert.

W ramach uzasadnienia zarzut główny został sprecyzowany przez powołanie się na następujące okoliczności.
{okoliczności faktyczne}

Odwołujący przedstawił [w tabelach załącznika do odwołania] wyniki obliczeń szacunkowych kosztów realizacji zamówienia dla poszczególnych części, w podziale na koszt wynagrodzeń pracowników (tabela nr 2) i pozostałe koszty (tabela nr 4).

Odwołujący zadeklarował, że przy obliczaniu kosztu zatrudnienia uwzględnił liczbę etatów określoną w dokumentach zamówienia przez Zamawiającego oraz minimalnego wynagrodzenia za pracę obowiązującego w 2024 r.

Z kolei zestawienie pozostałych kosztów zostało następująco omówione: (...)

– koszty badań medycyny pracy dla pracowników (w podwyższonej wysokości, gdyż zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia wpisał wymóg wymiany żarówek wymagający korzystania z drabiny, a więc pracownicy będą potrzebowali dodatkowych badań),

– koszty dodatkowych pracowników, zatrudnionych na umowach zlecenie (zamawiający zgodził się aby takie osoby nie były zatrudniane na umowach o pracę) dla 35 dni śnieżnych (ilość tych dni założono na podstawie modelu meteorologicznego – wg modelu w ciągu 17 miesięcy szacowane wystąpienie w Gdyni 35 dni z opadami śniegu. Jednocześnie odwołujący założył odśnieżanie przez osoby dodatkowe przez 2h w takim dniu,

– koszty urlopów to koszt zatrudnienia innych osób w okresie, kiedy oddelegowani pracownicy przebywają na urlopach; założono bardzo konserwatywnie, że każdy z pracowników uzyska prawo do 29 dni urlopu przez 17 miesięcy (wymiar urlopu dla niższego stażu pracy),

– koszt koordynatora to koszt pracy osoby mającej nadzór na prawidłowym realizowaniu zadań przez osoby realizujące bezpośrednio czynności przy utrzymaniu czystości nieruchomości, ustalającej harmonogram poszczególnych prac, wskazanej do kontaktu z zamawiającym, dokonującej zakupów środków czyszczących, uczestniczącej w zapowiadanych i niezapowiadanych kontrolach czystości,

– inne koszty niezbędne do realizacji zamówienia, tj. OC działalności, koszty dostarczania zaopatrzenia (logistyczne), koszty prowadzenia kadr, odzieży ochronnej, zastępstwa chorobowego, środki czystości, paliwo i serwis kosiarek, utrzymanie i konserwacja maszyn do odśnieżania, koszty stałe prowadzenia działalności, mycie maszynowe garaży.

...czas wyłączenia pracownika z pracy na podstawie zwolnienia lekarskiego (przez pierwsze 30 dni w roku pracownik zachowuje tu prawo do wynagrodzenia, będącego kosztem wykonawcy, podczas gdy sam wykonawca nie dysponuje pracownikiem zdolnym realizować zamówienia). W tej pracy ryzyko to jest zwiększone (zmiany temperatur w zimie, zwiększone ryzyko wypadku przy pracy).

Odjęcie sumy kosztów od cen (netto) poszczególnych ofert dało w każdym przypadku ujemny wynik, tj. stratę w następującej wysokości dla danej części : Clean-Bud (I – 26.015,58 zł, II – 2.609,60 zł, III – 31.548,58 zł, IV – 15.776,59 zł, V – 24.768,09 zł, VII – 4.329,09 zł); Wiroko (I – 14.115,58 zł, II – 9.409,60 zł, III – 16.248,58 zł, V – 14.568,09 zł, VI – 587,60 zł, VII – 12.829,09 zł); Fionier (III – 38 440,21 zł, IV – 4.053,73 zł).

Odwołujący skonstatował, że albo wykonawcy będą realizować zamówienie ze stratą, albo zamówienie nie zostanie zrealizowane zgodnie ze wszystkimi wymogami Zamawiającego.

{okoliczności prawne}

Jak podnosi się w literaturze prawa zamówień publicznych, prawodawca w art. 224 ust. 1 pzp użył sformułowania „zamawiający żąda”, przez co zostało uwypuklone, że na zamawiającym spoczywa obowiązek wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień, a nie jedynie taka możliwość. Obowiązek ten powstaje zarówno wtedy, gdy zajdzie samo podejrzenie rażącego zaniżenia ceny, jak i wówczas, gdy zrodzi się obawa co do braku możliwości wykonania zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów.

Podobnie z uzasadnienia wyroku z 31 maja 2016 r. sygn. akt KIO 820/16 [zachowującym aktualność] wynika, że zwroty „wydaje się” czy „budzi wątpliwości zamawiającego” są celowo nieostre, aby dać zamawiającym szerokie możliwości działania, które jednak podlega kontroli w drodze środków ochrony prawnej, dla zapewnienia uczciwej konkurencji w postępowaniu oraz wyboru wykonawcy, który rzeczywiście za cenę oferty może wykonać zamówienie w sposób zgodny z oczekiwaniami i wymogami zamawiającego.

W ocenie Izby, stawiając zarzut zaniechania do wezwania wyjaśnień, Odwołujący powinien chociaż uprawdopodobnić twierdzenie, że zaoferowana przez konkurenta/konkurentów cena lub koszt, lub ich istotne części składowe są rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów (z uzasadnienia wyroku Izby z 24 lipca 2019 r. sygn. akt KIO 1318/19).

{subsumpcja}

W tych okolicznościach Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów, jak na wstępie odwołania, wywodząc, co następuje.

Zaszała druga z przesłanek opisanych w art. 224 ust. 1 pzp, gdyż z przeprowadzonej analizy kosztów wynika, że

ceny ofert tych trzech wykonawców są na tyle niskie, że może to skutkować niemożnością wykonania zamówienia zgodnie z wymaganiami zamawiającego oraz przepisami regulującymi kwestię minimalnego wynagrodzenia za pracę. Przy tego rodzaju wątpliwościach Zamawiający musi zbadać m.in. czy wykonawca planuje realizację zamówienia w sposób zgodny z wymogami określonymi w SWZ, czy w wyjaśnieniach zostaną wskazane wszystkie istotne koszty i wykazana zostanie ich wysokość, wreszcie, czy całość wyjaśnień jest spójna, a przyjęte założenia co do warunków realizacji zamówienia są realne.

W przekonaniu Odwołującego już teraz widoczne jest, iż oferty te we wskazanych częściach zawierają rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W ramach zgłoszenia przystąpienia z 17 listopada 2023 r. Clean-Bud wniósł o oddalenie odwołania, w następujący sposób uzasadniając zajęcie takiego stanowiska.

Podniósł, że błędne jest zarzucanie naruszenia art. 224 ust. 1 pzp przez brak wezwania wykonawców do wyjaśnienia cen ofert w sytuacji, gdy to zdaniem Odwołującego ceny te wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia. Według literalnego brzmienia przepisu art. 224 ust. 1 pzp zamawiający występuje do wykonawcy o wyjaśnienia dotyczące ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych, wyłącznie, gdy na podstawie okoliczności ustalonych w toku postępowania o udzielenie zamówienia poweźmie wątpliwość, że zaproponowana przez wykonawcę cena oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzi wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami zamawiającego.

Jak słusznie przyjmuje się w doktrynie, ustawodawca w powyższym przepisie nie wskazuje wprost na przesłanki, które muszą zaistnieć, aby zamawiający miał obowiązek uznania, że występuje podejrzenie złożenia oferty zawierającej rażąco niską cenę lub koszt, a w konsekwencji wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień. Ustawodawca nie określił precyzyjnie i sztywno przesłanek stosowania tego przepisu, zostawiając tym samym zamawiającemu swobodę w podejmowaniu decyzji. Jak to zostało zaprezentowane w ramach uzasadnienia wyroku Izby z 8 maja 2018 r. sygn. akt KIO 769/18): *Ustalenia zamawiającego w tym zakresie mogą opierać się na różnych okolicznościach, które mogą zostać powzięte w trakcie badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w szczególności dotyczących porównania ceny badanej oferty do: wartości szacunkowej zamówienia, powiększonej o wartość podatku VAT, średnich cen ofert złożonych w danym postępowaniu lub ceny kolejnej oferty złożonej w tym postępowaniu. Żądanie wyjaśnień w celu zbadania, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia stanowi wyłączną kompetencję zamawiającego jako podmiotu, który prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego.* Natomiast w uzasadnieniu wyroku z 29 czerwca 2022 r. sygn. akt: KIO 1543/22 Izba stwierdziła, że użyte w art. 224 ust. 1 Prawa zamówień publicznych sformułowanie „budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia” wskazuje na wrażenie zamawiającego charakteryzujące się dużym stopniem subiektywności. Istotne jest, że przepisy ustawy nie określają żadnych przesłanek uzasadniających konieczność wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w powyższym zakresie. Zamawiający może powziąć wątpliwości w oparciu o szereg czynników, w tym doświadczenie nabyte przy udzielaniu tego rodzaju zamówień, znajomość cen obowiązujących na rynku, ceny innych ofert złożonych w postępowaniu itp.

Przenosząc powyższe na grunt niniejszej sprawy, wywiódł że Zamawiający ma wyłączną kompetencję do dokonania oceny ofert w zakresie tego, czy cena ofert jest rażąco niska. Ocena taka powinna zostać przeprowadzona w oparciu o nieskonkretyzowane przesłanki, którymi mogą być np. posiadane doświadczenie, zestawienie ofert badanych z pozostałymi złożonymi, ale przede wszystkim kwoty, które skłonny jest przeznaczyć na realizację zamówienia. Określając kwoty, które zakłada na realizację zamówienia, Zamawiający niejako ustanowił dla siebie punkt odniesienia do następczego badania ofert pod kątem przepisów art. 224 ustawy pzp. Dla części, w których została wybrana jego oferta, różnica jej ceny w stosunku do kwot założonych przez Zamawiającego wynosi w poszczególnych częściach: I – ok. 2%, IV – ok. 5,5%, V – 0,8%. Przy tak nieznacznych odstępstwach od ustalonych kwot Zamawiający nie mógł uznać, że ceny wygrywającej oferty są rażąco niskie.

Nawet dokonanie dalszych obliczeń, chociażby średniej arytmetycznej wszystkich ofert w odniesieniu do ofert wybranych przez Zamawiającego, oscylują w maksymalnych wartościach 10%. Ustawodawca w kontekście badania rażąco niskiej ceny odnosi się do progu 30 %. Zatem racjonalnie działający Zamawiający nie może zakładać rażąco niskiej ceny przy znacznie niższych wartościach. Takie działania sprawiałoby, że postępowania ulegałyby znacznemu przedłużeniu i w konsekwencji prowadziły do paraliżu działań podmiotów działających w ramach zamówień publicznych.

Na marginesie nadmienię, że ponieważ celem profesjonalnych podmiotów gospodarczych jest uzyskiwanie zysku, trudno zakładać, że trzy profesjonalne podmioty, akurat w przedmiotowym postępowaniu postanowiły wykonywać usługi ze stratą.

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych, a wpis od niego został uiszczony – podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

W toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających Izba nie stwierdziła, aby odwołanie podlegało odrzuceniu

na podstawie przesłanek określonych w art. 528 ustawy pzp i nie zgłaszano w tym zakresie odmiennych wniosków.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania odwoławczego sprawa została skierowana do rozpoznania na rozprawie, podczas której Odwołujący podtrzymał dotychczasowe stanowisko.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

Stwierdził, że prawidłowo i z należytą starannością dokonał oszacowania wartości zamówienia dla każdej z części, w tym uwzględnił w stosunku do aktualnie realizowanego zamówienia wzrost wynagrodzenia minimalnego (na poziomie 19,04%) oraz inflację (na poziomie 6%) [patrz dokument oszacowania zamówienia wraz z tabelarycznym załącznikiem w dokumentacji postępowania]. W rezultacie wartość szacunkowa była o ok. 25% wyższa niż dla poprzedniego zamówienia, które zostało udzielone w listopadzie 2022 r.

Jednocześnie stwierdził, że nie ma wpływu na ceny, jakie zaoferują oferenci w przetargu. Tym niemniej w jego zamawiającego cztery złożone oferty odzwierciedlają sytuację rynkową, a także potwierdzają, że należy dokonać oszacowania, gdyż odbiegają od jego ubruttowionej wysokości w niewielkim zakresie [patrz arkusze analizy rażąco niskiej ceny w dokumentacji postępowania]. Generalnie odchylenia nie są większe niż ok. 5%. Z kolei pomiędzy cenami ofert najniższą i kolejną, różnice te nie przekraczają 1% i cena najniższej oferty w danej części nie odbiega również w większym zakresie niż 1% od ubruttowionej wartości oszacowania zamawiającego.

Podkreślił, że tylko cena oferty CleanTasku odbiega od cen pozostałych ofert w niektórych częściach, co być może wynika z odległości miejsca świadczenia usługi od jego siedziby.

Nadmienił, że jego celem jest należyta jakość świadczonych usług przy jak najniższej cenie, aby uzyskać balans satysfakcjonujący mieszkańców, którzy są beneficjentami rezultatów sprzątania, ale i ponoszą ostatecznie koszty jego wykonywania.

Po przeprowadzeniu rozprawy, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Z art. 505 ust. 1 pzp wynika, że legitymacja do wniesienia odwołania przysługuje wykonawcy, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

W ocenie Izby Odwołujący, który złożył ofertę w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego, wykazał, że ma taki interes, a ponadto, że w związku z objętym zarzutem odwołania zaniechaniem wezwania do wyjaśnień ceny wykonawców, którzy złożyli oferty z cenami niższymi, może ponieść szkodę, gdyż w przeciwnym razie mógłby liczyć na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne:

Po pierwsze, że wartość szacunkowa tego zamówienia, w tym odrębnie dla każdej z jego części, została ustalona przed wszczęciem postępowania z należytą starannością na podstawie poniesionych w okresie poprzednich 12 miesięcy wydatków na świadczenie usług kompleksowego sprzątania tych samych budynków, z uwzględnieniem ich wzrostu o 25% (tj. uwzględniono wskaźnik inflacji na poziomie 6% i wzrost minimalnego wynagrodzenia o 19,4%) [dokument pn. „Ustalenie wartości szacunkowej zamówienia publicznego” z 4 października 2023 r. w dokumentacji prowadzonej przez Zamawiającego].

Po drugie, że podana przed otwarciem kwota przeznaczona na sfinansowanie tego zamówienia [dalej: „ubruttowiona wartość zamówienia”], odrębnie dla każdej części, stanowiła powiększenie oszacowanej wartości zamówienia o kwotę należnego podatku od towarów i usług [pkt 3 protokołu postępowania w dokumentacji prowadzonej przez Zamawiającego]

Po trzecie, że ceny ofert objętych zarzutami odwołania w poszczególnych częściach (oznaczonych numeracją rzymską I-VII) następująco odbiegały od ubruttowionej wartości zamówienia: I – Clen-Bud (-1,95%), Wiroko (+1,32%), II – Wiroko (-16,65%), Clean-Bud (-8,73%), III – Fioner (-8,38%), Clean-Bud (-4,66%), Wiroko (-0,65%) IV – Clean-Bud (-5,56%), Fioner (+2,31%), V – Clean-Bud (-0,77%), Wiroko (+0,71%), VI – Wiroko (-3,46%), VII – Wiroko (-14%), Clean Bud (-6,36%) [dokument pn. „Analiza procentowa do przetargu na sprzątanie 17 m-cy odstępstwa procentowe od kwoty zamówienia” z 4 października 2023 r. w dokumentacji prowadzonej przez Zamawiającego].

Po czwarte, że ceny ofert objętych zarzutami odwołania w poszczególnych częściach (oznaczonych numeracją rzymską I-VII) następująco odbiegały od średniej arytmetycznej wszystkich czterech złożonych ofert: I – Clean-Bud (-9,82%), Wiroko (-6,81%), II – Wiroko (-11,45%), Clean-Bud (-3,03%), III – Fioner (-8,79%), Clean-Bud (-5,09%), Wiroko (+0,2%), IV – Clean-Bud (-9,07%), Fioner (-1,50%), V – Clean-Bud (-6,93%), Wiroko (-5,64%), VI – Wiroko (-8,95%), VII – Wiroko (-9,71%), Clean-Bud (-1,69%) [dokument pn. „Analiza procentowa do przetargu na sprzątanie 17 m-cy odstępstwa procentowe od kwoty zamówienia” z 4 października 2023 r. w dokumentacji prowadzonej przez Zamawiającego].

Po piąte, że powyższe okoliczności należy uznać za niesporne, gdyż wynikają z odzwierciedlającej przebieg

prowadzonego przez Zamawiającego postępowania jawnej dokumentacji, której adekwatność nie była kwestionowana.

Po szóste, że przedstawienie w odwołaniu jedynie wyników obliczeń szacunkowych kosztów realizacji zamówienia dla poszczególnych części, w podziale na koszt wynagrodzeń pracowników (tabela nr 2) i pozostałe koszty (tabela nr 4), wraz z ogólnym omówieniem, nie pozwala nawet na ich zweryfikowanie pod kątem poprawności przeprowadzonych obliczeń.

Po siódme, że przede wszystkim nie została wykazana adekwatność przyjętych założeń wyjściowych do tych obliczeń, gdyż do zamknięcia rozprawy nie zostały złożone w tym zakresie jakiegokolwiek dowody. W konsekwencji nie zostało udowodnione, że obiektywnie rzecz biorąc istnieją wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami wynikającymi z dokumentów tego zamówienia (opisu przedmiotu zamówienia i proponowanych postanowień umowy) lub z odrębnych przepisów.

Po ósme, że przy braku zakwestionowania w odwołaniu adekwatności ustalenia wartości zamówienia oraz przeprowadzonej przez Zamawiającego analizy istnienia podstaw faktycznych do badania cen złożonych ofert jako rażąco niskich w stosunku do przedmiotu zamówienia, nie zostało udowodnione, że Zamawiający wbrew wynikowi tej analizy obiektywnie rzecz biorąc powinien powziąć wątpliwości co do rażąco niskiego charakteru cen ofert sklasyfikowanych przed ofertą CleanTasku w poszczególnych częściach.

Izba stwierdziła, że w tych okolicznościach odwołanie jest niezasadne.

Zgodnie z art. 224 ust. 1 pzp jeżeli zaofferowana 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.

Przy czym według art. 224 ust. 2 pzp w przypadku gdy cena całkowita oferty złożonej w terminie jest niższa o co najmniej 30% od: 1) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia; 2) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania, w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych, zamawiający może zwrócić się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1.

Art. 224 ust. 3 pzp stanowi, że wyjaśnienia, o których mowa w ust. 1, mogą dotyczyć w szczególności: 1) zarządzania procesem produkcji, świadczonych usług lub metody budowy; 2) wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków dostaw, usług albo związanych z realizacją robót budowlanych; 3) oryginalności dostaw, usług lub robót budowlanych oferowanych przez wykonawcę; 4) zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2020 r. poz. 2207) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie; 5) zgodności z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej; 6) zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie; 7) zgodności z przepisami z zakresu ochrony środowiska; 8) wypełniania obowiązków związanych z powierzeniem wykonania części zamówienia podwykonawcy.

Przy czym według art. 224 ust. 4 pzp w przypadku zamówień na roboty budowlane lub usługi zamawiający jest obowiązany żądać wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, co najmniej w zakresie określonym w ust. 3 pkt 4 i 6.

Ponieważ poprzednio obowiązująca ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) {dalej: „popzp”} zawierała zbliżone uregulowania, w przeważającej mierze zachowuje aktualność dorobek doktryny i orzecznictwa wypracowany na tle stosowania poprzednio obowiązujących przepisów.

Z przywołanych powyżej przepisów wynika, że relacja pomiędzy przepisami ust. 1 i 2 art. 224 ustawy pzp jest taka, że ten pierwszy ma charakter nadrzędny, a drugi określa jedynie szczególne przypadki, w których wezwanie do wyjaśnienia ceny ma charakter obligatoryjny (w pkt 1) lub nieobligatoryjny (w pkt 2). Nie oznacza to, że inne okoliczności niż objęte tymi przepisami nie mogą w sposób zobiektywizowany wskazywać na to, że cena lub jej istotne części składowe powinny wydawać się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub wzbudzić wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami opisu przedmiotu zamówienia i warunkami umowy lub wynikającymi z odrębnych przepisów.

W kontekście wykładni przepisu art. 224 ust. 1 ustawy pzp podkreślić należy, że o ile *prima facie* brzmienie tego przepisu jest analogiczne do art. 90 ust. 1 popzp, o tyle zmiana spójnika z „i” na „lub” powoduje, że konieczne jest wystąpienie tylko jednej z dwóch przesłanek o charakterze klauzul generalnych, aby zamawiający był zobligowany

zażądać od wykonawcy wyjaśnienia ceny oferty. *De lege lata* wystarczy zatem, aby zamawiającemu cena lub koszt (względnie ich istotne części składowe) wydały się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia, albo aby wzbudziły jego wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z odpowiednimi wymaganiami. Natomiast nie jest wymagana kumulatywne wystąpienie tych przesłanek, jak to było w poprzednim stanie prawnym.

Jak wywiodła Izba w uzasadnieniu wyroku z 27 lutego 2017 r. sygn. akt KIO 293/17, pierwszą z powyższych przesłanek należy rozpatrywać w kontekście uprawnienia zamawiającego, jednakże takiego, z którego zamawiający nie może korzystać swobodnie i które musi odnosić do danego postępowania o zamówienia w danych realiach rynkowych, stąd nie może „wydawać się” zamawiającemu pozornie, bądź pozornie „nie wydawać się”. Według zbieżnej wykładni zaprezentowanej przez Izbę w uzasadnieniu wyroku z dnia 23 lipca 2020 r. sygn. akt KIO 1277/20, jakkolwiek wspomniana regulacja odwołuje się do „wątpliwości zamawiającego”, istnieje możliwość skutecznego podniesienia zarzutu naruszenia tego przepisu w sytuacji wykazania występowania obiektywnych okoliczności, które zamawiający winien wziąć pod uwagę i w konsekwencji wezwać danego wykonawcę do udzielenia wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu.

Jednakże kluczowe znaczenie w tej sprawie ma to, że zgodnie z art. 555 ustawy pzp (art. 192 ust. 7 popzp) Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Stąd niezależnie od wskazanego w odwołaniu przepisu, którego naruszenie jest zarzucane zamawiającemu, Izba jest uprawniona do oceny prawidłowości zachowania zamawiającego (podjętych lub zaniechanych czynności) jedynie przez pryzmat sprecyzowanych w odwołaniu dla uzasadnienia jego wniesienia okoliczności, przede wszystkim faktycznych, a także, choć w mniejszym stopniu, prawnych. Okoliczności te mają decydujące znaczenie dla ustalenia granic kognicji Izby przy rozpoznaniu sprawy, gdyż konstytuują zarzut podlegający rozpoznaniu. Taka interpretacja tej normy prawnej jest zgodna z linią orzeczniczą konsekwentnie prezentowaną przez Krajową Izbę Odwoławczą i została potwierdzona w orzecznictwie sądów okręgowych, w szczególności w uzasadnieniu wyroku z 25 maja 2012 r. sygn. akt XII Ga 92/12 Sąd Okręgowy w Gdańsku trafnie wywodził, że Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu, przy czym stawianego przez wykonawcę zarzutu nie należy rozpoznawać wyłącznie pod kątem wskazanego przepisu prawa, ale również jako wskazane okoliczności faktyczne, które podważają prawidłowość czynności zamawiającego i mają wpływ na sytuację wykonawcy.

Jak to powyżej ustalono, odwołanie zawiera wybiórczo zaprezentowane okoliczności, które ponadto nie zostały poparte dowodami. Tym samym Odwołujący nie sprostował również spoczywającemu na nim ciężarowi udowodnienia swoich stwierdzeń. Jak wynika bowiem z przepisu art. 534 ust. 1 ustawy pzp, obowiązany był on wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzi skutki prawne. Tymczasem Odwołujący nie był w stanie nawet wykazać, że w tym przypadku określone przez ustawodawcę w art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy pzp kryteria są nieprzydatne dla ustalenia, czy w sposób zobiektywizowany ceny ofert innych wykonawców powinny wydać się rażąco nisko w stosunku do przedmiotu zamówienia lub wzbudzić wątpliwości co do możliwości zrealizowania za nie przedmiotu tego zamówienia. Odwołujący przeszedł bowiem do porządku dziennego nad przeprowadzoną przez Zamawiającego pod kątem tych kryteriów analizą, nawet nie polemizując z jej wynikami.

Mając powyższe na uwadze, Izba – działając na podstawie art. 553 zd. 1 ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 1. sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono – w pkt 2. sentencji – stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 575 pzp w zw. z § 8 ust. 2 pkt 1 zd. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437) – obciążając Odwołującego kosztami tego postępowania, na które złożył się, na zasadzie § 5 ust. 1 rozporządzenia, uiszczony przez niego wpis.