

Sygn. akt: KIO 3449/21

WYROK
z dnia 7 grudnia 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki
Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 grudnia 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 listopada 2021 r. przez wykonawcę **Wrotom sp. z o.o. w Krakowie**

w postępowaniu prowadzonym przez **Dom Pomocy Społecznej w Bobrku**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Citonet-Kraków sp. z o.o. w Krakowie** oraz **Toruńskie Zakłady Materiałów Opatrunkowych S.A. w Toruniu**, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Wrotom sp. z o.o. w Krakowie** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7.500 zł 00 gr** (słownie: siedmiu tysięcy pięciuset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Wrotom sp. z o.o. w Krakowie** 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 2021 r. poz. 1129 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**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Dom Pomocy Społecznej w Bobrku, zwany dalej „zamawiającym”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp” lub „Pzp”, którego przedmiotem są „usługi pralnicze dla Domu Pomocy Społecznej w Bobrku”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych 8 listopada 2021 r., nr 2021/BZP 00260502/01.

Wobec czynności i zaniechań zamawiającego w ww. postępowaniu w dniu 26 listopada 2021 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wniósł odwołanie wykonawca Wrotom sp. z o.o. w Krakowie, zwany dalej „odwołującym”.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 8, art. 224 ust. 2 oraz art. 239 ust. 1 i 2 ustawy Pzp przez wybór oferty konsorcjum Citonet-Kraków sp. z o.o. w Krakowie oraz Toruńskie Zakłady Materiałów Opatrunkowych S.A. w Toruniu jako przedstawiającej najkorzystniejszą ofertę, pomimo, iż oferta ta zawierała rażąco niską cenę.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty konsorcjum Citonet-Kraków sp. z o.o. w Krakowie oraz Toruńskie Zakłady Materiałów Opatrunkowych S.A. w Toruniu;
- 2) powtórzenia oceny ofert i wezwanie do złożenia wyjaśnień konsorcjum Citonet-Kraków sp. z o.o. w Krakowie oraz Toruńskie Zakłady Materiałów Opatrunkowych S.A. w Toruniu, ewentualnie odrzucenia przedmiotowej oferty jako oferty zawierającej rażąco niską cenę.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazał, że zamawiający nie wezwał Konsorcjum do złożenia wyjaśnień w przedmiocie wskazanej przez niego ceny, pomimo, iż zachodziły uzasadnione podstawy ku temu, by uznać, iż cena ta jest rażąco niska. Odwołujący argumentował, że na to zwrócił uwagę zamawiającemu w treści pisma z 17.11.2021 r. Uważał, że oferta złożona przez Konsorcjum zawierała bowiem cenę, w sposób rażąco odbiegającą w stosunku do ofert złożonych przez pozostałych oferentów. Odwołujący podniósł, że wskazał, opierając się na treści art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, na rażąco dysproporcję ceny oferty Konsorcjum względem średniej arytmetycznej cen wszystkich ofert niepodlegających odrzuceniu. Zdaniem odwołującego zamawiający zobligowany był do zwrócenia się wobec oferenta (Konsorcjum) o udzielenie stosownych wyjaśnień. Według odwołującego, rozbieżność ta w żaden sposób nie wynikała z okoliczności oczywistych, niewymagających wyjaśnienia. Odwołujący argumentował, iż średnia arytmetyczna wszystkich złożonych ofert wynosiła 4,62 zł brutto za 1 kg prania, natomiast cena złożona

przez konsorcjum opiewała na kwotę 2,71 zł brutto za 1 kg prania. Zdaniem odwołującego powyższa okoliczność wskazuje, iż przedstawiona cena jest niższa o 41% od średniej arytmetycznej wszystkich ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu. Odwołujący wywiódł, że zamawiający w odpowiedzi na powyższe pismo ograniczył się jedynie do wskazania, iż rozbieżność ceny (jej rażąco niskość) wynika z okoliczności oczywistych, niewymagających wyjaśnienia. Powołał się on na fakt „zawyżenia” średniej arytmetycznej cen złożonych ofert poprzez jednego z uczestników postępowania, a co za tym idzie doprowadzenie do przedmiotowej dysproporcji. Z tego faktu zamawiający wyprowadził wniosek, iż brak jest potrzeby wzywana oferenta do złożenia wyjaśnień, a zarazem, iż cena oferty Konsorcjum nie jest rażąco niska. W następstwie powyższego, zamawiający nie wezwał oferenta do udzielenia wyjaśnień, ani również nie odrzucił jego oferty, wybierając ją zarazem jako ofertę najkorzystniejszą. Zdaniem odwołującego rozstrzygnięcie zamawiającego cechowało się skrajną arbitralnością, wobec czego nie zasługuje ono na uwzględnienie.

Zdaniem odwołującego, trudno uznać, iż wykonanie przedmiotu zamówienia w cenie wskazanej przez Konsorcjum odpowiada obecnym warunkom i stawkom rynkowym. Odwołujący wywiódł, że ocena oferty w kwestii rażącej dysproporcji ceny nie może być arbitralna, a powinna być poprzedzona całościową analizą wszystkich wskazanych wyżej czynników, w tym zwłaszcza wyjaśnień danego oferenta. Odwołujący argumentował, że stosowanie zaniżonych cen rozpatrywane może zostać również na płaszczyźnie czynu nieuczciwej konkurencji, jako działanie zmierzające w istocie do wyeliminowania innych podmiotów z określonego rynku usług.

Odwołujący zwrócił uwagę na treść ofert składanych przez Konsorcjum w przedmiotowym okresie w analogicznych postępowaniach ogłaszanych przez innych zamawiających. Tytułem przykładu wskazał, iż w tegorocznym postępowaniu dot. usług pralniczych dla Szpitala Rydygiera w Krakowie cena zawarta w ofercie Konsorcjum w przeliczeniu na 1 kg opiewała na kwotę 3,51 zł netto, czyli 4,32 zł brutto. Natomiast w drugim postępowaniu w przedmiocie zamówienia dla Śląskiego Centrum Chorób Serca w Zabrze stawka ta wynosiła 3,34 zł netto, tj. 4,11 zł brutto w przeliczeniu na 1 kg prania. Również zbliżoną stawkę Konsorcjum zaoferowało w przetargu dla Centrum Zdrowia w Mikołowie, określając stawkę jednostkową w przeliczeniu na 1 kg prania w wysokości 3,16 zł netto (jest to jednocześnie stawka brutto, ponieważ oferent powołał się na fakt zwolnienia w tym przypadku z podatku VAT). Zdaniem odwołującego, w świetle powyższego trudno uznać, iż cena wskazana w ofercie Konsorcjum jest ceną rynkową. Argumentował, że odbiega ona od stawek proponowanych przez samo Konsorcjum na gruncie analogicznych postępowań.

Zdaniem odwołującego, należy mieć na względzie okoliczności powszechnie znane w przedmiocie wzrostu cen nośników energii i materiałów stosowanych w usługach

pralniczych. Fakt ten szczegółowo obrazuje zestawienie przedstawiające wzrost cen prania 1 kg w pralni na przełomie stycznia – października 2021 r. Z zestawienia wynika, iż w przedmiotowym okresie doszło do wzrostu cen składników cenotwórczych. Takimi składnikami są m.in. koszt gazu, wody i ścieków, energii elektrycznej, środków chemicznych, transportu. Każda z tych części składowych odnotowała wzrost, co przekłada się na wzrost kosztu usług pralniczych. Według odwołującego należy mieć zarazem wzgląd na planowane, dalsze podwyżki cen m.in. gazu oraz prądu, a zarazem podniesienie od stycznia 2022 r. płacy minimalnej z kwoty 2800 zł brutto do kwoty 3010 zł brutto, tj. o 7,5%. Znaczny wzrost cen planowany jest również na rynku środków piorących, stanowiących podstawę wykonywanej działalności. Tym bardziej nie jest prawdopodobne, aby cena zaoferowana przez Konsorcjum pozwalała na realizację przedmiotu zamówienia w sposób dla niego opłacalny.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania. W trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz wskazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego zgłosili przystąpienie wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Citonet-Kraków sp. z o.o. w Krakowie oraz Toruńskie Zakłady Materiałów Opatrunkowych S.A. w Toruniu, zwani dalej również „przystępującym”. Złożyli pismo procesowe z 6 grudnia 2021 r., w którym wnieśli o oddalenie odwołania. W piśmie i w trakcie rozprawy przedstawili uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia specyfikacji warunków zamówienia (SWZ), informację z otwarcia ofert, oferty, w tym ofertę wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Citonet-Kraków sp. z o.o. w Krakowie oraz Toruńskie Zakłady Materiałów Opatrunkowych S.A. w Toruniu, zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej z 22 listopada 2021 r., załączniki do odwołania, załączniki do odpowiedzi na odwołanie, załączniki do zgłoszenia przystąpienia, załączniki do pisma procesowego przystępującego z 6 grudnia 2021 r., jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dokumenty złożone przez strony i uczestnika w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Art. 16 ustawy Pzp stanowi, że Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

- 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;
- 2) przejrzysty;
- 3) proporcjonalny.

Stosownie do art. 224 ustawy Pzp:

1. 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.

2. W przypadku gdy cena całkowita oferty złożonej w terminie jest niższa o co najmniej 30% od:

1) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia;

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

3. 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.

4. 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.

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

6. Odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu.

Art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Ustalono, że przedmiotem zamówienia są „usługi pralnicze dla Domu Pomocy Społecznej w Bobrku”.

Ustalono także, że zamawiający ustalił wartość szacunkową zamówienia powiększoną o wartość podatku VAT na kwotę 268.348,61 zł.

Ustalono także, że do upływu terminu składania ofert do zamawiającego wpłynęły następujące oferty:

- 1) odwołującego z ceną brutto 337.708,80 zł i ceną brutto za 1 kg prania – 3,52 zł,
- 2) wykonawcy Pralnia Silesia sp. z o.o. w Katowicach z ceną brutto 361.324,80 zł i ceną brutto za 1 kg prania - 3,76 zł;
- 3) wykonawcy F.H.U. Kontrast, J. P., Tychy z ceną brutto 814.752,00 zł i ceną brutto za 1kg prania - 8,48 zł;
- 4) wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Citonet-Kraków sp. z o.o. w Krakowie oraz Toruńskie Zakłady Materiałów Opatrunkowych S.A. w Toruniu z ceną brutto 260.160,00 zł i ceną brutto za 1 kg prania – 2,71 zł.

Zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia kwotę 268.400 zł brutto (por. informacja z otwarcia ofert i o kwocie przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia, w dokumentacji postępowania przekazanej przez zamawiającego na nośniku elektronicznym).

Ustalono również, że pismem z 17 listopada 2021 r. odwołujący zwrócił się do zamawiającego w wnioskiem o skierowanie do wykonawców wspólnie ubiegających się o

udzielenie zamówienia Citonet-Kraków sp. z o.o. w Krakowie oraz Toruńskie Zakłady Materiałów Opatrunkowych S.A. w Toruniu wezwania do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny w trybie art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp. Odwołujący wskazał, że cena oferty ww. konsorcjum jest niższa o 30% od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu.

W dalszej kolejności ustalono, że pismem z 18 listopada 2021 r. zamawiający poinformował odwołującego, że nie zamierza wszcząć procedury wyjaśniającej. Zamawiający wskazał, że w postępowaniu zostały złożone cztery oferty z następującymi cenami:

- 1) 361.324,80 zł,
- 2) 260.160 zł,
- 3) 814.752 zł,
- 4) 337.708,80 zł.

Wartość szacunkowa zamówienia powiększona o należny podatek od towarów i usług wynosiła 268.348,61 zł. Wśród złożonych ofert, oferta nr 2 ma cenę zbliżoną do tej wartości, oferty nr 1 i 4 są wyższe od wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o VAT o odpowiednio 34,6% i 25,8%, natomiast oferta nr 3 jest ponad trzykrotnie wyższa od wartości szacunkowej powiększonej o VAT. Cena trzeciej oferty przesądziła o wysokiej średniej arytmetycznej złożonych ofert i o tym, że cena oferty wykonawcy nr 2 okazała się niższa o ponad 30% od tej średniej.

O tak wysokiej średniej złożonych ofert przesądziło nie co najmniej kilka ofert, co świadczyłoby o tym, że co do zasady cena rynkowa zamówienia jest wysoka, ale przesądziła o tym cena jednej oferty. Fakt, że cena tylko jednej oferty jest tak wysoka, zwłaszcza w porównaniu do szacunku Zamawiającego, nakazuje przyjąć, że to cena oferty nr 3 jest zawyżona, nie zaś - że cena oferty nr 2 jest zaniżona. W postępowaniu mamy zatem do czynienia z pięcioma kwotami i cztery z nich: wartość szacunkowa powiększona o VAT oraz ceny ofert wykonawców nr 2 i 4 oscylują wokół 300 000 zł, natomiast tylko jedna kwota, tj. cena oferty nr 3 przekracza kwotę 814 000 zł.

Gdyby w postępowaniu złożono więcej ofert z ceną zbliżoną do ceny oferty nr 3, można byłoby przyjąć, że to wartość zamówienia jest niedoszacowana i cena oferty nr 2 jest zaniżona. Powyższa sytuacja pozwala na uznanie, że rozbieżność pomiędzy ceną wykonawcy nr 2, a średnią arytmetyczną złożonych ofert, wynika z okoliczności oczywistych nie wymagających wyjaśnienia. Tą okolicznością oczywistą jest fakt, że to cena oferty nr 3 została zawyżona i sztucznie wpłynęła na wysoką średnią arytmetyczną złożonych ofert. Tym samym w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający jest zwolniony z obowiązku wezwania wykonawcy nr 2 do wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny. W konsekwencji

nie zachodziła także podstawa do stwierdzenia, że cena oferty wykonawcy nr 2 jest ceną rażąco niską.

Następnie ustalono, że pismem z 22 listopada 2021 r., zamawiający zawiadomił odwołującego o wyborze oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Citonet-Kraków sp. z o.o. w Krakowie oraz Toruńskie Zakłady Materiałów Opatrunkowych S.A. w Toruniu jako najkorzystniejszej.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Z przepisu art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp wynika, że co do zasady w razie gdy cena badanej oferty odbiega o ponad 30% od średniej arytmetycznej cen wszystkich niepodlegających odrzuceniu ofert, to obowiązkiem zamawiającego jest skierowanie do wykonawcy wezwania do złożenia wyjaśnień co do elementów cenotwórczych. Jednakże ustawodawca przewidział także możliwość zwolnienia zamawiającego od takiego obowiązku w sytuacji, w której rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, niewymagających wyjaśnienia. To czy rzeczywiście rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, niewymagających wyjaśnienia, ustala się na podstawie wszystkich okoliczności danej sprawy.

Izba stwierdziła, że w analizowanej sprawie zamawiający zetknął się z sytuacją uprawniającą go do zrezygnowania ze skierowania wezwania do przystępującego. Ustalono, że do upływu terminu składania ofert do zamawiającego wpłynęły następujące oferty:

- 1) odwołującego z ceną brutto 337.708,80 zł i ceną brutto za 1 kg prania – 3,52 zł,
- 2) wykonawcy Pralnia Silesia sp. z o.o. w Katowicach z ceną brutto 361.324,80 zł i ceną brutto za 1 kg prania - 3,76 zł;
- 3) wykonawcy F.H.U. Kontrast, J. P., Tychy z ceną brutto 814.752,00 zł i ceną brutto za 1kg prania - 8,48 zł;
- 4) przystępującego z ceną brutto 260.160,00 zł i ceną brutto za 1 kg prania – 2,71 zł.

Jak wynikało z powyższego zestawienia, cena oferty przystępującego, to jest 260.160 zł, rzeczywiście odbiegała o ponad 30% od średniej cen wszystkich, niepodlegających odrzuceniu ofert. Średnia arytmetyczna cen wszystkich ofert wyniosła bowiem 443.486,40 zł. Jednakże, jak słusznie dostrzegł zamawiający, tak wysoka średnia arytmetyczna cen wynikała wyłącznie z bardzo wysokiej ceny oferty, złożonej przez wykonawcę J. P., F.H.U. Kontrast, która kształtowała się na poziomie 814.752 zł. Podkreślenia wymagało, że po odrzuceniu ceny tej oferty, ceny pozostałych ofert, tj. odpowiednio odwołującego na poziomie 337.708,80 zł i wykonawcy Pralnia Silesia sp. z o.o. - 361.324,80 zł, nie odbiegały o ponad

30 % od ceny oferty przystępującego. Dodatkowo na uwagę zasługiwał fakt, że zamawiający na sfinansowanie zamówienia przeznaczył kwotę 268.400 zł brutto, a więc kwotę jedynie nieznacznie przewyższającą cenę oferty przystępującego. Wreszcie przy ocenie zaistniałej sytuacji zamawiający słusznie wziął pod uwagę stawki z dotychczasowej umowy zawartej przez niego z firmą Pralnia Wod-Chem Mandryk sp. j., która do końca 2021 r. świadczyła przedmiotową usługę. Cena za 1 kg prania, jaka wynikała z § 3 ww. umowy, tj. 2,71 zł brutto, okazała się identyczna ze stawką, jaką zaoferował przystępujący w tym postępowaniu. Wartość całej tej umowy wyniosła zaś 262.352,39 zł brutto (por. umowa nr DPS.252.2.4.2020 z dnia 1 grudnia 2020 r. zawarta przez zamawiającego z Pralnia Wod-Chem Mandryk sp. j., załączona do odpowiedzi na odwołanie). Powyższe ustalenia prowadziły do wniosku, że wszystkie bez wyjątku ceny, szacunki zamawiającego i stawka z dotychczasowej umowy kształtowały się w okolicach 300 tysięcy złotych. Tylko jedyna cena oferty wykonawcy J. P., F.H.U. Kontrast okazała się ponad dwukrotnie wyższa od wszystkich tych cen i szacunków.

Przy wyrokowaniu wzięto również pod uwagę, że nawet dowody załączone do odwołania świadczyły o zawyżeniu ceny przez wykonawcę J. P., F.H.U. Kontrast. Odwołujący załączył do odwołania, jako załącznik nr 9, zestawienie własne obrazujące dostępne mu minimalne koszty wyprania 1 kg w pralni w okresie od stycznia do października 2021 r. Koszty te, wedle ww. szacunku, wyniosły od 2,27 zł za 1 kg w styczniu 2021 r. do 2,75 zł za 1 kg prania w październiku 2021 r. Jak wynikało zatem z tego zestawienia, koszty te pozostawały ponad trzykrotnie niższe od ceny za 1kg prania zaoferowanej przez wykonawcę J. P., F.H.U. Kontrast, wynoszącej aż 8,48 zł.

W tej sytuacji zamawiający słusznie uznał, że powstała rozbieżność między ceną oferty przystępującego a średnią arytmetyczną cen wszystkich, niepodlegających odrzuceniu ofert wynika z okoliczności oczywistych, niewymagających wyjaśnienia, a mianowicie zawyżenia ceny ofertowej przez jednego z oferentów tj. J.P., F.H.U. Kontrast. Po odrzuceniu tej ceny średnia arytmetyczna cen pozostałych ofert wynosiła 319.731,20 zł i nie była wyższa od ceny oferty przystępującego o ponad 30%, a nawet nie zbliżała się do tej wartości.

W dalszej kolejności należało odnieść się do kolejnych twierdzeń odwołującego i przedstawianych przez niego dowodów, które zmierzały do wykazania, że cena ofertowa przystępującego powinna wzbudzić wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania zamówienia za zaoferowaną cenę.

Odwołujący podniósł, że wykonawca świadczący usługę na rzecz zamawiającego w 2021 r., tj. Pralnia Wod-Chem Mandryk sp. j. w Częstochowie, realizował świadczenie za cenę

2,71 zł za 1 kg pranie. Wskazywał, że stawka ta okazała się identyczna ze stawką zaoferowaną przez przystępującego na 2022 r. Odwołujący wykazał również, składając w trakcie rozprawy porozumienie z 11 grudnia 2020 r. zawarte przez siebie z ww. wykonawcą, że podzlecił on odwołującemu wykonanie całości umowy nr DPS.252.2.4.2020 z dnia 1 grudnia 2020 r. zawartej z zamawiającym. Wedle oświadczenia odwołującego, w trakcie realizacji usługi pranie odbierane od zamawiającego w 2021 r było wożone do pralni odwołującego w Krakowie, a więc do tej samej miejscowości, do jakiej pranie zamierzał zawozić przystępujący. Z realizacją usługi, wedle zapewnień odwołującego, miał on uzyskiwać stawkę 2,71 zł za 1 kg prania.

Abstrahując od dopuszczalności na gruncie obecnej jak i poprzedniej ustawy Pzp podzlecenia wykonania całości usługi podwykonawcy, powyższe oznaczało, że również dla odwołującego – jako podwykonawcy Pralnia Wod-Chem Mandryk sp. j. w Częstochowie – okazało się rentowne świadczenie usługi pralniczej na rzecz zamawiającego po cenie 2,71 za 1 kg prania.

Odwołujący wskazywał wprawdzie, że koszty świadczenia usługi pralniczej wzrosły i w 2022 r. będą kształtować się na wyższym poziomie niż w b.r. Celem wykazania tych okoliczności złożył m.in. zestawienie własne – koszty wyprania 1 kg w pralni na przełomie I-X 2021 r. (załącznik nr 9 do odwołania). Z przywoływanego zestawienia wynikało, że koszt wyprania 1 kg w styczniu 2021 r. wynosił 2,27 zł, zaś w październiku 2021 r. wzrósł do 2,75 zł. Jeśli chodzi o wyższą z ww. kwot, to składały się na nią: koszt płacy 1,2 zł, koszty gaz-kotły-para – 0,5 zł, woda i ścieki na poziomie 0,22 zł, energia elektryczna - 0,22 zł, chemia-folia 0,21 zł, oraz transport 0,4 zł, co łącznie przekładało się na 2,75 zł minimalnego kosztu przypadającego na 1kg prania.

Przystępujący w piśmie procesowym z 6 grudnia 2021 r. nie zakwestionował kosztów płacy, gazu-kotła-pary oraz energii elektrycznej oszacowanych w zestawieniu przez odwołującego. Jednocześnie przystępujący dowodami załączonymi do pisma procesowego z 6 grudnia 2021 r. wykazał, że w jego przypadku występują wyjątkowo korzystne okoliczności umożliwiające obniżenie w kalkulacji kosztów transportu, wody i ścieków oraz chemii i folii.

Przystępujący wykazał po pierwsze, że koszt transportu 1 kg prania z siedziby zamawiającego do jego pralni i z powrotem wyniesie 0,03 zł netto, a nie 0.40 zł, jak szacował odwołujący.

Możliwość obniżenia kosztu transportu wynikała z faktu wykonywania przez przystępującego umowy o świadczenie usług pralniczych na rzecz Zespołu Opieki Zdrowotnej w Oświęcimiu, która będzie obowiązywała w trakcie realizacji przedmiotu zamówienia. Jak wynikało z ww. umowy, przystępujący zobowiązany będzie codziennie od

poniedziałku do soboty transportować pranie ze swej pralni w Krakowie do Zespołu Opieki Zdrowotnej w Oświęcimiu i z powrotem (por. pkt 1.5. f załącznika nr 1 do umowy z Zespołem Opieki Zdrowotnej w Oświęcimiu z dnia 4 grudnia 2020 r., nr ZOZ.DZP.271.5.II.2020, załączony do pisma przystępującego z 6 grudnia 2021 r.). Przystępujący wyjaśnił przy tym w piśmie, czemu odwołujący nie zaprzeczał, że odległość pomiędzy siedzibą Zespołu Opieki Zdrowotnej w Oświęcimiu a siedzibą Zamawiającego wynosi ok. 6 km. W tej sytuacji oczywistym jest możliwość wykorzystania tego samego samochodu do transportu również prania z siedziby zamawiającego, które zgodnie z OPZ będzie odbierane 3 razy w tygodniu (por. pkt A.3 załącznika nr 1 do SWZ).

Izba uznała za wiarygodne podawane przez przystępującego w piśmie stawki transportu bielizny (według aktualnych stawek przewoźników współpracujących z przystępującym) wynoszące ok. 2,00 zł netto za 1 km. Powyższe wynikało z faktury nr 01/10/2021 z 15 października 2021 r. wystawionej przez przewoźnika P.P.H.U. Zwierzak, A.L., wraz z załączonym do niej wyczeniem, na którym ujawniono ww. stawkę (por. ww. faktura - załącznik do pisma procesowego przystępującego z 6 grudnia 2021 r.).

W tej sytuacji za wykazane uznano, że dla przystępującego miesięczny koszt transportu prania do/z siedziby zamawiającego przedstawiał się następująco: 6 km x 2 (przejazd w dwie strony) x 12 dostaw (3 dostawy w tygodniu, czyli 12 dostaw w miesiącu) x 2,00 zł = 288,00 zł. Przystępujący prawidłowo wyliczył także, że miesięczna ilość prania wyniesie ok. 8 000 kg (96 000 kg wskazane w załączniku nr 1 do SWZ - opisie przedmiotu zamówienia / 12 miesięcy obowiązywania umowy). W tej sytuacji koszt transportu 1 kg prania wyniesie zatem dla przystępującego: 288,00 zł / 8 000 kg = 0,03 zł. Powyższe oznaczało możliwość redukcji kosztów kosztu transportu 1 kg prania wynikającego z szacunku załączonego odwołania z 0,40 zł do 0,03 zł, to jest o 0,37 zł. Wyczenia przystępującego nie zostały obalone przez odwołującego jakimkolwiek dowodem przeciwnym. Odwołujący nie zakwestionował w szczególności możliwości wykorzystania przez przystępującego przy świadczeniu usługi na rzecz zamawiającego samochodu wożącego pranie z ZOZ w Oświęcimiu do pralni przystępującego w Krakowie.

W dalszej kolejności stwierdzono, że przystępujący w piśmie procesowym z 6 grudnia 2021 r. udowodnił także, iż w jego przypadku koszt zużycia wody i odbioru ścieków przypadający na 1 kg prania wynosi nie 0,22 zł netto, jak utrzymywał odwołujący w swym zestawieniu, ale 0,08 zł netto.

Przystępujący udowodnił, że ilość wody zużywanej w jego pralni w Krakowie do wyprania 1 kg wynosi ok. 8 litrów. Powyższe wynikało z załączonego do pisma raportu parametrów prania z tunelu pralniczego przystępującego za październik 2021 r. (ostatnia kolumna w tabeli drugiej od góry raportu). Z faktury wystawionej zaś przez dostawcę usług

dostawy wody i odbioru ścieków wynikało, że koszt dostawy 1 m³ wody i odbioru 1 m³ ścieków kształtował się na poziomie 43 609,17 zł / 4 279 m³ = 10,19 zł (por. faktura nr S06 304697/21 z 3.11.2021 r., wystawiona przez Wodociągi Miasta Krakowa S.A., załącznik do pisma z 6 grudnia 2021 r.). W tej sytuacji, w braku dowodu przeciwnego, należało przyjąć, że istotnie w przypadku przystępującego koszt zużycia wody i odbioru ścieków przypadający na 1 kg prania wyniesie 0,008 m³ x 10,19 zł = 0,08 zł. Powyższe oznaczało oszczędność w stosunku do minimalnego kosztu podawanego przez odwołującego w zestawieniu na poziomie 0,14 zł za 1 kg prania.

Następnie stwierdzono, że według odwołującego koszt chemii i folii przypadający na 1 kg prania miał wynieść 0,21 zł netto. Przystępujący zaprzeczył w piśmie procesowym z 6 grudnia 2021 r. aby musiał uwzględniać taki koszt chemii i folii. Argumentował, że koszt chemii (środków piorących) i folii przypadający na 1 kg prania wyniesie natomiast 0,14 zł netto. W tej sytuacji sporny fakt powinien wykazać odwołujący. Izba stwierdziła, że odwołujący na poparcie swych twierdzeń nie przedstawił żadnego dowodu. Przypomnienia wymagało w tym miejscu, że przy postawieniu zarzutu zaniechania wezwania innego wykonawcy do złożenia wyjaśnień w trybie art. 224 ustawy Pzp, ciężar dowodu iż zamawiający powinien powziąć uzasadnione wątpliwości aby wezwać wykonawcę do wyjaśnień ceny, spoczywał na odwołującym, zgodnie z klasycznym rozkładem ciężaru dowodu wynikającym z art. 6 KC. W szczególności nie obowiązywał tu odwrócony rozkład ciężaru dowodu tak jak to ma miejsce w sytuacji, gdy wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień, poprzez złożone wyjaśnienia nie obali ciężaru rażąco niskiej ceny, o którym mowa w art. 224 ust. 5 ustawy Pzp.

W tej sytuacji ciężar wykazania spornej okoliczności faktycznej, a więc, że minimalny koszt chemii i folii przypadający na 1 kg prania wynosi 0,21 zł netto, spoczywał na odwołującym. Izba stwierdziła, że odwołujący tego ciężaru nie udźwignął. Odwołujący wykazał jedynie poprzez pismo Chemische Fabrik Kreussler & Co GmbH w Wiesbaden, że od 1 grudnia 2021 r. dostawca ten podnosi odwołującemu ceny katalogowe niektórych grup artykułów chemicznych. Odwołujący nie przedstawił jednak jakichkolwiek wyliczeń ani nie wykazał, że po podwyżce koszt chemii i folii przypadający na 1 kg prania wynosi 0,21 zł netto. Wobec powyższego ten fakt nie został wykazany przez odwołującego.

Reasumując z ustalonego przez Izbę stanu faktycznego wynikało, że w przypadku przystępującego koszty, które powinien uwzględnić przy szacowaniu ceny ofertowej będą niższe od szacunków odwołującego tylko z tytułu tych trzech omawianych pozycji kosztowych o 0,58 zł za 1 kg prania. Po odjęciu od 2,75 zł owych 0,58 zł otrzymujemy koszty na poziomie 2,17 zł netto za 1 kg prania. Po dodaniu podatku VAT zaś minimalne koszty, jakie na podstawie dostępnych mu warunków powinien skalkulować przystający, kształtowały

się na poziomie 2,66 zł brutto za 1kg prania. Minimalne koszty na poziomie 2,66 zł brutto za 1 kg prania okazały się o 5 groszy niższe od stawki 2,71 zł brutto zaoferowanej przez wykonawcę w ofercie. Powyższe oznaczało, że brak było podstaw do wszczęcia procedury wyjaśniającej przez zamawiającego w stosunku do ceny ofertowej przystępującego, gdyż cena tej oferty w świetle zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego nie musiała wzbudzać wątpliwości zamawiającego, tak jak utrzymywał odwołujący.

W końcowej części odwołania odwołujący przywołał także stawki, po jakich przystępujący miał świadczyć usługi pralnicze na rzecz innych podmiotów. Odwołujący podniósł, że w tegorocznym postępowaniu dot. usług pralniczych dla Szpitala Rydygiera w Krakowie nr DZP.271-105/2021 cena zawarta w ofercie przystępującego w przeliczeniu na 1 kg opiewała na kwotę 3,51 zł netto, czyli 4,32 zł brutto. Izba stwierdziła, że powyższe twierdzenia odwołującego nie polegały na prawdzie. Jak wynikało z oferty przystępującego złożonej w ww. postępowaniu, załączonej do pisma przystępującego z 6 grudnia 2021 r., zaoferowana przez niego stawka za 1 kg prania w tym postępowaniu wyniosła 2,34 zł netto i 2,88 zł brutto za 1kg prania, a nie 4,32 zł, jak utrzymywał odwołujący. Ponadto cena tej oferty nie była najniższa w tym postępowaniu, co wynikało z zestawienia cen ofertowych z 11 czerwca 2021 r. złożonych w ww. postępowaniu, załączonego do odwołania.

Odnośnie zaś stawek zaoferowanych przez przystępującego dla Śląskiego Centrum Chorób Serca w Zabrze - 3,34 zł netto, 4,11 zł brutto w przeliczeniu na 1 kg prania, czy dla Centrum Zdrowia w Mikołowie, w wysokości 3,16 zł netto, to nie zostało wykazane przez odwołującego, że warunki świadczenia tych usługi są identyczne czy zbliżone do usługi zamawianej. Temu zaś zaprzeczał przystępujący w piśmie z 6 grudnia 2021 r. twierdząc, że ww. stawki są wyższe, gdyż uwzględniają pranie specjalistycznej odzieży operacyjnej i fartuchów barierowych, sortowanie i pakowanie prania na poszczególne oddziały. Ponadto przystępujący zwrócił uwagę na wyższe koszty transportu, z uwagi na większą odległość Zabrze i Mikołowa od pralni przystępującego w Krakowie. W braku dowodu przeciwnego Izba stwierdziła, że nie ma podstaw aby stwierdzić, że warunki i okoliczności świadczenia obu usług są identyczne do usług zamawianych.

Oddaleniu podlegał zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego, który miał zaoferować cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia. Art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp stanowi, że *zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia*. Nie było sporne między stronami, że zamawiający nie kierował do

przystępującego wezwania do złożenia wyjaśnień co do elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny lub kosztu w trybie art. 224 ust. 1 ani w trybie art. 224 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba podkreśla akcentowany w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości jak również samej Izby pogląd, że zamawiający nie może automatycznie odrzucić oferty wykonawcy z powodu zaferowania przez niego ceny rażąco niskiej, bez umożliwienia mu złożenia stosownych wyjaśnień. Europejski Trybunał Sprawiedliwości wyraził pogląd „*Art. 29 ust. 5 Dyrektywy Rady 71/305, od stosowania którego Kraje Członkowskie nie mogą odstąpić w żadnym istotnym stopniu, zakazuje Krajom Członkowskim wprowadzania przepisów, które wymagają automatycznej dyskwalifikacji ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia, według kryterium arytmetycznego, zobowiązuje natomiast zamawiającego do zastosowania procedury analizy ofert, przewidzianej w tej dyrektywie, która daje oferentowi sposobność przedstawienia wyjaśnień. (Wyrok ETS z dnia 18.06.1991 r. w sprawie C - 295/89 („Impresa Dona Alfonso”)). Stanowisko Trybunału znajduje odzwierciedlenie w ustawie Pzp, która stanowi w art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, że „Jeżeli zaferowana 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”. Zatem niedopuszczalne jest automatyczne ustalenie przez zamawiającego, iż zaferowano cenę noszącą znamiona ceny rażąco niskiej bez umożliwienia wykonawcy złożenia stosownych wyjaśnień. Nie ulegało zaś wątpliwości, że zamawiający nie wzywał przystępującego do złożenia wyjaśnień obrazujących sposób kalkulowania ceny (art. 224 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp). Zatem żądanie odrzucenia jego oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp należało ocenić jako przedwczesne.*

Tymczasem odwołujący, niezależnie od postawionego zarzutu zaniechania wezwania do złożenia wyjaśnień, domagał się w odwołaniu również nakazania zamawiającemu automatycznego odrzucenia oferty, co jest niedopuszczalne na gruncie ustawy Pzp i przywołanego orzecznictwa TSUE. Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp podlegał zatem oddaleniu.

Wobec powyższego odwołanie, jako niezasadne, podlegało oddaleniu.

Stosownie do art. 553 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t. jedn. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.), o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje

postanowienie. Orzeczenie Izby, o którym mowa w pkt 1 sentencji, miało charakter merytoryczny, gdyż odnosiło się do oddalenia odwołania. Z kolei orzeczenie Izby zawarte w pkt 2 sentencji miało charakter formalny, gdyż dotyczyło kosztów postępowania, a zatem było postanowieniem. O tym, że orzeczenie o kosztach zawarte w wyroku Izby jest postanowieniem przesądził Sąd Najwyższy w uchwale z 8 grudnia 2005 r. III CZP 109/05 (OSN 2006/11/182). Z powołanego przepisu art. 553 ust. 1 ustawy Pzp wynika zakaz wydawania przez Izbę orzeczenia o charakterze merytorycznym w innej formie aniżeli wyrok. Z uwagi zatem na zbieg w jednym orzeczeniu rozstrzygnięć o charakterze merytorycznym (pkt 1 sentencji) i formalnym (pkt 2 sentencji), całe orzeczenie musiało przybrać postać wyroku.

Zgodnie z przepisem art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza *uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców*. W analizowanej sprawie nie stwierdzono zarzucanych naruszeń ustawy Pzp, co skutkowało oddaleniem odwołania.

Wobec powyższego, na podstawie art. 553 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 1 sentencji.

Zgodnie z art. 557 ustawy Pzp, *w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego*. Z kolei w świetle art. 575 ustawy Pzp, *strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku*.

Jak wskazuje się w piśmiennictwie, reguła ponoszenia przez strony kosztów postępowania odwoławczego stosownie do wyników postępowania odwoławczego oznacza, że *„obowiązuje w nim, analogicznie do procesu cywilnego, zasada odpowiedzialności za wynik procesu, według której koszty postępowania obciążają ostatecznie stronę „przegrywającą” sprawę (por. art. 98 § 1 k.p.c.)”* Jarosław Jerzykowski, *Komentarz do art. 192 ustawy - Prawo zamówień publicznych*, w: Dzierżanowski W., Jerzykowski J., Stachowiak M. *Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2014, wydanie VI*.

W analizowanej sprawie Izba oddaliła odwołanie. Odpowiedzialność za wynik postępowania ponosił zatem odwołujący. Na koszty postępowania składał się wpis od odwołania uiszczony przez odwołującego w kwocie 7.500 zł.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 557 oraz art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020

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

Przewodniczący: