

Sygn. akt: KIO 1637/20

WYROK
z dnia 04.08.2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kawa
Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 04 sierpnia 2020 roku w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15.07.2020 r. przez wykonawcę **"AMLUX" Sp. z o.o, ul. Grójecka 77, 02-094 Warszawa**, w postępowaniu prowadzonym przez **Politechnikę Koszalińską, ul. Śniadeckich 2, 75-453 Koszalin**.

Orzeka

1. Oddala odwołanie
2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego **"AMLUX" Sp. z o.o, i :**
 - a) Zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 15 000,00 (piętnaście tysięcy) złotych uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania
 - b) Zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego kwotę 4 474,00 (cztery tysiące czterysta siedemdziesiąt cztery) złote tytułem zwrotu kosztu wynagrodzenia pełnomocnika i zwrotu kosztu dojazdu na rozprawę.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) na niniejsze orzeczenie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Koszalinie.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Politechnika Koszalińska, ul. Śniadeckich 2, 75-453 Koszalin, zwana dalej „zamawiającym” prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, o wartości zamówienia powyżej kwot określonych na podstawie 11 ust 8 Pzp, na „Świadczenie usług sprzątania obiektów dydaktycznych Politechniki Koszalińskiej przy ul. Śniadeckich 2 i E. Kwiatkowskiego 6e w Koszalinie” - nr sprawy 23/PNOG/SZP-2/2020.

Postępowanie jest prowadzone z zastosowaniem procedury odwróconej w oparciu o przepis art. 24 aa ust. 1 Pzp. Przedmiotowe odwołanie jest wnoszone od czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w zakresie zadania 1 i 3.

W dniu 8 lipca 2020 roku zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu, za którą została uznana oferta złożona przez wykonawcę - Usługi porządkowe R. S. G. i Spółka Sp. J. ul. Spółdzielcza 31/11, 75-205 Koszalin.

Od takiej czynności zamawiającego wykonawca "AMLUX" Sp. z o.o., ul. Grójecka 77, 02-094 Warszawa, dalej zwany „odwołującym” wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

W wniesionym odwołaniu zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1) Art. 90 ust 3 Pzp w zw. z art. 89 ust 1 pkt 4 Pzp oraz art. 90 ust 2 Pzp w zw. z art. 7 ust 1 i ust 3 Pzp poprzez:

a) zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Wykonawcę w sytuacji, gdy Wykonawca złożył nierzetelne, ogólnikowe i lakoniczne wyjaśnienia, a przede wszystkim nie przedstawił dowodów uzasadniających podniesione przez siebie twierdzenia w zakresie ceny i jej istotnych części składowych, a tym samym nie wykazał, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia,

Zamawiający tym samym wbrew dyspozycji art. 90 ust 3 Pzp jedynie formalnie dopełnił procedury wyjaśnień, nie przeprowadzając pogłębionej merytorycznej analizy wyjaśnień złożonych przez Wykonawcę, mimo iż Wykonawca nie udźwignął spoczywającego na nim ciężaru dowodu, a tym samym nie obalił domniemania, że cena oferty jest rażąco niska.

2) Art. 7 ust 1 i ust 3 Pzp w zw. z art. 91 ust 1 Pzp oraz w zw. z art. 2 pkt 5 Pzp poprzez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, co przejawiało się poprzez: wybór jako oferty najkorzystniejszej oferty podlegającej odrzuceniu z uwagi na fakt, iż wykonawca nie obalił domniemania prawnego, iż oferta zawiera rażąco niską cenę.

Mając na uwadze powyższe wniósł o:

1. Uwzględnienie odwołania w całości,

2. Nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności polegającej na wyborze oferty Wykonawcy jako oferty najkorzystniejszej;
3. Nakazanie zamawiającemu dokonania ponownej oceny ofert i wyborze oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej;
4. Obciążenie kosztami postępowania odwoławczego zamawiającego, w tym zasądzenie na rzecz odwołującego kosztów zastępstwa przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Odnosząc się do treści podniesionych zarzutów wskazał na fakt, że zamawiający po analizie cen złożonych ofert, pismem z dnia 30.06.2020 roku wezwał wykonawcę, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą do złożenia wyjaśnień, podając między innymi iż powodem takiego wezwania jest kwestią, że cena oferty w zadaniu 1 jest niższa o 46%, a w zadaniu 3 o 48%. Wykonawca złożył wyjaśnienia pismami z dnia 1 i 2 lipca 2020 roku. Odwołujący odnosząc się do treści wyjaśnień podał, że wyjaśnienia złożone przez Wykonawcę są nierzetelne, ogólnikowe i lakoniczne, w tym - ze względu na poziom ogólności - odnoszą się nie tylko do postępowania prowadzonego aktualnie przez zamawiającego ale i do innych postępowań i relacji biznesowych Wykonawcy. Wobec powyższego zamawiający nie był uprawniony przyjąć na ich podstawie, że zaoferowana przez Wykonawcę w tym postępowaniu cena ma charakter rynkowy.

Zgodnie z deklaracją Wykonawcy zawartą w treści pisma z dnia 01.07.2020 r. (pierwsze ze złożonych wyjaśnień) ceny jednostkowe skalkulowane zostały z uwzględnieniem wszelkich kosztów wykonania zadań w tym także wynagrodzeń pracowników zgodnie z przepisami o „najniższym wynagrodzeniu”, przepisami podatkowymi oraz składkami ZUS.

Wykonawca podniósł, iż posiada wyjątkowo sprzyjające warunki wykonania zamówienia po niskich kosztach własnych. Jako uzasadnienie powyższego wskazał na fakt zatrudniania tylko osób fizycznych, oraz zastanawiający w ocenie Odwołującego fakt, iż kierowanie, nadzór, prace administracyjno-biurowe wykonują wspólnicy Wykonawcy. Ponadto zgodnie z wyjaśnieniami przeglądy i konserwację w większości Wykonawca wykonuje we własnym zakresie. W treści wyjaśnień znajduje się ponadto oświadczenie w myśl którego wspólnicy mają swoje źródła utrzymania, niezbędny i nawet nieograniczony czas na prowadzenie spółki, przy jednoczesnym braku nastawienia na duży zysk.

Wykonawca powołuje się również na rozbudowaną i korzystną dla niego ekonomicznie współpracę z jego kontrahentami i wynikającą z niej możliwość uzyskania dużych zniżek cen na środki czystości, materiały i usługi. Pismem z dnia 01.07.2020 r. Wykonawca wskazał niezwykle lakonicznie na wartości poszczególnych kosztów, bez zadania sobie trudu wskazania jakie elementy brał pod uwagę podczas opracowywania wyjaśnień. Każda ze wskazanych pozycji zestawienia jest określona wartością brutto bez wskazania co się na nią

składa, co powoduje że takie zestawienie traktować należy jako stworzone jedynie dla celów dopasowania go do ceny wskazanej w ofercie wykonawcy.

Niezwykle istotne w niniejszej sprawie jest to, iż wykonawca sam w treści swoich wyjaśnień przyznał że istnieje szereg czynności, koniecznych dla prawidłowego wykonania przedmiotu umowy, których nie skalkulował ani do swojej oferty ani też udzielając Zamawiającemu wyjaśnień. Podkreślił, że mając na uwadze utrwalone w polskim orzecznictwie zasady dotyczące wyjaśnień rażąco niskiej ceny, wskazać należy, że od wykonawcy oczekiwać należało przedstawienia szczegółowych kalkulacji ceny popartej dowodami wskazującymi na rynkowy charakter kosztów i poprawność przyjętych założeń na potrzeby jej dokonania. Samo wskazanie na rzekome możliwości wynikające z unikalnych metod działania wykonawcy nie spełnia wymogów stawianych wyjaśnieniom z art. 90 ust 1 Pzp wskazanych na wstępie. Wykonawca powinien ponadto udowodnić że przedstawiane przez niego założenia przekładają się na konkretną wartość liczbową, tj. na wysokość oszczędności jakie z tego tytułu udało się osiągnąć Wykonawcy, czego zupełnie jest brak w jego pismach.

Podkreślił, że obowiązkiem wykonawcy było udowodnić jakie prace wykonują wspólnicy i jakiego rzędu korzyści oferują tego rodzaju rozwiązania. Podobnie winien postąpić w odniesieniu do kwestii przeglądów i konserwacji jakie wykonawca wykonuje we własnym zakresie. Obowiązkiem wykonawcy było obliczyć koszty takich przeglądów i wykazać w sposób precyzyjny, jaki jest ich udział w jego ofercie. Wykonana w tym zakresie praca musi być w ofercie kalkulowana nawet jeśli wykonywana jest samodzielnie przez Wykonawcę. Równie istotnym co zastanawiającym w ocenie odwołującego jest rzekomo generująca oszczędność Wykonawcy okoliczność, iż jego wspólnicy dysponują swoimi źródłami utrzymania i niezbędnym nieograniczonym jak wskazuje wykonawca czasem, który poświęcają na prowadzenie spółki. Kolejną kwestią, która nie została przez wykonawcę udowodniona jest ta traktująca o rzekomej wieloletniej współpracy z dostawcami środków czystości, materiałów i usług która gwarantuje ponoć otrzymywanie przez wykonawcę dużych zniżek cen. Tak zdecydowane oświadczenia w ocenie odwołującego można bardzo prosto udowodnić pokazując chociażby zestawienia cenowe, faktury dokonywanych cyklicznie zakupów, czy nawet dokumenty wskazujące na wartość otrzymanych upustów cenowych. Odwołujący wskazują ponadto, iż nawet fakt współpracy z dostawcami nie został w żaden sposób udowodniony.

Odnosząc się do zarzutu niewłaściwego wyboru przez zamawiającego najkorzystniejszej oferty w postępowaniu podniósł, że w przekonaniu odwołującego oferowana przez wykonawcę cena uniemożliwia realizację przedmiotu zamówienia w sposób prawidłowy, a tym samym w sposób znaczący zagraża jakości takiej realizacji. Zarzucił, że zamawiający, jako gospodarz postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie

wykazał się oczekiwaną od niego rzetelnością, skrupulatnością, nie wykonał czynności do których był zobligowany i dopuścił się tym samym naruszenia obowiązujących zasad Pzp.

Podkreślenia zdaniem Izby wymaga także kwestia, że odwołujący na poparcie swoich twierdzeń przywołał kilkanaście orzeczeń sądów, KIO jak i stanowiska Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie wniósł o oddalenie odwołania jako niezasadnego. Uzasadniając swoje stanowisko co do wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu oraz odnosząc się do treści zarzutów odwołania podał, że zamawiający już na etapie przygotowania procedur dokonał starannego oszacowania wartości zamówienia. Podczas szacowania analizował realizację usług przez ostatnie trzy lata, wyniki postępowania prowadzonego na te same zadania w roku 2017, zmiany wynagrodzenia minimalnego wprowadzane w tym okresie oraz wskaźnik zmiany cen publikowany przez GUS. Uwzględnione czynniki doprowadziły zamawiającego do wyniku 4 065 507,38 zł brutto wobec 3 604 287,03 zł brutto w roku 2017. W postępowaniu z roku 2017 w wyniku procedur uzyskał cenę za usługę niższą niż szacowana wartość zamówienia o ponad 100 tys. zł. Zamawiający dokonał porównania wszystkich ofert oraz uwzględnił swoje wieloletnie doświadczenie w prowadzeniu zamówień na tego typu usługi. Oszacował też zmiany cen rynkowych w segmencie usług porządkowych. W trakcie porównania siedmiu ofert, które wpłynęły na to postępowanie, zaskakująca była zdaniem zamawiającego niezwykle duża rozbieżność proponowanych cen. Zaproponowane ceny są w przedziale Od 80% do 270% szacowanej wartości zamówienia i od 52% do 180% średniej ceny złożonych ofert. Przy czym tylko jedna oferta mieści się w wysokości środków przeznaczonych na zamówienie. Natomiast oferta odwołującego opiewa na 125% wartości szacunkowej. Taka duża rozpiętość cen, w której dwie oferty przekraczają 200% wartości zamówienia spowodowała, w sposób oczywisty, dużą wartość ceny średniej, w odniesieniu do której ocenia się, czy wśród ofert nie znajdują się takie, które mają rażąco niską cenę. Efekt rozpiętości cen na całym zamówieniu i efekt uśrednienia, przeniósł się na poszczególne zadania zamówienia.

Odnosząc się do zarzutu odwołującego w zakresie rażąco niskiej ceny podał, że odwołujący kwestionuje osobisty wkład pracy wspólników z powodu braku oszacowania tej pracy na konkretne kwoty. Prowadzenie spółki osobowej, prowadzenie spraw spółki, kwestie wynagrodzenia wspólników oraz udział w zyskach przekracza ramy tego postępowania. Wybrany wykonawca wyjaśnia, po pierwsze, że wspólnik S. G. jest inżynierem mechanikiem i przeglądy i naprawy urządzeń używanych przy sprzątnianiu wykonuje we własnym zakresie, po drugie, obaj wspólnicy pobierają świadczenie emerytalne, przez co drugi wspólnik A. R. bez ograniczeń czasowych prowadzi sprawy spółki. W odniesieniu do tej sytuacji osobisty wkład pracy wspólników winien być potraktowany jako oszczędności w wykonaniu zlecenia, które w sposób bezpośredni przekładają się na cenę oferty. Zamawiający podczas analizy

ofert kierował się własną wiedzą o rynku tego typu usług oraz wyjaśnieniami wykonawcy w sprawie niskiej ceny. Odwołujący twierdzi, że niezależnie od sposobu wykonywania usługi, wartość wszystkich czynności powinna być wyceniona i umieszczona w kalkulacji. W ten sposób, jego zdaniem, powinno uwzględnąć się w cenie również prace administracyjne, czy konserwatorskie urzędzeń, które wykonują wspólnicy, niezależnie od tego czy zlecają to odpłatnie wyspecjalizowanym firmom (pracownikom) czy wykonują samodzielnie. Zdaniem Zamawiającego takie twierdzenie jest nieuprawnione.

Zamawiający uznał wyjaśnienia wykonawcy za wystarczające mimo, że wspólnicy w cenie nie uwzględnili swojej pracy zakładając, że ich korzyścią jest zysk wypracowany przez firmę i ewentualny jego udział. Taki model jest możliwy i działający w praktyce, ponadto sprawdzający się w ramach trzyletniego kontraktu z tą firmą realizującą zamówienie dla zamawiającego. Przy takiej formule, dla przebiegu postępowania nie ma znaczenia jakie inne źródła dochodu mają wspólnicy, czego udowodnienie postuluje odwołujący.

Analiza ofert bardzo wyraźnie pokazuje jak odległość siedziby wykonawców wpływa na oferowaną cenę. Wykonawcy – tak jak odwołujący, którzy nie mają swoich oddziałów w Koszalinie, w oczywisty sposób muszą ponosić większe koszty na zatrudnienie, wyposażenie w urzędzenia i narzędzia, środki transportu oraz organizację pracy. Przykładem może tu być odwołujący, który w kwietniu i czerwcu 2020 roku, a więc pod potrzeby niniejszego zamówienia, podjął próbę zorganizowania zespołu w Koszalinie, dając ogłoszenia o chęci zatrudnienia na umowę zlecenie osób do sprzątających grup mobilnych. W takiej sytuacji oczywistym jest, że przedsiębiorca funkcjonujący na miejscu, posiadający zorganizowaną grupę pracowników, już wyposażony w sprzęt i od kilku lat zorganizowaną działalnością, będzie o wiele bardziej konkurencyjny w kosztach w stosunku do firm, które dopiero zamierzają się zorganizować na danym rynku, w wyniku otrzymania zamówienia.

Zauważył także, iż wszystkie oferty poza wybraną znacznie przekraczają szacunkową wartość zamówienia, a więc nie mogą zatem być przyjęte przez zamawiającego, z powodu przekroczenia kwoty na wykonanie tego zamówienia. Najniższa cena, mieszcząca się jednocześnie w wartości zamówienia uwzględnia również fakt, że zakres i organizacja usługi zostały zmniejszone w stosunku do zamówienia z 2017 roku, raz ze względu na zmniejszającą się liczbę studentów, jak również okoliczności związane z COVID-19, który powoduje zmniejszoną liczbę zajęć prowadzonych bezpośrednio ze studentami. W ostatnim okresie systematycznie zmniejszono częstotliwość sprzątania pomieszczeń lub okresowo wyłączano fragmenty nieruchomości z usługi utrzymywania porządku.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając odwołanie na rozprawie i uwzględniając dokumentację z tego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz

stanowiska stron przedstawione na piśmie i ustnie w trakcie rozprawy uznała, iż odwołanie okazało się niezasadne i nie mogło zostać uwzględnione.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp. Odwołujący wnosząc przedmiotowe odwołanie, wykazał spełnianie przesłanek posiadania interesu o których mowa w art. 179 ust.1 Pzp.

Na wstępie Izba uznaje za zasadne przypomnienie, że postępowanie odwoławcze służy do zbadania poprawności czynności i zaniechań zamawiającego w zakresie wyznaczonym podniesionymi zarzutami, ocenianymi przez pryzmat wymagań stawianych w postępowaniu o zamówienie publiczne i z uwzględnieniem instrumentów, jakie zamawiający przewidział w nim dla zbadania ofert.

Skład orzekający Izby rozpoznając sprawę uwzględnił akta sprawy odwoławczej w skład których zgodnie z par. 8 ust. 1 rozporządzenia z Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2018 roku w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. z 2018 r. poz. 1092 ze zm.) wchodzi odwołanie wraz z załącznikami oraz dokumentacja postępowania w postaci elektronicznej, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma przekazywane przez Izbę w związku z wniesionym odwołaniem. Rozpoznanie odwołania nastąpiło w granicach podniesionych przez odwołującego zarzutów. Dodać należy, że zamawiający zastosował do oceny ofert procedurę odwróconą przewidzianą w art. 24aa ust.1 Pzp.

Zgodnie z treścią art. 89 ust 1 pkt 4 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeśli zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Mając na względzie cel przedmiotowej regulacji wydaje się, że za ofertę z rażąco niską ceną można uznać ofertę z ceną niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień. Oznacza to cenę znacząco odbiegającą od cen przyjętych przez innych wykonawców, wskazującą na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów świadczenia usług. Przyczyną wyraźnie niższej ceny od innych ofert może być albo świadome działanie wykonawcy, co grozi nienależytym wykonaniem lub niewykonaniem zamówienia w przyszłości, bądź celowym działaniem wykonawcy zmierzającym do przejęcia określonej gałęzi rynku. Cena rażąco niska oferty wynika w szczególności ze złożenia oferty zawierająca cenę nierealną z punktu widzenia logiki, doświadczenia życiowego oraz racjonalnego prowadzenia działalności gospodarczej (podob. wyrok KIO 1391/20 z dnia 24 lipca 2020 roku).

Wskazać należy, że pomimo tego, iż w wyniku nowelizacji Pzp w 2016 roku obowiązek dowodowy w zakresie zaoferowanej ceny został przesunięty na wykonawcę, który winien wykazać, iż wybrana oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. W przedmiotowej sytuacji

w związku z brakiem przystąpienia do postępowania wykonawcy, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą w postępowaniu, to ciężar dowodowy obciążał zamawiającego.

Jednakże zauważyć należy, że zgodnie przepisem art. 180 ust 3 Pzp to na wykonawcy wnoszącym odwołanie spoczywa ciężar wykazania i uwiarygodnienia okoliczności mających uzasadniać podniesione w odwołaniu zarzuty. Izba stoi na stanowisku, że samo podniesienie zarzutu rażąco niskiej ceny nie jest wystarczające, dla uwzględnienia zarzutu, lecz należy szczegółowo wskazać, jakie koszty rodzajowe są kwestionowane oraz wskazać dowodowo fakty je uzasadniające. Również wskazywanie na niektóre orzecznictwo KIO w zakresie rażąco niskiej ceny, nie może być uznane za element przesadzający o słuszności podniesionych zarzutów. Każda sprawa jest rozpatrywana biorąc pod uwagę stan faktyczny, indywidualną ocenę oferty wykonawcy wraz z wyjaśnieniami i przedłożony Izbie materiał dowodowy.

Izba wskazuje, że w zakresie zarzutów podnoszonych w odwołaniu- w szczególności odnoszących się do rażąco niskiej ceny oferty, należy rozróżnić potrzebę uwiarygodnienia podnoszonego zarzutu od ciężaru dowodowego wykazania, że zaoferowana w ofercie cena nie jest rażąco niska. Otóż nie jest wystarczające wskazanie ogólnikowe w odwołaniu tylko zarzutu rażąco niskiej ceny oferty, ale niezbędne jest wykazanie poprzez opis stanu faktycznego i dokonane wyliczenia, że podniesiony zarzut jest uprawdopodobniony.

W przedmiotowym stanie faktycznym odwołujący oprócz wskazania hasłowo kilku elementów, które winny być zawarte w cenie za wykonanie zamówienia nie przytoczył opisu stanu faktycznego w jakich ma być wykonywane to zamówienie. Również nie przedłożył jakichkolwiek dowodów w tym zakresie, a w szczególności dokonania wyliczeń jak według obiektywnej sytuacji rynkowej winna w tym zakresie kształtować się cena poszczególnego elementu oferty i o ile tym samym oferta wybranego wykonawcy jest niedoszacowana.

Powyższe stanowisko Izby znajduje oparcie w orzecznictwie sądów okręgowych i tak np. w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 5 listopada 2018 r. XXIII Ga 423/18, sąd wskazał, że *„Na ofercie spoczywa ciężar wykazania, że jego oferta nie zawiera nie zawiera rażąco niskiej ceny. Odwrócony w ramach oceny zaoferowanej ceny ciężar dowodu nie zwalnia jednak strony kwestionującej realność ceny konkurenta i jego wyjaśnienia ceny od obowiązku wykazania i udowodnienia okoliczności, które czyni podstawą swoich zarzutów. Skarżący zaproponował ogólne twierdzenia, natomiast powinien przedstawić materiał dowodowy, z którego będzie wynikać, że oferta zawierała rażąco niską cenę, a zamawiający błędnie ją ocenił”*.

Podkreślenia wymaga fakt, że zgodnie z art. 180 ust. 3 Pzp w treści odwołania należy zawrzeć m.in. wskazanie czynność lub zaniechania czynności zamawiającego, która doprowadziła do naruszania ustawy, związane przedstawienie zarzutów. W odwołaniu należy też określić żądanie oraz wskazać okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie

odwołania. Przywołany przepis znajduje rozwinięcie w § 4 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 22.03.2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz.U. 2020 poz. 1296). W szczególności zgodnie z pkt 8 §4 ww. rozporządzenia odwołanie winno zawierać: *wskazanie okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania oraz dowodów na poparcie przytoczonych okoliczności*. Powyższe stanowi element wymogu formalnego wobec treści odwołania i postawionych w nim zarzutów. Odwołujący przedłożył jako dowód na rażąco niską cenę (na rozprawie) wykaz 6 orzeczeń KIO, w tym w całości wyrok o sygn. KIO 2454/19.

Przechodząc do oceny dalszych podnoszonych w odwołaniu kwestii wskazać należy, że zamawiający wezwał wykonawcę do złożenia wyjaśnień i takie wyjaśnienia w pismach z daty 1 i 2 lipca 2020 roku uzyskał. Izba odnosząc się do treści wyjaśnień nie ukrywa, że złożonych wyjaśnień nie można określić jako ideał przyjmując, że są konkretne, jasne i spójne, jednakże wyjaśnienia jako złożone podlegają ocenie Izby. Zdaniem Izby wskazać należy, po pierwsze, że przedmiotowe zamówienie należy do bardzo prostych zamówień, gdyż jego realizacja opiera się na codziennym wykonywaniu takich samych czynności polegających na sprzątaniu określonych powierzchni, a po drugie oceny wyjaśnień należy dokonać przez pryzmat treści wezwania zamawiającego. Podkreślić należy, że zamawiający nie powinien, co do zasady, obarczać wykonawcy negatywnymi konsekwencjami w postaci odrzucenia oferty, skoro nie sprecyzował stopnia szczegółowości wyjaśnień, jakich oczekuje. Stanowisko Izby znajduje aprobatę także w orzecznictwie KIO (np. wyrok KIO z dnia 24 lipca 2017 r., sygn. akt: KIO 1395/17, wyrok KIO z dnia 23 lutego 2017 r., sygn. akt: KIO 289/17), w których wskazano, że nie podziela się zapatrywania, jakoby wezwanie do złożenia wyjaśnień ograniczające się wyłącznie do przytoczenia przepisu art. 90 ust. 1 Pzp rodziło po stronie wykonawcy obowiązek wyjaśnienia bliżej nieokreślonych aspektów, które wywarły wpływ na skalkulowanie ceny jego oferty. Izba podziela pogląd, że na ile jest to możliwe, to wezwanie zamawiającego winno zawierać konkretne pytania do wykonawcy, aby ten miał świadomość wątpliwości, jakie wzbudziła w zamawiającym jego cena ofertowa. Treść wezwania powinna wykonawcy pozwolić na dobór odpowiedniej argumentacji i ewentualnie dowodów, które łącznie pozwolą przekonać zamawiającego o braku podstaw do odrzucenia oferty z uwagi na rażąco niską cenę lub koszt. W przedmiotowej sprawie zamawiający dokonał prostego przeniesienia do treści wezwania brzmienia przepisu art. 90 ust.1 Pzp bez jakiegokolwiek odniesienia wskazanych w tym przepisie hasłowo elementów, do specyfiki przedmiotu zamówienia i ewentualnej potrzeby uzasadnienia pewnych elementów cenotwórczych.

Podkreślić należy nadto, że aby zamawiający mógł dokonać odrzucenia oferty z powodu rażąco niskiej ceny to muszą zaistnieć przesłanki z art. 90 ust. 3 Pzp tj. wezwany wykonawca nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena złożonych wyjaśnień

potwierdziła, że oferta zwiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Nadto dokonując oceny złożonych wyjaśnień, zamawiający winien mieć na względzie okoliczność, iż może dokonać odrzucenia oferty jedynie w sytuacji, gdy w sposób nie budzący wątpliwości ustalił, że jest ona dotknięta nieusuwalną wadą, czyli zaoferowana cena jest tak niska, że za przychód od zamawiającego wykonawca nie będzie w stanie wykonać zamówienia.

Odwołujący kwestionując złożone wyjaśnienia wskazał na potrzebę odrzucenia oferty wykonawcy z powodu nie załączenia dowodów do złożonych wyjaśnień zgodnie z treścią wezwania do złożenia wyjaśnień. Izba uznała powyższy zarzut za niezasadny. Z żadnego przepisu Pzp nie da się wywieść możliwości odrzucenia oferty wykonawcy z powodu nie załączenia do złożonych wyjaśnień dowodów. W świetle brzmienia ustawy Pzp nie ma kategorię obowiązkowego przedstawiania dowodów na okoliczność poprawności kalkulacji ceny przez wykonawcę. Niewątpliwie brak dowodów osłabia argumentację wykonawcy w zakresie wyjaśnienia przesłanek ustalenia ceny oferty, na wskazanym w ofercie poziomie. Wykonawca wezwany do wyjaśnienia wysokości ceny oferty może przedłożyć dowody na poparcie swoich twierdzeń, jednakże brak dowodów nie deprecjonuje udzielonych wyjaśnień (por. wyrok KIO z dnia 18 lipca 2014 r. sygn. KIO 1396/14).

Odnosząc się do kolejnego zarzutu odwołania, iż wykonawca nie wycenił i wskazał jako kosztu pracy wspólników spółki jawnej, w szczególności polegającego na prowadzeniu spraw spółki oraz wykonywania napraw sprzętu używanego do sprzątnięcia, Izba uznała, że powyższą okoliczność stanowi niewątpliwie okoliczność mającą wpływ na oszczędność metody wykonania zamówienia. Niezasadne jest oczekiwanie, iż praca wspólników spółki jawnej będzie wyceniona jak praca osób zatrudnionych. Wskazać należy, że stosownie do art. 39 § 1 Ksh każdy wspólnik spółki jawnej jest uprawniony i jednocześnie zobowiązany do prowadzenia spraw spółki, a zgodnie z art. 46 Ksh za prowadzenie spraw spółki wspólnik nie otrzymuje wynagrodzenia. Wobec tego wspólnik spółki jawnej nie może zawrzeć ze spółką umowy o pracę, której przedmiotem byłoby prowadzenie spraw spółki. Taka osoba bierze udział w podziale zysku spółki i to stanowi dla niej ekwiwalent za wykonywane czynności na rzecz spółki.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia i rozważania Izba uznała zarzuty odwołania za niezasadne. Wskazać należy, że brak było podstaw do odrzucenia oferty, gdyż niewątpliwie wykonawca złożył wyjaśnienia z których zamawiający wywiódł, że pokrywają koszty wykonania zamówienia. Odwołujący w żadnym z podnoszonych zarzutów nie wykazał, że cena oferty jest rażąco niska, tak niska, że skutkuje to brakiem możliwości wykonania zamówienia. Zauważyć należy, że za rażąco niską cenę należy uznawać cenę nierealną, nieadekwatną do rzeczywistego zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, zakładającą wykonanie zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów.

Bezwzględna granicą dozwolonej ale niskiej - w odróżnieniu do rażąco niskiej ceny, musi tu być zatem najniższy możliwy koszt wykonania przedmiotowego zamówienia, zgodnie z požądanymi przez zamawiającego warunkami.

Wskazać należy także na kwestię, że wykonawca podał zakładany zysk z wykonywania zamówienia z każdej części w wysokości 1000,00 złotych miesięcznie, co daje w okresie trzyletnim kwotę 72 tys. złotych. Niewątpliwym jest, że planowana kwota zysku może być przeznaczona na pokrycie innych kosztów nieprzewidzianych w kalkulacji. Izba nie zgadza się ze stanowiskiem odwołującego, że biorąc pod uwagę, iż działalność gospodarcza winna być prowadzona w celu osiągnięcia zysku to sytuacja, kiedy ten zysk nie występuje lub jest minimalny, to wskazuje to także na rażąco niską cenę ofertową. Izba uznaje, że kwestia osiągnięcia lub nie zysku, nie jest elementem decydującym o rażąco niskiej cenie. Istotne jest, aby przychód od zamawiającego z tytułu wykonywania zamówienia pokrył koszty jego wykonywania.

Niezasadny jest także zarzut dotyczący naruszenia przepisu art. 7 ust.1 i 3 Pzp. Przepis art. 7 ust. 1 ustawy Pzp wprowadza zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Zasada równego traktowania wykonawców oznacza jednakowe traktowanie wykonawców na każdym etapie postępowania, bez stosowania przywilejów, ale także środków dyskryminujących wykonawców ze względu na ich właściwości. Jej przestrzeganie polega na stosowaniu jednej miary do wszystkich wykonawców znajdujących się w tej samej lub podobnej sytuacji, nie zaś na jednakowej ocenie wykonawców. Odwołujący w żaden sposób nie wykazał, że jego oferta została oceniona inaczej niż oferty innych wykonawców w tym oferta uznana za najkorzystniejszą. W sprawie nie mogło dojść do naruszenia art. 7 ust.3 Pzp, gdyż przepis ten dotyczy zawarcia umowy z wykonawcą o wykonanie zamówienia, co na tym etapie sprawy nie miało miejsca w tym postępowaniu.

Izba uznała, że pomimo iż ciężar dowodowy w zakresie wyjaśnienia podstaw kalkulacji ceny i wykazania, że zaoferowana cena nie jest rażąco niską to w stosunku do odwołującego podać należy, że nie uwiarygodnił zasadności podnoszonych zarzutów. Przedstawienie przez stronę dowodu w celu wykazania określonych twierdzeń o faktach, z których wywodzi dla siebie korzystne skutki, jest nie tyle jej prawem co obowiązkiem procesowym, zagwarantowanym przepisami prawa, przede wszystkim w jej własnym interesie. To interes strony nakazuje jej podjąć wszelkie czynności procesowe w celu udowodnienia faktów, z których wywodzi korzystne skutki prawne. Izba uznała, że odwołujący podniósł zarzut rażąco niskiej ceny na dużym poziomie ogólności wykazania stanu faktycznego, a to przy braku złożenia jakichkolwiek dowodów w tym zakresie nie mogło skutkować uwzględnieniem odwołania. Aby Izba mogła oprzeć orzeczenie na złożonych dowodach to dowody te muszą być pewne i kategoryczne - wyrok SO w Wrocławiu z 6 lutego 2018 roku Sygn. akt XI Ga 692/17.

Zgodnie z art. 190 ust. 1 ustawy Pzp strony są obowiązane wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą toczy się z uwzględnieniem zasady kontrydiktoryjności, zatem to strony obowiązane są przedstawiać dowody, a Krajowa Izba Odwoławcza nie ma obowiązku wymuszania ani zastępowania stron w jego wypełnianiu (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 listopada 2007 r., sygn. akt II CSK 293/07, wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16 grudnia 1997 r., sygn. akt II UKN 406/97, wyrok Sądu Apelacyjnego z dnia 27 maja 2008 r., sygn. akt V ACa 175/08, wyrok KIO 1639/11).

Podkreślenia wymaga także fakt, mający znaczenie w przedmiotowej sprawie, iż wybrany wykonawca obecnie realizuje dla zamawiającego taką samą usługę, wykonuje je (według oświadczenia zamawiającego) w sposób dobry – bez uwag. Tym samym wykonawca ma już zorganizowaną ekipę wykonawczą i sprzęt do wykonywania zamówienia. Izba uznała, że niezasadnym byłoby wywodzenie, że wykonawca znający od strony wykonawczej zakres robót ustalił w ofercie cenę w takiej wysokości, że nie będzie w stanie wykonać za nią zamówienia. Uznać należy, że odwołujący swoje stanowisko opierał na założeniu, iż skoro oferta odwołującego zawiera się w podanej kwocie, to każda niższa cena ofertowa stanowi ofertę z ceną rażąco niską.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba uznała, że nie zostało wykazane, że zamawiający uznając, iż oferta wybrana nie została złożona z ceną rażąco niską i tym samym nie dopuścił się naruszenia przepisów prawa wskazanych w odwołaniu.

Izba orzekła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie przepisów art. 190 ust.7, 191 ust.2 i 192 ust. 2 ustawy Pzp

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt.1a) i b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41 poz. 238).

Przewodniczący: