

**WYROK**  
z dnia 12 lipca 2021 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza** – w składzie:

**Przewodniczący:** Anna Packo

**Protokolant:** Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 1 czerwca i 7 lipca 2021 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 kwietnia 2021 r. przez wykonawców

**E. A. i K. K., wspólników spółki cywilnej, prowadzących działalność gospodarczą pod nazwą ALGA-BIS E. A., K. K. spółka cywilna z siedzibą w Łodzi**

w postępowaniu prowadzonym przez

**Wojewódzki Szpital Specjalistyczny im. M. Kopernika w Łodzi**

przy udziale wykonawcy **I. W. prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Produkcji Pościeli „ŚWIT” I. W. z siedzibą w Zielonej Górze**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

- 1. odrzuca odwołanie w zakresie zarzutu nr 6,**
- 2. uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu nr 1 i zarzutu nr 3 i nakazuje Wojewódzkiemu Szpitalowi Specjalistycznemu im. M. Kopernika w Łodzi: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie pakietu nr 1, powtórzenie czynności badania i oceny ofert w zakresie pakietu nr 1, w tym odrzucenie ofert wykonawców I. W. prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Produkcji Pościeli „ŚWIT” I. W. oraz R. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą „REDAR” P.P.H.U. K. R.,**
- 3. oddala odwołanie w pozostałym zakresie,**

- 4. kosztami postępowania obciąża w częściach równych E. A. i K. K., wspólników spółki cywilnej, prowadzących działalność gospodarczą pod nazwą ALGA-BIS E. A., K. K. spółka cywilna oraz Wojewódzki Szpital Specjalistyczny im. M. Kopernika w Łodzi i:**
- 4.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez E. A. i K. K., wspólników spółki cywilnej, prowadzących działalność gospodarczą pod nazwą ALGA-BIS E. A., K. K. spółka cywilna tytułem wpisu od odwołania,**
- 4.2. zasądza od Wojewódzkiego Szpitala Specjalistycznego im. M. Kopernika w Łodzi na rzecz Ewy Andrzejewskiej i K. K., wspólników spółki cywilnej, prowadzących działalność gospodarczą pod nazwą ALGA-BIS E. A., K. K. spółka cywilna kwotę 5 179 zł 00 gr (słownie: pięć tysięcy sto siedemdziesiąt dziewięć złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu połowy wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika.**

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

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

Zamawiający – Wojewódzkie Wielospecjalistyczne Centrum Onkologii i Traumatologii im. M. Kopernika w Łodzi prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „dostawę środków ochrony indywidualnej (odzieży medycznej i obuwia medycznego) dla pracowników Wojewódzkiego Wielospecjalistycznego Centrum Onkologii i Traumatologii im. M. Kopernika w Łodzi” na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 z późn. zm.), w trybie przetargu nieograniczonego.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone 17 grudnia 2020 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 768173. Wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

### I Stanowisko Odwołującego

Odwołujący – E. A. i K. K., wspólnicy spółki cywilnej, prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą ALGA-BIS E. A., K. K. spółka cywilna wniósł odwołanie w zakresie pakietu nr 1 – odzież medyczna damska i męska zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 i 3 w związku z art. 87 ust. 1 oraz z art. 90 ust. 2 i 3 oraz z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez błędne przyjęcie, że Zamawiający nie jest zobowiązany do należytego badania i oceny ofert i równego traktowania wykonawców, a co za tym idzie, uprawniony jest do prowadzenia negocjacji z wykonawcą Izabelą W. prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Produkcji Pościeli „ŚWIT” I. W. (dalej: „ZPP Świt”), z równoczesnym uznaniem, że nie jest zobowiązany do odrzucenia oferty ZPP Świt, pomimo że wykonawca ten nie wykazał i nie udowodnił, że zaoferowana przez niego cena jest rzetelna, co potwierdza zaoferowanie ceny rażąco niskiej,

2. art. 7 ust. 1 i 3 w związku z art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez błędne przyjęcie, że Zamawiający nie jest zobowiązany do należytego badania i oceny ofert i równego traktowania wykonawców, a co za tym idzie, uprawniony jest do zaniechania wykluczenia ZPP Świt z postępowania, pomimo że wykonawca ten złożył nieprawdziwe informacje w zakresie uzyskiwanych upustów cenowych od producenta tkanin ANDROPOL S.A., co miało wpływ na wynik postępowania,

3. art. 7 ust. 1 w związku z art. 90 ust. 2 i 3 oraz z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez błędne przyjęcie, że Zamawiający nie jest zobowiązany do należytego badania i oceny ofert i równego traktowania wykonawców, a co za tym idzie, nie

jest zobowiązany do odrzucenia oferty R. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą „REDAR” P.P.H.U. K. R. (dalej: „Redar”), pomimo że wykonawca ten nie wykazał i nie udowodnił, że zaoferowana przez niego cena jest rzetelna, co potwierdza zaoferowanie ceny rażąco niskiej,

4. art. 7 ust. 1 i 3 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 2 lub art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z art. 2 ust. 5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę, w związku z § 1 rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 15 września 2020 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2021 r. poprzez błędne przyjęcie, że Zamawiający nie jest zobowiązany do należytego badania i oceny ofert i równego traktowania wykonawców, a co za tym idzie, nie jest zobowiązany do odrzucenia ofert ZPP Świt, pomimo że wykonawca ten zaoferował wykonanie zamówienia niewystarczającą liczbą osób albo alternatywnie, zdecydował się na nieprzestrzeganie przepisów dotyczących płacy minimalnej,

5. art. 7 ust. 1 i 3 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez błędne przyjęcie, że Zamawiający nie jest zobowiązany do należytego badania i oceny ofert, a co za tym idzie, nie jest zobowiązany do stwierdzenia, iż usiłowanie zdobycia zamówienia przez ZPP Świt oraz przez Redar, poprzez złożenie oferty z ceną rażąco niską, stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, przez co Zamawiający zaniechał odrzucenia ofert ZPP Świt oraz Redar, choć ich złożenie zniwelowało uczciwą konkurencję w postępowaniu,

6. art. 7 ust. 1 i 3 w związku z art. 8 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez błędne przyjęcie, że Zamawiający nie jest zobowiązany do należytego badania i oceny ofert, a co za tym idzie, uprawniony jest do utrzymania dokumentów zastrzeżonych przez ZPP Świt jako tajemnica przedsiębiorstwa, choć wykonawca ten nie dochował podstawowych obowiązków ustawowych dla wykazania, że przedmiotowe informacje faktycznie posiadają walor tajemnicy przedsiębiorstwa,

7. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez błędne przyjęcie, że Zamawiający nie jest zobowiązany do należytego badania i oceny ofert, a co za tym idzie, nie jest zobowiązany do wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty Odwołującego, pomimo że po przeprowadzeniu należytego badania i oceny ofert to właśnie oferta Odwołującego uzyskuje najwyższą ilość punktów.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem odrzucenia ofert ZPP Świt i Redar na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz wykluczenia z postępowania wykonawcy ZPP

Świt i Redar na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący wskazał, że wezwany 29 stycznia 2021 r., w trybie art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, wykonawca ZPP Świt nie przedstawił rzetelnych wyjaśnień oraz wiarygodnych dowodów na potwierdzenie twierdzeń zawartych w wyjaśnieniach. W odpowiedzi na precyzyjnie sformułowane wezwanie, ZPP Świt przekazał ogólnikowe, lapidarne, wycinkowe wyjaśnienia, które nie pokrywają pełnego zakresu kosztów związanych z realizacją zamówienia. ZPP Świt wskazał:

Asortyment	Koszt tkaniny	Koszt transportu	Koszt dodatków krawieckich, haft	Koszt pracy	Zysk ok. 15%	Cena netto asortymentu
Żakiet damski	18,45	0,20	5,75	4,50	5,10	34,00
Spódnica	17,28	0,20	2,67	4,50	4,35	29,00
Spodnie damskie	17,86	0,20	4,64	4,50	4,80	32,00
Marynarka męska	19,35	0,20	4,00	4,50	4,95	33,00
Spodnie męskie	19,15	0,20	4,20	4,50	4,95	33,00

Cena zaoferowana przez ZPP Świt stanowi zaledwie 51,57% szacunkowej wartości zamówienia powiększonej o należny VAT. Tak niska cena nie jest uzasadniona obiektywnymi względami, pozwalającymi ZPP Świt na wykonanie zamówienia bez strat finansowych. Ceny te są niższe niż ogólna wartość rynkowa tego zamówienia, co powinien był zauważyć sam Zamawiający, żądając od ZPP Świt wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. I rzeczywiście, Zamawiający zauważył, iż ZPP Świt nie obaliło niniejszymi wyjaśnieniami domniemania zaoferowania ceny rażąco niskiej, gdyż wyjaśnienia koncentrowały się na pomocy publicznej, która w żaden sposób nie została powiązana z ceną i nie mogłaby być powiązana z ceną, a takie zawierała wycinkowe zestawienie kosztów, które nie tylko nie jest wiarygodne, ale również jest niekompletne, a ponadto wyjaśnienia te nie zostały należycie udowodnione. Zamawiający, zamiast uznać, iż spełniła się przesłanka z art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, nie odrzucił oferty ZPP Świt, lecz 24 lutego 2021 r. ponownie zwrócił się do ZPP Świt o wyjaśnienie ceny rażąco niskiej:

„1. Na stronie nr 3 wyjaśnień wskazaliście Państwo, iż duże ilości kupowanych tkanin mają wpływ na udzielane rabaty do 10% a dodatkowo przy płatnościach gotówkowych

otrzymujecie Państwo dodatkowy rabat w wysokości 5%. Prosimy o wskazanie rodzaju tkaniny zaoferowanej w przedmiotowym postępowaniu oraz producenta tej tkaniny. Ponadto prosimy o przedstawianie dowodów na otrzymanie dodatkowych rabatów z tego tytułu,

2. Powołaliście się Państwo w wyjaśnieniu na niskie koszty produkcji uzasadniając je własnym nowoczesnym parkiem maszynowym, transportem oraz dobrą koordynacją zakładu. Prosimy o przedstawienie dowodów, które potwierdzą powyższą argumentację.

3. Prosimy o wyjaśnienie przyjęcia do całkowitego kosztu pracy kwoty 4,50 zł szt. za wszystkie etapy produkcji. Przyjmując, że koszt samego szycia stanowi około 50% wszystkich pozostałych kosztów wykonania, czy oznacza to, że wynagrodzenie dla pracownika szwalni wynosi 2,25 zł za wykonaną sztukę?

4. Prosimy o jednoznaczne potwierdzenie czy przysługujące dofinansowanie z funduszu PFRON do etatów osób niepełnosprawnych możecie Państwo wykorzystywać do zmniejszania ogólnych kosztów firmy i obniżania ceny zaoferowanych produktów?”

Tym samym Zamawiający dopuścił się nieuprawnionych negocjacji z ZPP Świt, gdyż żaden ustęp wyjaśnień złożonych przez ZPP Świt nie uprawniał Zamawiającego do powtórzenia czynności, która co do zasady jest jednokrotna.

Argumentacja w tym zakresie została wskazana – w uzasadnieniu dotyczącym braków dowodowych w wyjaśnieniach Redar i ma zastosowanie również w odniesieniu do braków dowodowych w wyjaśnieniach ZPP Świt. Zdaniem Odwołującego dowodami takimi powinny być: chronometraż pracy osoby niepełnosprawnej i pełnosprawnej przy wykonywaniu części garderoby zgodnych z opisem przedmiotu zamówienia, wskazanie ile etatów osób niepełnosprawnych i etatów osób pełnosprawnych jest wliczane w realizację zamówienia, dowód dotyczący wysokości wynagrodzenia i kosztów pracodawcy w związku z zatrudnieniem osób przeznaczonych na realizację zamówienia (zestawienie uwzględniające każdą osobę, gdyż koszty te mogą się różnić), dowód na poparcie realności cen tkanin, dowód na poparcie realności cen dodatków krawieckich, dowód na poparcie realności kosztów transportu, zakładaną ilość dostaw (kursów tam – rozpakowanie – z powrotem) do Zamawiającego, dowód na poparcie realności kosztów administracyjnych i ogólnych. To jest absolutne minimum dowodowe.

Pomimo że Zamawiający po raz drugi dał ZPP Świt szansę na wyjaśnienie ceny, ZPP Świt przy ponownych wyjaśnieniach w dalszym ciągu nie obalił domniemania, iż jego cena jest ceną rażąco niską. Tym samym potwierdził, że nie zachodzą w jego przypadku żadne szczególne okoliczności, właściwe temu wykonawcy, które pozwoliłyby na wycenę przedmiotu zamówienia na tak niskim poziomie.

W odniesieniu do kosztu tkanin Odwołujący wskazał, że w celu uszycia 1 szt. żakietu potrzebne jest 1,50 mb materiału, 1 szt. spódnicy do żakietu potrzebne jest 0,70 mb materiału, 1 szt. spodni damskich do żakietu potrzebne jest 1,00 mb materiału, 1 szt.

garnituru męskiego – marynarki potrzebne jest 1,75 mb materiału, 1 szt. garnituru męskiego – spodni potrzebne jest 1,30 mb materiału. Odwołujący przyjął średnie zużycia dla wszystkich rozmiarów. Powyższe zużycie wynika z raportów krojowni o zużyciu tkaniny na poszczególne asortymenty. Cena za 1 mb materiału zaoferowanego przez ZPP Świt wynosi 12,41 zł (cena zapłacona producentowi), co oznacza, że wraz z należnym podatkiem VAT koszt ten wynosi 15,26 zł. Zatem koszt tkaniny niezbędnej dla wykonania zamówienia to 134.237,60 zł brutto.

Kosztu dodatków krawieckich to 22.900,40 zł brutto. ZPP Świt wyliczył je na kwotę 30.776,00 zł brutto. W spodniach damskich i męskich policzono koszt dodatków jak w żakiecie i marynarce, mimo że nie występuje w nich haft logo. Należało więc policzyć tylko nici, gumę, suwak, guzik i wszywkę rozmiarową. Z powodu powyższych pomyłek wyliczyła koszt dodatków nierzetelnie na kwotę 370.815,12.

W odniesieniu do kosztu transportu ZPP Świt przewidział koszt 0,20 groszy dla każdej sztuki wykonanej odzieży. Obliczając tę stawkę razy 6360 szt. garderoby dostarczanej w ramach realizacji zamówienia, koszt ten został obliczony na poziomie 1.272,00 zł brutto. Kalkulacja ta nie jest właściwa, nawet gdyby przyjąć, że dostawa odbędzie się jednorazowo. Odległość między Łodzią o Zieloną Górą wynosi 606 km w obie strony. Koszt transportu ciężarowego na tej trasie wynosi 1,40 za 1 km + wynagrodzenie kierowcy za 12 godzin pracy + rozładunek. Obliczenie to byłoby właściwe, gdyby możliwa była realizacja całego przetargu jednorazowo. Z doświadczenia w realizacji zamówienia dla Zamawiającego wynika że zamówienia są sukcesywne, zatem ZPP Świt będzie musiał pokonać tę trasę co najmniej kilkakrotnie, zwłaszcza, że Zamawiający przewiduje 2-letni okres realizacji (§ 1 pkt 2 projektu umowy).

Koszt pracy w wysokości 4,50 zł za sztukę odzieży nie odzwierciedla realnych kosztów zatrudnienia pracownika. W szczególności ZPP Świt nie może uzasadniać swoich niższych niż minimalne kosztów faktem, iż jako zakład pracy chronionej otrzymuje dofinansowanie na niepełnosprawnego pracownika, zarejestrowanego w PFRON. Dofinansowanie do osób niepełnosprawnych jest przez pracodawcę otrzymywane w celu wyrównania mniejszej efektywności pracowników niepełnosprawnych. Osoby z niepełnosprawnościami wykonują swoje obowiązki wolniej, ostrożniej, dlatego też nie są w stanie uszyć tak wielu sztuk odzieży ochronnej na godzinę, ile osoby pełnosprawne. Aby mimo to zachęcić pracodawców do zatrudniania osób niepełnosprawnych, państwo subsydiuje wynagrodzenia tych osób. Przez to dany pracodawca zatrudnia wyższą liczbę pracowników niepełnosprawnych dla wykonania tej samej ilości pracy, którą wykonywaliby pracownicy w pełni sprawni, lecz koszty pracodawcy dotyczące tej wyższej liczby osób pozostają takie same jak w przypadku zatrudnienia mniejszej liczby osób pełnosprawnych. Ponadto dofinansowania do

zatrudnienia osób z niepełnosprawnością nie mogą być wykorzystywane jako powód obniżenia kosztów w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego.

W wyjaśnieniach z 1 lutego 2021 r. ZPP Świt oświadczył, że otrzymuje dofinansowanie do wynagrodzeń pracowników niepełnosprawnych, z tego wynika, że zatrudnia pracowników posiadających 1. grupę inwalidzką, a więc osoby o najwyższej niepełnosprawności. Jednocześnie brak informacji, ile z tych osób będzie brało udział w realizacji tego konkretnego zamówienia. Brak też informacji o wynagrodzeniu 14 osób pełnosprawnych i wysokości ich wynagrodzeń i uczestnictwie w realizacji zamówienia. Fakt dopłaty z PFRON do kosztów pracy oznacza, że instytucja ta ocenia wydajność pracowników na 25% wydajności pracownika pełnosprawnego. Mimo tak niskiej wydajności każdy pracownik niepełnosprawny musi otrzymać co najmniej najniższe, ale nie wypracowane wynagrodzenie. Zatem dopłaty otrzymywane z PFRON urealniamy koszty produkcji wyrobów. Jest to zgodnie z intencją przepisów o dofinansowaniu pracowników niepełnosprawnych. Dopłata z PFRON nie jest żadnym dodatkowym zyskiem uzasadniającym obniżenie rzeczywistych kosztów wykonania wyrobu, bo musi być wypłacona pracownikowi.

Uwzględniając czasochłonność uszycia poszczególnych części garderoby, dla uszycia 3280 szt. żakietów, 800 szt. spódnic do żakietu, 800 szt. spodni damskich do żakietu, 740 szt. garnituru męskiego – marynarek, 740 szt. garnituru męskiego – spodni, niezbędny jest czas w wymiarze 4.500 godzin, czyli 30 miesięcznych etatów. Powyższe oznacza, że koszt pracy pracowników wykonujących całe przedmiotowe zlecenie (bez względu na to, czy jest to osoba w pełni sprawna czy z orzeczoną niepełnosprawnością), w wymiarze 30 miesięcznych etatów, przy założeniu wynagrodzenia na poziomie ustawowej minimalnej pensji, wynosi 3352,72 zł brutto + 23% VAT, czyli 10.0581,60 zł brutto. W celu wykazania realnych kosztów ZPP Świt do powyższego należałoby doliczyć 30 % kosztów pracy w związku z mniejszą wydajnością osób niepełnosprawnych.

Zatem same koszty tkanin, koszty dodatków krawieckich, koszty transportu oraz koszty pracy pracowników wynoszą: tkaniny – 134.237,60 zł, dodatki – 22.900,40 zł, koszty 30 pracowników szwaczek w kwocie 100.581,60 zł brutto, razem: 257.719,60 zł oraz jednorazowej dostawy całego (co nie jest zgodne z § 1 pkt 2 umowy) – 1.272,00 zł. Powyższe koszty szcztatkowe stanowią aż 90% ceny wskazanej przez ZPP Świt.

Powyższe koszty nie są wszystkimi kosztami wykonawcy realizującego zamówienie.

W wyjaśnieniach ZPP Świt brakuje następujących elementów kosztotwórczych:

1. nieuwzględnione koszty pracy bezpośredniej – 28.497,86 zł:

- sporządzenie planów krojenia + wydruki trafaretów: 1 pracownik x 30 dni = 3352,72 zł,
- praca krojowni, krojenie elementów, kompletowanie i oznakowanie strony tkaniny – 2 pracowników x 30 dni = 6.705,44 zł,



- prasowanie, podklejanie kołnierzyków i pasków spódnic i spodni, zaprasowanie kieszonek, przodów, innych elementów – 2 pracowników x 30 dni = 6.705,44 zł,
- prasowanie po uszyciu – 2 pracowników x 30 dni 2 = 6705,44 zł,
- dziurki i guziki w spodniach i spódnicy, napy w żakietach i marynarkach – 1 pracownik x 30 dni = 3352,72 zł,
- brakowanie, pakowanie w torebki foliowe, pakowanie zbiorcze – 1 pracownik x 2 tyg. = 1676,10 zł.

## 2. nierefundowane koszty stałe zakładu:

- koszty 14 pracowników pełnosprawnych pracujących przy realizacji zlecenia przez 2 tygodnie = 23.465,40 zł,
- koszty zakładowe: energia elektryczna, koszt certyfikatów, koszt ubezpieczeń firmy i samochodów, koszt serwisu napraw maszyn i urządzeń, koszty materiałów biurowych, środki czystości, bhp i ochrony osobistej, koszty łączności (telefony i Internet), woda i odpady, opłaty środowiskowe, koszt papieru do plotera materiałów eksploatacyjnych, koszty amortyzacji,
- koszty opakowań jednostkowych i zbiorczych
- usługi obce.

Koszty powyższe kształtują się na podobnym poziomie i wynoszą około 10-15 % obrotu.

zestawienie kosztów i prawidłowa cena oferty

Tym samym prawidłowa cena oferty to: koszt tkanin, dodatków, szycia = 257.719,60, koszt transportu = 1.272,00; koszty pracowników nierefundowane = 23.465,40; koszty zakładowe za 1 m-c 15 % = 43.368,55; razem = 325.825,55; zakładany zysk 15 % = 48.873,83.

Cena oferty: 374.699,38; dofinansowanie wg grudnia 2020 r. = 39.618,87; cena oferty pomniejszona o zadeklarowane dofinansowanie = 335.080,51 zł (przy wydajności pracowników pełnosprawnych).

Zaniechanie wykazania kosztów w zakresie wszystkich ww. elementów świadczy o tym, że wyjaśnienia złożone przez ZPP Świt potwierdzają zaoferowanie ceny rażąco niskiej, gdyż wycena nie uwzględnia szeregu kosztów mających wpływ na cenę. O ile wykonawcy są uprawnieni do agregowania pewnych kosztów w ramach wyjaśnień ceny rażąco niskiej, to nie są uprawnieni do ich pominięcia.

Odwołujący 10 lutego 2021 r., w toku badania oferty ZPP Świt, złożył Zamawiającemu szczegółowe wyjaśnienia, dlaczego kalkulacja ZPP Świt nie jest wiarygodna i nie obala domniemania zaoferowania ceny rażąco niskiej. Argumentacja ta pozostaje adekwatna oraz stanowi część dokumentacji postępowania.

W podobnych stanach faktycznych Krajowa Izba Odwoławcza zwraca uwagę, iż wykazując realność ceny wykonawca powinien konkretnie wskazać, jakie szczególne okoliczności pozwalają mu na zaoferowanie ceny na niższym poziomie niż poziom kosztów rynkowych.

Z uwagi na ogólnikowe wyjaśnienia, częściowe zestawienie kosztów i brak istotnych dowodów ZPP Świt nie obalił domniemania zaoferowania rażąco niskiej ceny, a tym samym Zamawiający powinien był odrzucić ofertę tego wykonawcy. Złożenie jakichkolwiek wyjaśnień nie jest wystarczające dla przyjęcia, że cena jest rzetelna, zaś prowadzenie przez Zamawiającego negocjacji z ZPP Świt w tym zakresie nie konwaliduje błędów, których skutkiem ustawowym jest odrzucenie oferty wykonawcy. Zatem w toku badania i oceny oferty ZPP Świt Zamawiający dopuścił się nielegalnych negocjacji z ZPP Świt, a następnie, z naruszeniem art. 7 ust. 1 w związku z art. 90 ust. 2 i 3 oraz z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych zaniechał odrzucenia tej oferty, choć zawiera ona cenę rażąco niską.

Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 w związku z art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 ustawy Prawo zamówień publicznych dotyczy złożenia nieprawdziwych informacji w zakresie uzyskiwanych upustów cenowych od producenta tkaniny RADUS 1 – firmy Andropol S.A., co miało wpływ na wynik postępowania, tj. że ZPP Świt otrzymuje, poza 10% rabatem udzielanym wszystkim kluczowym klientom, dodatkowe rabaty za płatność gotówką, co nie jest zgodne z prawdą. Firma Andropol w przekazanym Zamawiającemu piśmie poświadcza, że nawet kluczowi klienci nie otrzymują żadnych dodatkowych upustów za płatność gotówką. W wyjaśnieniu z 1 lutego 2021 r. ZPP Świt wskazał, że poza 10% dla kluczowych klientów, ze względu na duże zakupy, otrzymuje dodatkowe rabaty w wysokości 5% za płatność gotówką. ZPP Świt, zapytany o dodatkowe rabaty, w drugim wyjaśnieniu przyznaje, że otrzymuje rabat 10% dla kluczowych klientów i pomija całkowitym milczeniem oświadczenie o dodatkowych 5% rabatów za płatność gotówką z pierwszego wyjaśnienia.

Mając na uwadze powyższe stwierdzić należy, że ZPP Świt wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji odnoszących się do rzekomej rzetelności ceny, przez co Zamawiający uznał, że oferta ZPP Świt nie podlega odrzuceniu z uwagi na rażąco niską cenę. Mając na względzie jednoznaczne i nie budzące wątpliwości oświadczenie ZPP Świt oraz treść oświadczenia Andropol S.A. powyższe ocenić należy jako umyślne wprowadzenie Zamawiającego w błąd w zakresie rzetelności ceny ofertowej. Wobec tego uznać należy, że działanie ZPP Świt wypełnia znamiona przepisów, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Prawo zamówień publicznych dotyczy sytuacji, w której wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa oświadcza nieprawdę, czyli dokonuje nadinterpretacji faktów albo potwierdza nieistnienie okoliczności, zaś art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Prawo zamówień publicznych wskazuje na konieczność ziszczenia się (choćbyby potencjalnie) skutku w postaci „przedstawienia informacji wprowadzających w błąd zamawiającego”. Istotą „błędu”, o którym mowa w tym przepisie,

jest więc wykreowanie u zamawiającego przekonania, iż wskazana okoliczność miała miejsce, podczas gdy w rzeczywistości tak nie było. Do takiego stanu doprowadzić musi swoim działaniem wykonawca poprzez przedstawienie nieprawdziwej informacji, która stała się źródłem błędnego przekonania zamawiającego o danej okoliczności/zdarzeniu. Warunkiem zaistnienia stanu błędu po stronie zamawiającego jest zatem podanie przez wykonawcę informacji nieprawdziwych, nieodpowiadających rzeczywistości. W ten sposób należy zakwalifikować przedstawienie nieprawdziwych informacji o rzekomych upustach, które nie zostały ZPP Świt przyznane. Zarówno w przypadku art. 24 ust. 1 pkt 16, jak i 17 ustawy Prawo zamówień publicznych ustawodawca wskazał na „błąd” jako skutek działania wykonawcy. W przypadku dyspozycji art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Prawo zamówień publicznych niezbędne jest zaistnienie stanu domniemanego, tj. wywołanie sytuacji, w której wykonawca wywołuje w świadomości zamawiającego fałszywy obraz rzeczywistości. Z odmienną sytuacją mamy do czynienia w art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdzie ustawodawca nie oczekuje wywołania stanu „wprowadzenia w błąd”, lecz nakazuje sankcjonować już „przedstawienie informacji wprowadzających w błąd”.

ZPP Świt oświadczyło w pierwszych wyjaśnieniach, że otrzymuje dodatkowe upusty w wysokości 5% za dokonywanie płatności gotówką ze względu na duże ilości zakupywanej tkaniny od Andropol S.A., czym dowodziło realności i rzetelności własnej kalkulacji cenowej. Wykonawca ZPP Świt w sposób niebudzący wątpliwości przedstawił Zamawiającemu wprowadzające w błąd informacje, czym doprowadził Zamawiającego do przekonania, że jego oferta nie podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych. Doszło zatem do wywarcia nie tylko potencjalnego, ale faktycznego wpływu na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu.

Wykonawca, biorący udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, zobowiązany jest do zachowania należytej staranności. Szczególnej staranności wykonawca winien dołożyć zaś w odniesieniu do informacji mogących mieć istotny wpływ na decyzje zamawiającego. Przepis art. 24 ustawy Prawo zamówień publicznych ma stanowić przede wszystkim zabezpieczenie dla zamawiającego, że ma do czynienia z wykonawcą rzetelnym, który prawidłowo zrealizuje jego zamówienie. Niewątpliwie wykonawca rzetelny to wykonawca przedstawiający zamawiającemu prawdziwe, zgodne ze stanem faktycznym informacje. Naganność podania zamawiającemu informacji wprowadzających w błąd jest oczywista i nie może podlegać dyskusji. W analizowanym przypadku stopień naganności działania ZPP Świt potęgowany jest przez fakt, że wykonawca ten miał świadomość, iż przedstawia w wyjaśnieniach dotyczących ceny nieprawdziwe informacje o rzekomych upustach cenowych, których faktycznie nie uzyskuje.

Biorąc pod uwagę, że ZPP Świt przedstawiło Zamawiającemu informacje nieprawdziwe, które skłoniły Zamawiającego do uznania, że wykonawca ten nie zaoferował ceny rażąco

niskiej, bezspornym jest, że ZPP Świt, jako profesjonalny wykonawca, nie sprostał obowiązkom spoczywającym na wykonawcy ubiegającym się o zamówienie publiczne. W analizowanym stanie faktycznym ziściły się zatem wszystkie przesłanki z art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 ustawy Prawo zamówień publicznych, co przekłada się na konieczność uznania, że ZPP Świt podlega wykluczeniu z postępowania.

W zakresie zarzutu zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Redar z uwagi na zaofierowanie oferty z rażąco niską ceną Odwołujący wskazał, że spór dotyczy legalności zaniechania odrzucenia tej oferty, pomimo że na wezwanie z art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych Redar nie przedstawił jakichkolwiek dowodów na potwierdzenie twierdzeń zawartych w wyjaśnieniach.

29 stycznia 2021 r. Zamawiający zwrócił się do Redar z wnioskiem o wyjaśnienie ceny pod kątem obalenia domniemania, że jest ona rażąco niska oraz o przedstawienie wiarygodnych dowodów potwierdzających prawdziwość twierdzeń zawartych w rzeczonych wyjaśnieniach. Zamawiający w wezwaniu wskazał, że zgodnie z art. 90 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa na wykonawcy i Zamawiający odrzuci ofertę wykonawcy, który nie udzielił stosownych wyjaśnień w wyznaczonym do tego terminie lub jeżeli dokonana przez Zamawiającego ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdzi, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zatem, nawet w przypadku nieznamości sankcji wskazanych w art. 90 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, w związku z bardzo precyzyjnym wezwaniem Zamawiającego, Redar był świadomy, że konsekwencją prawną zaniechania przedstawienia dowodów jest wykluczenie z postępowania.

Z treści złożonych przez wykonawcę wyjaśnień powinno bezspornie wynikać, że cena zaofierowana przez wykonawcę jest ceną wiarygodną i porównywalną w stosunku do cen obowiązujących na rynku za realizację zamówień publicznych takich samych lub zbliżonych, realizacja tego zamówienia nie będzie poniżej kosztów przedsiębiorcy. Celem art. 90 ustawy Prawo zamówień publicznych jest wyeliminowanie z postępowania oferty wykonawcy, który proponuje realizację przedmiotu zamówienia na warunkach nierealnych, niemożliwych do spełnienia. Mając na względzie naczelną zasadę systemu zamówień publicznych, tj. zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, Zamawiający nie może dopuścić do powierzenia realizacji zamówienia wykonawcy, którego oferta nie zapewnia jego właściwego wykonania. Nie jest zatem wystarczające złożenie przez Redar jakichkolwiek wyjaśnień – konieczne jest złożenie wyjaśnień wskazujących, że cena oferty nie jest nierealistyczna, zaś zaistnienie po stronie Redar obiektywnych czynników wpływających na obniżenie ceny oferty powinno być zostać udowodnione. Celem złożenia wyjaśnień jest umożliwienie zamawiającemu zweryfikowania poprawności dokonanej przez wykonawcę

kalkulacji ceny, a nie złożenie ogólnego zapewnienia, że wykonawca wykona zamówienie za oszacowaną przez siebie cenę. Z tego powodu wyjaśnienia powinny być wyczerpujące, konkretne i przekonujące, ujawniające najważniejsze składniki cenotwórcze, jak przykładowo koszt pracowników, zaangażowania odpowiedniego sprzętu, czy marżę wykonawcy. W przeciwnym wypadku wyjaśnienia będą miały jedynie charakter iluzorycznych i nie będą stanowiły wyjaśnienia elementów oferty, mających wpływ na wysokość cen.

Redar, w złożonych przez siebie wyjaśnieniach, powinien był wskazać i udowodnić, co spowodowało obniżenie ceny, jak również to, w jakim stopniu wskazany czynnik wpłynął na jej obniżenie. Ocena złożonych przez wykonawcę wyjaśnień oraz dowodów stanowi podstawę do uznania bądź nie, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zatem, z chwilą otrzymania żądania wyjaśnień, to na Redar spoczął ciężar udowodnienia, że zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia. Ciężar dowodu braku w ofercie rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia oznacza, że to Redar obowiązany był wskazać obiektywne czynniki mające istotny wpływ na wysokość ceny oferty (np. rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy). W przypadku kosztów pracy, ich wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę. Tymczasem wyjaśnienia Redar są bardzo ogólnikowe, lapidarne, wycinkowe, nie pokrywają pełnego zakresu kosztów związanych z realizacją zamówienia oraz nie zostały poparte dowodami. Wykonawca Redar ograniczył cenę oferty do kosztów pracy, natomiast pominął koszty stałe działalności przedsiębiorstwa, jak: energia elektryczna, koszt certyfikatów, koszt ubezpieczeń firmy i samochodów, koszt serwisu napraw maszyn i urządzeń, koszty materiałów biurowych, środki czystości bhp i ochrony osobistej, koszty łączności (telefony i Internet), woda i odpady, koszt papieru do plotera materiałów eksploatacyjnych, koszty amortyzacji.

Zamawiający zobowiązany jest odrzucić ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień, jak również gdy zostały złożone wyjaśnienia, jednakże nie zostały one poparte dowodami lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Redar udzielił odpowiedzi na wezwanie bez dochowania należytej staranności, choć obowiązany był złożyć wyczerpujące i kompletne wyjaśnienia, które w sposób nie budzący wątpliwości pozwolą na ustalenie, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz poprzeć swoje twierdzenia i kalkulacje wiarygodnymi dowodami.

Z uwagi na lakoniczne wyjaśnienia, cząstkowe zestawienie kosztów i brak jakichkolwiek dowodów Redar nie obalił domniemania zaoferowania rażąco niskiej ceny, a tym samym Zamawiający powinien był odrzucić ofertę Redar z postępowania. Złożenie jakichkolwiek wyjaśnień nie jest wystarczające dla przyjęcia, że cena Redar jest rzetelna.

Co do zarzutu zaniechania odrzucenia oferty ZPP ŚWIT z uwagi na zaoferowanie wykonania zamówienia niewystarczającą ilością osób albo z uwagi na nieprzestrzeganie przepisów dotyczących płacy minimalnej Odwołujący wskazał, że spór dotyczy legalności zaniechania uwzględnienia uchybień w zakresie kalkulacji osobowo-wynagrodzeniowej w ofercie ZPP Świt. Z kalkulacji złożonej przez ZPP Świt wynika, że ZPP Świt zatrudnia ok. ¼ osób niezbędnych do realizacji zamówienia albo alternatywnie, że zatrudnia wystarczającą liczbę osób, lecz osoby te otrzymują wynagrodzenie na poziomie ok. ¼ ustawowego minimalnego wynagrodzenia.

Zamawiający co prawda w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wskazał, że nie przewiduje wymagań, o których mowa w art. 29 ust. 3a ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. zatrudnienia na podstawie umowy o pracę, jednak rozważania dotyczące naruszenia przepisów o minimalnej podstawie wynagrodzenia są zasadne, gdyż ZPP Świt sam oświadczył, że zatrudnia własny personel na podstawie umowy o pracę. Pomimo że ZPP Świt wskazało na stawkę minimalną z 2020 roku, oczywistym jest, że z uwagi na fakt, że oferta była składana w 2021 r., konieczne jest przyjęcie do kalkulacji stawek minimalnych obowiązujących w roku 2021 r. Zgodnie zaś z przepisami najniższe wynagrodzenie (etat 168 godzin, 21 dni roboczych) wynosi 2.800,00 zł. Pracodawca do tej kwoty musi doliczyć składkę emerytalną, rentową, wypadkową, FP, FGŚP, co daje 3352,72 zł oraz urlop 246,45 zł, co daje razem 3.699,17 zł. Zatem minimalna stawka za dzień pracy winna wynosić 176,15 zł + 23% VAT.

Zgodnie z wyjaśnieniami ZPP Świt w wykonanie zamówienia zostaną zaangażowane osoby niepełnosprawne. Wykonawca nigdzie jednak nie oświadczył, ile z tych osób pełnosprawnych i z niepełnosprawnościami stanowią szwaczki. Nie sposób zatem ustalić, jaka jest wydajność personelu ZPP Świt przeznaczonego do wykonania tego zamówienia lub potencjalnie zaangażowanego do realizacji tego zamówienia.

Osoba niepełnosprawna wolniej wykonuje pracę niż osoba pełnosprawna. O ile osoba pełnosprawna uszyje 10 szt. żakietów o stopniu skomplikowania wskazanym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, o tyle osoba niepełnosprawna uszyje 6-7 szt. takich żakietów. Poniższa obniżona wydajność pracy dotyczy również pozostałych części garderoby opisanych w opisie przedmiotu zamówienia. Wydajność pracowników może wynikać zaś np. z chronometrażu rzeczoznawcy. Tymczasem, zgodnie z oświadczeniem ZPP Świt osoba niepełnosprawna pracująca w tym zakładzie jest w stanie uszyć dużo większe ilości garderoby niż osoba w pełni sprawna w innych zakładach. Powyższe wynika z oświadczenia ZPP Świt, który stwierdził, że biorąc pod uwagę uśredniony czas szycia żakietu damskiego, spódnicy do żakietu, spodni damskich do żakietu, garnituru męskiego –

marynarki oraz garnituru męskiego – spodni, ich szwaczka jest w stanie uszyć 24 sztuki odzieży w ciągu dnia pracy.

Nieprawdziwa jest informacja, że szwaczki w ZPP Świt pracują 8 godzin, jak w oświadczeniu z 1 marca 2021 r., ponieważ osoby niepełnosprawne obowiązuje 7-godzinny dzień pracy w tym półgodzinna przerwa na posiłek i wypoczynek. Ponadto, koszty pracy osoby niepełnosprawnej powiększa urlop dłuższy o 2 tygodnie.

Z uwagi na fakt, że fizycznie nie jest możliwe uszycie przez osobę niepełnosprawną w czasie dniówki wskazanych w oświadczeniu 24 szt. garderoby, alternatywnym sposobem wykonania zamówienia jest zatrudnienie większej liczby osób, które są w stanie uszyć wymagane ilości w czasie dniówki. Wówczas jednak zakładana minimalna dniówka w wysokości 176,15 zł + 23% VAT nie będzie utrzymana. Dla wykonania 24 szt. odzieży na dzień pracy ZPP Świt musi zatrudnić 2 dodatkowe osoby szyjące w zakładzie lub poza zakładem, dla których koszt pracy nierfundowanej wyniesie 176,15 + 23% VAT stawki dziennej, co dodatkowo podnosi koszt wykonania zamówienia. Powyższe wynikać może np. z chronometrażu rzeczoznawcy. Zamawiający powinien był otrzymać taki dowód w ramach wyjaśnienia ceny rażąco niskiej. Prawidłowość kalkulacji Odwołującego potwierdzają również wyjaśnienia Redar. Z oświadczenia ZPP Świt z 1 marca 2021 r. wynika także, że występująca w kalkulacji kwota 4,50 zł w całości dotyczy wynagrodzenia szwaczki, co jasno dowodzi, że ZPP Świt pominął koszty pozostałych operacji, niezbędnych do wykonania odzieży (przygotowanie, produkcja, krojenie, prasowanie, dziurki, guziki, brakowanie, pakowanie odzieży).

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych oferty, których złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, podlegają odrzuceniu. W ocenie Odwołującego, w świetle okoliczności niniejszej sprawy, złożenie przez ZPP Świt oraz Redar ofert stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, tj. działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, zagrażające lub naruszające interes innego przedsiębiorcy, który utrudnia innym przedsiębiorcom dostęp do rynku. Utrudnienie to polega w szczególności na sprzedaży zarówno przez ZPP Świt, jak i Redar, towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców (art. 3 ust. 1 w zw. z art. 15 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji). Jednocześnie jest oczywiste, iż zaoferowanie tak rażąco zaniżonej ceny za dostawę środków ochrony indywidualnej ma na celu wyłącznie eliminację konkurencyjnych wykonawców ubiegających się o przedmiotowe zamówienie.

Wykonawcy ZPP Świt oraz Redar, oferując wykonanie przedmiotu zamówienia za cenę nierealną i nie zapewniającą zysku, dopuścili się naruszenia dobrych obyczajów kupieckich, co w myśl art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji stanowi czyn nieuczciwej

konkurencji. Konsekwentnie, zarówno oferta ZPP Świt, jak i oferta Redar, podlega odrzuceniu z uwagi na dyspozycję art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W zakresie zarzutu zaniechania ujawnienia informacji, które nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa ZPP Świt Odwołujący wskazał, że zarzut dotyczy legalności utrzymania w poufności dokumentów przesłanych przez ZPP Świt 2 lutego 2021 r. w ramach wyjaśnień ceny rażąco niskiej. Wykonawca podzielił swoje wyjaśnienia na dwie części – dokumenty jawne oraz zastrzeżone.

Ustawodawca, stanowiąc w ustawie Prawo zamówień publicznych zasadę jawności, przewidział od niej wyjątek, określając w art. 8 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, że nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

W celu zachowania poufności informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa ZPP Świt powinien był – 2 lutego 2021 r. – podjąć, przy zachowaniu należytej staranności, odpowiednie działania polegające na utrzymaniu ich w poufności. Po pierwsze, powinien był zidentyfikować, jakie informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa i wyrazić wolę zachowania przedmiotowych informacji w poufności. Po drugie, powinien był wykazać, że informacje te nie były ujawniane do wiadomości publicznej. Po trzecie, powinien był podjąć szereg działań o charakterze zarówno fizycznym, jak i prawnym, dla celów ochrony informacji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa. Zdaniem Odwołującego wskazanie w mailu, że drugi plik jest „zastrzeżony”, nie wypełnia pierwszej przesłanki, dotyczącej wyrażenia woli zachowania przedmiotowych informacji w poufności. O ile w treści pliku nie pojawia się nagłówek, wstęp lub jakakolwiek informacja zawierająca wyrażenie „tajemnica przedsiębiorstwa”, to trudno mówić, aby ZPP Świt w należyty sposób wyartykułował fakt, że dane informacje mają poufny charakter. Tym bardziej więc nie można mówić o spełnieniu warunku drugiego i trzeciego.

Już 2 lutego 2021 r. ZPP Świt powinien był wykazać, jakie działania o charakterze fizycznym są wprowadzone przez wykonawcę. Tymczasem od godz. 13:31 2 lutego 2021 r. do 10:08 5 lutego 2021 r. każda osoba miała nieograniczony dostęp do informacji, gdyż nie zostały



zastrzeżone w sposób wymagany art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zatem Zamawiający bezprawnie utrzymał te informacje w poufności.

Choć w orzecznictwie przyjmuje się, że wyjaśnienia w przedmiocie rażąco niskiej ceny co do zasady mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa, to informacje przekazane 5 lutego 2021 r. wychodzą poza zakres danych, które potencjalnie mogą stanowić informacje poufne. Poszczególne elementy tych wyjaśnień mogą zasługiwać na ochronę, ale zastrzeżenie całych dokumentów nie jest zasadne.

Zamawiający bezpodstawnie utrzymał w poufności informacje, które nie posiadają waloru tajemnicy przedsiębiorstwa. Tym samym naruszył zasady uczciwej konkurencji i jawności postępowania, czym utrudnił Odwołującemu wykazywanie, że zaoferowana cena przez ZPP Świt jest ceną rażąco niską.

## II Stanowisko Zamawiającego

Zamawiający wniósł o odrzucenie odwołania w części dotyczącej zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 w związku z art. 8 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji z uwagi na upływ terminu do zaskarżenia przedmiotowej czynności oraz o oddalenie odwołania w zakresie pozostałych zarzutów.

Zamawiający wskazał, że wystąpił do wykonawcy – ZPP Świt z wezwaniem z 29 stycznia 2021 r. o wyjaśnienie rażąco niskiej ceny. W odpowiedzi ZPP Świt, pismem z 1 lutego 2021 r., przedstawił wyjaśnienia, które wskazywały, iż zaoferowana cena nie stanowi ceny rażąco niskiej. Po przeprowadzeniu analizy złożonych wyjaśnień Zamawiający uznał je za wyczerpujące i potwierdzające, iż zaoferowana cena nie stanowi ceny rażąco wygórowanej. 10 lutego 2021 r. Zamawiający otrzymał od Odwołującego pismo wskazujące na nieścisłości w wyjaśnieniach ZPP Świt m.in. dotyczących ceny tkanin i kosztów pracowniczych. Mając na uwadze zarzuty przedstawione przez Odwołującego, celem wyjaśnienia zgłoszonych wątpliwości, pismem z 24 lutego 2021 r. wystąpił do ZPP Świt o wyjaśnienie kwestii objętych zarzutami Odwołującego. Pismem z 1 marca 2021 r. ZPP Świt udzielił wyczerpujących wyjaśnień odnoszących się do zarzutów podnoszonych przez Odwołującego w zakresie kalkulacji ceny oraz dokonał zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie załączonych do wyjaśnień dokumentów.

W kolejnym piśmie z 8 marca 2021 r. Odwołujący odniósł się do wyjaśnień ZPP Świt z 1 marca 2021 r. i po raz kolejny podtrzymał swoje zarzuty. W piśmie tym Odwołujący nie kwestionował skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w piśmie z 1 marca 2021 r.

Zgodnie z art. 515 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych termin do wniesienia odwołania na czynność zamawiającego wynosi 10 dni od dnia przekazania informacji o czynności zamawiającego. W odniesieniu do rozpoczęcia biegu terminu do wniesienia odwołania na czynność utajnienia części oferty lub wyjaśnień z uwagi na zastrzeżoną tajemnicę przedsiębiorstwa rozpoczyna bieg od dnia, w którym zamawiający poinformuje o uznaniu za skuteczne zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa. Tym samym w sytuacji, kiedy wykonawca wystąpi z wnioskiem do zamawiającego o udostępnienie mu w całości oferty danego wykonawcy i zamawiający poinformuje go o terminie, w którym podejmie decyzję, czy zastrzeżenie tajemnicy zostało dokonane prawidłowo, to termin na wniesienie odwołania biegnie dopiero od tego wskazanego terminu. Tym samym termin na wniesienie odwołania od zaniechania odtajnienia zastrzeżonych w ofercie informacji powinien być liczony od momentu uzyskania przez wykonawcę wiedzy o podjęciu przez zamawiającego decyzji odnośnie skuteczności dokonanego zastrzeżenia.

W przedmiotowej sprawie wyjaśnienia ZPP Świt z 1 lutego 2021 r. i z 1 marca 2021 r. w części zostały objęte tajemnicą przedsiębiorstwa. O fakcie tym Zamawiający, wiadomościami z 9 lutego 2021 r. i z 5 marca 2021 r. poinformował Odwołującego. Zatem Odwołujący od 9 lutego 2021 r. miał wiedzę o dokonanym zastrzeżeniu tajemnicy przedsiębiorstwa i został poinformowany o odmowie udostępnienia mu tych informacji. Tym samym bieg terminu do wniesienia odwołania na czynność zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa upływał odpowiednio 16 lutego 2021 r. lub 11 marca 2021 r. Oznacza to więc, że odwołanie wniesione 7 kwietnia 2021 r. w części dotyczącej zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 w związku z art. 8 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji zostało wniesione po terminie i, zgodnie z art. 528 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych podlega odrzuceniu.

Co do zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 w związku z art. 87 ust. 1 oraz art. 90 ust. 2 i 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych Zamawiający wskazał, że w wyjaśnieniach z 1 lutego 2021 r. ZPP Świt wskazał zysk, jak założył w związku z realizacją niniejszego zamówienia. Wskazał liczbę pracowników oraz liczbę pracowników niepełnosprawnych pracujących w zakładzie, wynikające stąd kwoty refundacji oraz wartości otrzymanych dofinansowań z PFRON. Dodatkowo przedstawił szczegółowe wyliczenia wskazujące na koszty tkanin, wysokość rabatu, jaki otrzymuje od producenta tkanin, transportu, dodatków krawieckich, kosztów pracy oraz zakładany zysk. Do wyjaśnień zostały załączone m.in. umowy dotyczące refundacji dodatkowych kosztów wynikających z zatrudnienia osób niepełnosprawnych.

W związku z kolejnym pismem Odwołującego i stawianymi zarzutami, Zamawiający, chcąc uczynić zadość wątpliwościom Odwołującego, po raz kolejny zażądał wyjaśnień.

W odpowiedzi ZPP Świt przedstawił dowody potwierdzające wysokość otrzymanego rabatu od firmy Andropol S.A., dowody zakupu maszyn wraz z dowodami zapłaty, dokumenty związane z wybudowaniem nowej hali produkcyjnej, wykazy posiadanych maszyn, opinię bankową wskazującą, iż posiadane przez ZPP Świt konta nie są objęte zajęciami egzekucyjnymi, rachunek zysków i strat za 2020 rok, stawkę za 1 godzinę pracy oraz za 1 dzień pracy oraz wskaźniki zatrudnienia osób niepełnosprawnych. Przedstawiona dokumentacja w ocenie Zamawiającego wskazywała w sposób nie budzący wątpliwości, iż w niniejszym postępowaniu ZPP Świt złożył ofertę zawierającą cenę rynkową, która nie stanowi ceny rażąco niskiej.

Przedstawione wyjaśnienia oraz załączone dowody wskazują, iż wyjaśnienia ZPP Świt były szczegółowe i nie miały charakteru ogólnego. W tym zakresie zarzuty Odwołującego dotyczące treści wyjaśnień ZPP Świt nie są zasadne i nie zasługują na uwzględnienie.

Wbrew twierdzeniom Odwołującego, w przypadku prowadzenia postępowania wyjaśniającego w zakresie rażąco niskiej ceny Zamawiający uprawniony jest do żądania wyjaśnień tyle razy, aż zostaną wszystkie jego wątpliwości. W tym przypadku nie obowiązuje zasada jednokrotności wezwania. Przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych oraz prawa unijnego nie zawierają regulacji stanowiącej wprost, że zamawiający nie może wystąpić o wyjaśnienia więcej niż jeden raz. Można z tego *a contrario* wnioskować, że wystąpienie o ponowne wyjaśnienia konkretyzujące jest możliwe, a nawet konieczne. W piśmiennictwie przyjmuje się, że jeżeli wyjaśnienia są wyczerpujące, ale należałoby je doprecyzować, to należy kontynuować procedurę przedstawiania wyjaśnień i dowodów.

Jeżeli wyjaśnienia wykonawcy odnośnie zaoferowanej ceny wzbudzą w zamawiającym wątpliwości, czy to odnośnie przedstawionych wyliczeń, czy odnośnie innych aspektów oferty, nie ma przeszkód, aby skierować do wykonawcy wezwanie do wyjaśnień w tym zakresie. Kolejne wezwania muszą dotyczyć wyjaśnienia treści oferty. Zasada jednokrotnego wzywania wykonawcy do określonego działania ma prowadzić do ochrony zasady równego traktowania wykonawców, a więc zapobiegać powtarzaniu wzywania preferowanego wykonawcy aż do skutku. Kolejne wezwania nie mogą być powtórzeniem pierwotnego wezwania, ale muszą wynikać z innych okoliczności faktycznych i być oparte na innych podstawach prawnych.

W przedmiotowej sprawie kolejne wezwania, jakie kierował Zamawiający, były przede wszystkim wynikiem kolejnych zarzutów stawianych przez Odwołującego na etapie oceny i badania ofert oraz podnoszonych przez niego wątpliwości co do prawdziwości i kompletności składanych wyjaśnień. Tym samym Zamawiający nie preferował firmy ZPP Świt, a podejmował działania zmierzające do wyjaśnienia wszelkich wątpliwości podnoszonych przez Odwołującego na etapie oceny ofert. Zamawiający brał pod uwagę zarzuty Odwołującego zgłaszane w kolejnych pismach i występował o wyjaśnienie

wątpliwości podnoszonych przez Odwołującego. W ich wyniku ZPP Świt przedstawiał kolejne dokumenty stanowiące odpowiedź na zgłaszane wątpliwości. Wobec powyższego brak jest podstaw do twierdzenia, iż doszło do naruszenia przepisu art. 90 ustawy Prawo zamówień publicznych, a oferta firmy ZPP Świt zawiera rażąco niską cenę.

Odnosząc się do samych wyjaśnień Zamawiający wskazał, iż ZPP Świt przedstawił oświadczenie firmy Andropol S.A. zawierające cenę tkanin i możliwy do uzyskania rabat oraz szczegółowe kalkulacje wyprodukowania poszczególnych rodzajów wyrobów, tj. wskazał koszty tkanin – ich ceny potwierdzają załączone cenniki i oświadczenie producenta dotyczące przyznanego rabatu; koszty transportu, w tym potwierdzenie własności samochodu wykorzystywanego w firmie; koszty dodatków krawieckich – wyjaśnił, skąd ma takie koszty; koszty pracy – potwierdzone zestawieniami zatrudnienia, umowami o dofinansowanie z PFRON; potwierdzenie kosztów wynagrodzenia pracowników; zestawienie stawek godzinowych i dziennych pracowników w 2021 r.; wykaz maszyn wraz z dowodami ich zakupu i zapłaty; wyjaśnił koszty pracy szwaczek.

Składane kolejne wyjaśnienia i dowody, w ocenie Zamawiającego, potwierdziły w sposób budzący wątpliwości, iż zaoferowana cena jest ceną realną i nie ma charakteru rażąco wygórowanej. Zamawiający wskazał, że ustawa nie wskazuje, jakie dowody powinny zostać załączone na potwierdzenie twierdzeń składającego wyjaśnienia. Tym samym może to być każdy dokument, oświadczenie czy zestawienie, które uprawdopodobnia przedstawione twierdzenia. Dlatego też Zamawiający nie zgadza się z Odwołującym, iż takimi dowodami powinny być chronometrażę pracy osoby niepełnosprawnej i pełnosprawnej. Ponadto przyjęte do kalkulacji Odwołującego wartości nie odnoszą się do rzeczywistych wartości podanych w wyjaśnieniach ZPP Świt.

Zamawiający dokonał zestawienia cen, po jakich nabywał ww. towary od ZPP Świt w latach 2018-2020 do cen zaoferowanych w przetargu i wskazują one na ich wzrost od 10 zł do 20 zł na poszczególnych rodzajach wyrobów.

Przedstawione wyjaśnienia oraz załączone dowody w ocenie Zamawiającego były wystarczające i wykazywały, iż w ofercie nie występuje rażąco niska cena. Ponadto również nie doszło do naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, ponieważ kolejne wezwania były wynikiem zarzutów i wniosków Odwołującego.

Co do zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 w związku z art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Prawo zamówień publicznych Zamawiający wskazał, że zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Prawo zamówień publicznych z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Wykluczenie

wykonawcy na ww. podstawie prawnej możliwe jest w przypadku łącznego wystąpienia okoliczności, o których mowa w tej regulacji. Powyższa podstawa wykluczenia wykonawcy z postępowania znajdzie zatem zastosowanie, jeżeli wykonawcy będzie można przypisać lekkomyślność lub niedbalstwo w zależności od stanu jego świadomości. Przy lekkomyślności dłużnik (wykonawca) zdaje sobie sprawę z tego, że określone zachowanie może prowadzić do naruszenia zobowiązania, ale bezpodstawnie sądzi, iż uda mu się tego uniknąć. Przy niedbalstwie natomiast dłużnik (wykonawca) nie zdaje sobie sprawy, choć powinien, że określone zachowanie prowadzić będzie do naruszenia przez niego zobowiązania. Przesłanka wykluczenia wykonawcy wskazana w art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Prawo zamówień publicznych zachodzi w każdej sytuacji, w której możliwe jest, że zamawiający może zostać wprowadzony w błąd, przy czym w ogóle nie musi dojść do takiego wprowadzenia w błąd. Już samo podanie informacji, które mogłyby u zamawiającego spowodować mylne wyobrażenie – niezależnie od tego, jaki skutek te informacje spowodują – jest wystarczające, aby uznać, że ziszcza się przesłanka wykluczenia wykonawcy z postępowania.

W przedmiotowej sprawie nie mamy do czynienia z taką sytuacją. Zgodnie bowiem z wyjaśnieniami ZPP Świt z 1 marca 2021 r., zamawiający otrzymał dowody wskazujące, iż w odniesieniu do tkanin użytych do produkcji zaoferowanych wyrobów ZPP Świt otrzymuje rabaty o wielkości wskazanej w wyjaśnieniach.

Również bezzasadny jest zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Prawo zamówień publicznych. Przedmiotowy przepis dotyczy celowego wprowadzenia w błąd następującego przez działanie wykonawcy związane z przedstawieniem informacji bądź zatajeniem informacji, bądź niemożnością przedstawienia wymaganych dokumentów o niepodleganiu wykluczeniu, spełnianiu warunków udziału w postępowaniu lub spełnianiu kryteriów selekcji. Drugi przepis, tj. art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Prawo zamówień publicznych obejmuje nieumyślne wprowadzenie w błąd, które może nastąpić przy przedstawianiu informacji mogących mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego. Przesłanka wykluczenia z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Prawo zamówień publicznych jest zatem bardziej pojemna i obejmuje przyczyny wykluczenia wskazane w art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Prawo zamówień publicznych. Przepisy te różnicuje przede wszystkim stopień winy wykonawcy.

W świetle przedstawionych powyższej dowodów również brak jest podstaw do twierdzenia, iż doszło do naruszenia przepisu. W wyjaśnieniach z 1 lutego 2021 r. firma ZPP Świt wskazuje wprost, iż przedpłata lub krótki przelew daje jej możliwość uzyskania do 10% rabatu. Fakt ten potwierdza również wiadomość e-mail z 25 lutego 2021 r. z firmy Andropol S.A.

Co do zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 w związku z art. 90 ust. 2 i 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych w odniesieniu do wyjaśnień firmy Redar Zamawiający

wskazał, że zgodnie z art. 90 ust. 1a pkt1 ustawy Prawo zamówień publicznych, w przypadku, gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia.

W przedmiotowej sprawie oferta firmy Redar – w odniesieniu do średniej arytmetycznej nie była poniżej 30%. W odniesieniu do wartości szacunkowej z uwagi na błąd zamawiającego również powyższa wartość procentowa nie została przekroczona.

Na etapie szacowania wartości zamówienia Zamawiający przyjął, iż dokona zamówienia 2.480 szt. spodni damskich do żakietu damskiego i taką przyjęto ilość do ustalenia wartości szacunkowej, która wyniosła 498.797,80 zł. Jednakże na etapie prac komisji przetargowej, na skutek omyłki, w pakiecie nr 1 omyłkowo podano zmniejszoną ilość spodni damskich do żakietu damskiego (800 szt.). Tym samym pierwotnie przyjęta wartość szacunkowa zawierała zawyżoną wartość spodni damskich o 1.680 szt. Tym samym wartość szacunku powinna zostać pomniejszona o kwotę odpowiadającą wartości 1.680 szt. spodni damskich. Oznaczało to więc, że na etapie samego postępowania prawidłowa wartość szacunku powinna wynieść 407.187,40 zł. Przedmiotowy błąd dostrzegła komisja przetargowa, która w protokole z 29 marca 2021 r. opisała przedmiotową omyłkę. Tym samym 70% rzeczywistej wartości szacunkowej to 285.031,18 zł, a cena zaoferowana przez REDAR to 342.582,06 zł. Powyższe wyliczenie wskazuje, iż złożona przez wykonawcę Redar oferta w istocie swej nie zawierała rażąco niskiej ceny. Z tego względu zarzut Odwołującego w tym zakresie również nie zasługuje na uwzględnienie.

Powyższe okoliczności wskazują, wobec niestosowania procedury odwróconej w niniejszym postępowaniu, iż po stronie Odwołującego nie przysługuje interes prawny we wniesieniu odwołania. Wynika to z faktu, iż oferta firmy Redar nie zawiera rażąco niskiej ceny, a oferta Odwołującego w zakresie ceny jest droższa niż oferta Redar.

Odnosząc się do wyjaśnień firmy Redar Zamawiający wskazał, że zawierają one szczegółowe kalkulacje ceny poszczególnych rodzajów produktów, wskazują, iż nie odbiegają one od cen rynkowych, również przedstawione koszty pracownicze wskazują, iż nie mamy tu do czynienia z pracą poniżej wartości wynagrodzenia minimalnego. W odniesieniu do stwierdzenia „w tym złożenie dowodów”, to samo oświadczenie wykonawcy o niniejszej treści może w sprawie wykazywać wszelkie znamiona środka dowodowego. Zgodnie z orzecznictwem KIO pojęcie dowodu w rozumieniu art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych należy rozumieć szeroko, a za dowód może być uznane również złożone w toku postępowania przetargowego oświadczenie samego

wykonawcy, co do którego oferty zachodzą wątpliwości. Ponadto postępowanie w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych ma charakter wyjaśniający, nie zaś dowodowy.

Co do zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 2 lub art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z art. 2 ust. 5 ustawy o minimalnym wynagrodzeniu za pracę, w związku z § 1 rozporządzenia w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2021 r. Zamawiający wskazał, że wbrew twierdzeniom Odwołującego firma ZPP Świt przedstawiła wskaźnik zatrudnienia osób niepełnosprawnych w lutym 2021 r., obliczony zgodnie z ustawą o rehabilitacji, zawierający również liczbę osób pełnosprawnych. Przedstawiła dokumenty wskazujące na wysokość otrzymywanego dofinansowania z tytułu zatrudnienia osób niepełnosprawnych z rozbiciem na stopnie niepełnosprawności oraz kwotę refundacji kosztów płacy. Przedstawione kalkulacje wskazują, iż firma Świt spełnia wymagania ustawy o minimalnym wynagrodzeniu za pracę. Wobec powyższego postawione zarzuty w tym zakresie są bezzasadne.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych Zamawiający wskazał, że nie znajduje on potwierdzenia w zgromadzonym materiale dowodowym. W przypadku podnoszenia zarzutów czynu nieuczciwej konkurencji ważne jest skonkretyzowanie takiego czynu, którego popełnienia dopuścił się określony przedsiębiorca, a także konkretne określenie, jakiego rodzaju dobrym obyczajom przedsiębiorca uchybił. Uznanie zaś konkretnego czynu za akt nieuczciwej konkurencji wymaga ustalenia, na czym określone działanie polegało oraz kwalifikowania go pod względem prawnym przez przypisanie mu cech konkretnego deliktu. Ponadto za czyn nieuczciwej konkurencji stanowiący podstawę do odrzucenia oferty uważa się sytuację, w której wykonawca nie uwzględnił w ramach wyceny elementu składowego ceny oferty, stanowiącego jeden z kryteriów oceny ofert, wszystkich kosztów realizacji odpowiadającej mu części przedmiotu zamówienia, dokonując przeniesienia tych kosztów na inny lub inne elementy składowe ceny, celem uzyskania w postępowaniu wyższej punktacji od tej, którą otrzymałby w przypadku dokonania prawidłowej wyceny.

W przedmiotowej sprawie oferty obu firm tj. ZPP Świt i Redar zakładały zysk, na co wskazują złożone wyjaśnienia oraz dowody. Odwołujący nie wykazał również, w jakich pozycjach doszło do stosowania cen poniżej kosztów zakupu.

Wobec powyższego postawione zarzuty w tym zakresie są bezzasadne.

Zamawiający prowadził postępowanie z poszanowaniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Na wnioski Odwołującego kierował żądania w zakresie

wyjaśnienia zgłaszanych przez niego wątpliwości. Udostępniał wyjaśnienia w zakresie nie objętym tajemnicą przedsiębiorstwa, dokonał rzetelnej oceny i badania ofert, nie naruszył więc art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

### III Stanowisko przystępującego – ZPP Świt

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca I. W. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Produkcji Pościeli „ŚWIT” I. W..

Przystępujący wniósł o odrzucenie odwołania w zakresie zarzutu nr 6 oraz o oddalenie odwołania w zakresie zarzutów nr 1, 2, 4, 5 i 7.

Zdaniem Przystępującego odwołanie w zakresie zarzutu nr 6 powinno zostać odrzucone na podstawie art. 515 ust. 3 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych z 2019 r., bowiem Odwołujący 10 lutego 2021 r. oraz 8 marca 2021 r. wystosował do Zamawiającego pisma stanowiące prezentację stanowiska Odwołującego, dotyczącego złożonych przez Przystępującego wyjaśnień zaoferowanej ceny. W związku z powyższym Odwołujący miał pełną wiedzę na temat tego, że Przystępujący zastrzegł pewne informacje jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa i że informacje te nie zostały Odwołującemu przez Zamawiającego udostępnione. Jeżeli Odwołujący nie zgadzał się z tą decyzją Zamawiającego, to miał prawo wnieść odwołanie w terminie 5 dni od dnia, w którym powziął wiadomość o niezasadnym zastrzeżeniu informacji jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa. Odwołujący złożył odwołanie w tym zakresie dopiero 6 kwietnia 2021 r.

Co do zarzutu nr 1 Przystępujący wskazał, że został do wyjaśnień zaoferowanej ceny pismem z 29 stycznia 2021 r. Wezwanie to miało stosunkowo ogólny charakter, bez wskazania, które konkretnie elementy zaoferowanej ceny budzą wątpliwości Zamawiającego. Przystępujący udzielił wyjaśnień 1 lutego 2021 r. Wyjaśnienia były konkretne, zawierały szczegółową kalkulację, w jaki sposób ustalił cenę oferty, zawierały opis wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla Przystępującego oraz zostały dołączone dowody. W związku z przesłanymi wyjaśnieniami Zamawiający zwrócił się o udzielenie dalszych wyjaśnień, pismem z 24 lutego 2021 r. Kolejne wezwanie miało charakter konkretny – Zamawiający zadał Przystępującemu cztery konkretne pytania dotyczące jego wątpliwości. Przystępujący udzielił dalszych wyjaśnień w 1 marca 2021 r., w których odpowiedział na wszystkie zadane przez Zamawiającego pytania oraz załączył kolejne dowody.

Odwołujący podnosi, że wyjaśnienia Przystępującego są ogólnikowe, lapidarne oraz wycinkowe. Jest to nieprawda, gdyż wyjaśnienia Przystępującego miały dużo bardziej rozbudowany charakter niż przedstawia to Odwołujący. Odwołujący podnosi też, że



Przystępujący nie obalił domniemania zaoferowania ceny rażąco niskiej, gdyż wyjaśnienia koncentrowały się na pomocy publicznej, która zdaniem Odwołującego nie może zostać powiązana z ceną. Takie stanowisko nie może zostać uznane za prawidłowe. Korzystanie z pomocy publicznej jest wyjątkowo sprzyjającym warunkiem wykonywania zamówienia dostępnym dla Przystępującego oraz w oczywisty sposób wpływa na możliwość zaoferowania niższej ceny od wykonawców, którzy nie korzystają z pomocy publicznej.

Odwołujący kwestionuje również możliwość wystosowania przez Zamawiającego kolejnego wezwania do wyjaśnień zaoferowanej ceny. Tymczasem w komentarzach podkreśla się, że z przepisu art. 90 ustawy Prawo zamówień publicznych nie wynika, ile razy zamawiający może zwracać się do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień. A w konsekwencji należy uznać, że nie ma zakazu kierowania takiego wezwania kilkakrotnie. Kolejne wezwanie musi zostać uzasadnione obiektywnymi okolicznościami. Takimi okolicznościami może być na przykład sytuacja, w której pierwsze wezwanie do wyjaśnień miało ogólny charakter, a w wyniku otrzymanych wyjaśnień u zamawiającego zrodziły się nowe wątpliwości, które również należy wyjaśnić. W niniejszym stanie faktycznym pierwsze wezwanie Zamawiającego do wyjaśnień zaoferowanej ceny z 29 stycznia 2021 r. miało ogólny charakter – Zamawiający nie poinformował Przystępującego, jakie konkretnie elementy oferty budzą jego wątpliwości co do ewentualnego rażącego zaniżenia oferty. Przystępujący udzielił wyjaśnień, które były konkretne, kompletne i odpowiadały na wezwanie Zamawiającego i nie można ich było uznać za lakoniczne. Zamawiający postanowił ponowić wezwanie zadając konkretne pytania dotyczące kwestii wyjaśnionych w pierwotnych wyjaśnieniach. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem miał do tego prawo i nie stanowiło to naruszenia przepisów.

Obliczenia Odwołującego zawarte w odwołaniu są nieprzydatne do rozstrzygnięcia sporu i mogą stanowić co najwyżej dowód na to, że to Odwołujący nie byłby w stanie wykonać zamówienia za zaoferowaną przez Przystępującego cenę. Nie może natomiast stanowić dowodu potwierdzającego, że to Przystępujący nie jest w stanie wykonać zamówienia za zaoferowaną przez siebie cenę. Odwołujący wskazuje też ile, jego zdaniem, potrzebnych jest metrów bieżących do uszycia poszczególnych elementów garderoby i porównuje to do założeń, które przyjął Przystępujący. Ta okoliczność nie świadczy jednak o tym, że Przystępujący w sposób nierzetelny przyjął liczbę metrów bieżących, ale przyjął inną liczbę. Nie ma bowiem jednej uniwersalnej liczby metrów bieżących, która jest niezbędna do uszycia poszczególnych ubrań. Wszystko zależy indywidualnie od danego wykonawcy, w tym sposobu i techniki szycia. Aż w trzech przypadkach to Przystępujący przyjął większą liczbę metrów bieżących od Odwołującego, nie może to więc świadczyć o jakiegokolwiek nierzetelności ze strony Przystępującego.

Kalkulacja Odwołującego ma też chaotyczny charakter, brak w niej ciągu przyczynowo-skutkowego, który pozwoliłby na logiczne prześledzenie działań matematycznych

Odwołującego. Kalkulacja zawiera również szereg błędów matematycznych. Odwołujący myli również poszczególne przedmioty zamówienia. Wszystko to uniemożliwia rzetelne odniesienie się do kalkulacji, np. odnosi się do kosztów uszycia żakietu, a później wskazuje, że to były koszty uszycia spódnicy; podnosi, że koszt dodatków krawieckich dla 1 sztuki spódnicy wynosi 18.396,87 zł, podczas gdy według poprzednich wyliczeń Odwołującego powinien wynosić tylko 4,58 zł. Brak jest uzasadnienia, dlaczego nagle Odwołujący przyjął aż tak wysoką kwotę; nieprawidłowo obliczył koszt gumy (0,16 zł zamiast 0,12 zł); popełnił też dużą liczbę drobnych błędów w przeliczaniu ceny jednostkowej netto na cenę jednostkową brutto – jest to 1-4 groszy, ale przy przeliczeniu na dużą liczbę sztuk zamówienia nieprawidłowości są bardzo duże, np. 22.900,40 zł zamiast 26.294,50 zł. Przedstawione przez Odwołującego wyliczenia należy więc uznać za nieprzydatne.

Co do kosztów transportu – Przystępujący realizuje zamówienia na terenie całej Polski. Miejscem, do którego mają zostać dostarczone zamawiane towary, jest Łódź. W Łodzi ma swoje siedziby większość podmiotów oraz instytucji związanych z branżą tekstylną, z tego powodu samochody dostawcze Przystępującego często kursują na trasie Zielona Góra – Łódź – Zielona Góra. Tym samym dostarczenie towarów do Zamawiającego może odbyć się niejako przy okazji innego transportu, co pozwala na znaczne obniżenie kosztów transportu, ponieważ koszt ten można podzielić i zarachować w poczet dwóch lub więcej przedsięwzięć. Odwołujący podnosi, że Przystępujący nieprawidłowo skalkulował koszty pracy, ponieważ nie może ich uzasadnić otrzymanym dofinansowaniem dla osób niepełnosprawnych, gdyż to dofinansowanie służy, zdaniem Odwołującego, wyłącznie w celu wyrównania mniejszej efektywności pracowników niepełnosprawnych. Z tym stwierdzeniem nie można się zgodzić. Faktem jest, że co do zasady osoby z niepełnosprawnościami wykonują swoje obowiązki wolniej i ostrożniej, jednak ostateczna efektywność pracownika zależy przede wszystkim od jego doświadczenia i wprawy. Doświadczony pracownik niepełnosprawny jest dużo bardziej efektywny od pracownika pełnosprawnego, ale niedoświadczonego. W związku z tym doświadczony pracownik niepełnosprawny jest w stanie wykonywać swoje obowiązki zawodowe lepiej.

Zgodnie z orzecznictwem Przystępujący powinien wskazać, jakie szczególne okoliczności pozwalają mu na zaoferowanie ceny na niższym poziomie niż poziom kosztów rynkowych. Okoliczności te zostały przez szczegółowo wskazane w wyjaśnieniach zaoferowanej ceny. Były to: posiadanie statusu Zakładu Pracy Chronionej, co uprawnia Przystępującego do korzystania z wielu programów pomocowych; otrzymywanie miesięcznych dofinansowań do wynagrodzeń w wysokości 75% kosztów płacy; korzystanie z innych programów kierowanych do Zakładów Pracy Chronionej; przeznaczanie środków na zakup maszyn i urządzeń; posiadanie własnego taboru samochodów zamiast korzystania z usług zewnętrznych przedsiębiorstw transportowych. Okoliczności te – wbrew twierdzeniom

Odwołującego – nie są charakterystyczne dla większości wykonawców ubiegających się o tego rodzaju zamówienia. Są to okoliczności charakteryzujące przede wszystkim Przystępującego, z których nie korzystają inni wykonawcy, którzy złożyli oferty w postępowaniu.

Co do zarzutu nr 2 – zdaniem Odwołującego Przystępujący wprowadził Zamawiającego w błąd poprzez podanie informacji, że posiada w przedsiębiorstwie Andropol S.A. dodatkowy rabat w wysokości 5% w przypadku płatności gotówką. Jednak w wyjaśnieniach z 1 lutego 2021 r. Przystępujący nie wskazał, że współpracuje wyłącznie z przedsiębiorstwem Andropol S.A. Przeciwnie, wskazał, że „współpracuje od wielu lat z wieloma producentami i dostawcami tkanin oraz różnego rodzaju dodatków krawieckich”. Oczywistym jest fakt, że w realiach gospodarki wolnorynkowej poszczególne przedsiębiorstwa mają różny model oferowania rabatów swoim klientom. Dla niektórych przedsiębiorców dokonanie płatności bezpośrednio przy odbiorze produktów będzie miało duże znaczenie i z tego powodu są w stanie zaoferować klientowi dodatkowy rabat z tego tytułu. Przystępujący u większości producentów tkanin posiada dodatkowy rabat za płatność gotówką. Nie można więc uznać, że przekazał Zamawiającemu nieprawdziwe informacje – potwierdza to oświadczenie producenta tkaniny York G. S. oraz Kejt sp. z o.o.

Co do zarzutu nr 4 – zarzut Odwołującego sprowadza się do tego, że, jego zdaniem, wykonanie przedmiotu zamówienia wymaga poświęcenia dużo większej ilości czasu pracy niż założył to Przystępujący, a w konsekwencji Przystępujący wypłaci pracownikom niższe wynagrodzenie niż minimalne wynagrodzenie za pracę. Zarzut ten oraz tok rozumowania nie znajdują jednak uzasadnienia. Odwołujący przedstawia założenia dotyczące czasu pracy uwzględniając jedynie własne obserwacje. Nie przedstawia jednak, poza swoimi twierdzeniami, żadnego dowodu na tę okoliczność. Ponadto przyjmuje założenie, że osoba niepełnosprawna zatrudniona przez Przystępującego jest z całą pewnością mniej wydajna od osoby pełnosprawnej zatrudnionej przez Odwołującego. Takie założenie nie ma jednak żadnych podstaw, gdyż ostateczna efektywność pracownika nie zależy od faktu, czy jest on pełnosprawny, ale od jego doświadczenia i wprawy.

Nie ma również racji Odwołujący podnosząc, że Przystępujący podał nieprawdziwą informację, że szwaczki pracują 8 godzin, gdyż osoby niepełnosprawne obowiązują 7-godzinny dzień pracy. Takie stanowisko nie ma potwierdzenia w przepisach prawa. Zgodnie z art. 15 ust. 1 ustawy z dnia 27 sierpnia 1997 r. o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych (Dz. U. z 2021 r., poz. 573) czas pracy osoby niepełnosprawnej nie może przekraczać 8 godzin na dobę i 40 godzin tygodniowo. Oznacza to, że co do zasady czas pracy osoby niepełnosprawnej wynosi 8

godzin dziennie. Wprawdzie zgodnie z art. 15 ust. 2 tej ustawy czas pracy osoby niepełnosprawnej zaliczonej do znacznego lub umiarkowanego stopnia niepełnosprawności nie może przekraczać 7 godzin na dobę i 35 godzin tygodniowo, jednak art. 16 ust. 1 pkt 2 tej ustawy stanowi, że przepisów art. 15 nie stosuje się, gdy, na wniosek osoby zatrudnionej, lekarz przeprowadzający badania profilaktyczne pracowników lub lekarz sprawujący opiekę nad tą osobą wyrazi na to zgodę. W przedsiębiorstwie Przystępującego prawie wszystkie osoby zatrudnione na stanowisku krojczego i krawcowej wystąpiły z wnioskiem oraz otrzymały zgodę lekarza. W związku z powyższym ich czas pracy wynosi 8 godzin dziennie. Zamawiający nie postawił też wymogu zatrudnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie umowy o pracę osób wykonujących wskazane przez zamawiającego czynności w zakresie realizacji zamówienia. Również z tego powodu zarzut Odwołującego jest chybiony.

Co do zarzutu nr 5 – zdaniem Odwołującego złożenie oferty przez Przystępującego stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Z kolei zgodnie z art. 15 ust. 1 tej ustawy czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez: 1) sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców; 2) nakłanianie osób trzecich do odmowy sprzedaży innym przedsiębiorcom albo niedokonywania zakupu towarów lub usług od innych przedsiębiorców; 3) rzeczowo nieuzasadnione, zróżnicowane traktowanie niektórych klientów; 4) pobieranie innych niż marża handlowa opłat za przyjęcie towaru do sprzedaży; 5) działanie mające na celu wymuszenie na klientach wyboru jako kontrahenta określonego przedsiębiorcy lub stwarzanie warunków umożliwiających podmiotom trzecim wymuszanie zakupu towaru lub usługi u określonego przedsiębiorcy.

W niniejszym stanie faktycznym nie doszło do złożenia oferty, która mogłaby doprowadzić do sprzedaży towarów poniżej kosztów ich wytworzenia. Cena zaoferowana przez Przystępującego obejmuje wszystkie koszty wytworzenia, jak również zysk. Dodatkowo norma prawna wynikająca z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji wymaga ziszczenia się dwóch warunków. Po pierwsze, musi nastąpić sprzedaż towarów (usług) poniżej kosztów ich wytworzenia (świadczenia) albo ich odsprzedaż poniżej kosztów zakupu. Po drugie, okoliczność ta musi nastąpić w celu eliminacji innych przedsiębiorców. W niniejszym przypadku Odwołujący nie wykazał, że Przystępujący zaoferował cenę poniżej kosztów wytworzenia i nie wykazał, że rzekoma sprzedaż towarów poniżej kosztów ich

wytworzenia nastąpiła w celu eliminacji innych przedsiębiorców. Nie każda bowiem sprzedaż towarów poniżej kosztów ich wytworzenia następuje w celu wyeliminowania przedsiębiorców.

Co do zarzutu nr 7 – zarzut ten nie został w żaden sposób uzasadniony. W postępowaniu nie doszło do naruszenia zasad uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości, a oferta Odwołującego – jako że przy uwzględnieniu kryteriów oceny ofert nie jest ofertą najkorzystniejszą – słusznie za taką nie została uznana.

Przystępujący wskazał też, że koszt zakupu 1 metra bieżącego tkaniny wynosi 12,40 zł, a dowód na tę okoliczność został dołączony do wyjaśnień zaoferowanej ceny z 1 marca 2021 r.: 1) żakiet damski w fasonie z kołnierzem, zużycie tkaniny na jedną sztukę wynosi 1,22 mb, koszt tkaniny dla 1 sztuki wynosi 15,13 zł; fason w serek, zużycie tkaniny na jedną sztukę wynosi 1,08 mb, koszt tkaniny dla 1 sztuki wynosi 13,39 zł; 2) spódnica do żakieta damskiego, zużycie tkaniny na jedną sztukę wynosi 0,69 mb, koszt tkaniny dla 1 sztuki wynosi 8,56 zł; 3) spodnie damskie do żakieta damskiego, zużycie tkaniny na jedną sztukę wynosi 1,16 mb, koszt tkaniny dla 1 sztuki wynosi 14,38 zł; 4) garnitur męski – marynarka, zużycie tkaniny na jedną sztukę wynosi 1,12 mb, koszt tkaniny dla 1 sztuki wynosi 13,89 zł; 5) garnitur męski – spodnie, zużycie tkaniny na jedną sztukę wynosi 1,12 mb, koszt tkaniny dla 1 sztuki wynosi 13,89 zł. Łączny koszt zakupu tkaniny wynosi więc: przy wyborze fasonu z kołnierzem: 88.534,40 zł, przy wyborze fasonu w serek: 82.778,20 zł. Dodatkowo koszt lamówki 800 zł.

W momencie, gdy złożone jest konkretne zamówienie, Przystępujący korzysta z możliwości łączenia produktów, np. żakiety razem ze spodniami, co daje możliwość zmniejszenia zużycia tkaniny.

Powyższe wyliczenia są niższe od założeń zawartych w wyjaśnieniach z 1 lutego 2021 r., ponieważ w praktyce zamawiający często zamawiają produkty dla osób o nietypowych rozmiarach. W takim przypadku nie można podać z dużą dokładnością zużycia i dlatego zawsze należy przyjąć z ostrożności rezerwę.

Koszt zakupu dodatków krawieckich i haftu – łącznie potrzebne jest 2.340 guzików, koszt jednego guzika to 2 grosze, łączny koszt guzików to 46,80 zł. Łącznie potrzebnych jest 20.100 nap, koszt jednego napa to 18 groszy, łączny koszt nap to 3.618 zł. Zamki błyskawiczne – łącznie 2.340 sztuk, koszt jednego to 17 groszy, łączny koszt zamków to 397,80 zł. Guma – 936 mb, koszt jednego metra bieżącego to 1,20 zł, łącznie 1.123,20 zł. Nici – 636 szpulek, koszt szpulki 2,80 zł, łączny koszt 1.780,80 zł. Łączny koszt dodatków krawieckich to 6.966,60 zł. Przystępujący nie przedstawił dowodów w tym zakresie razem z wyjaśnieniami zaoferowanej ceny z uwagi na to, że koszt dodatków krawieckich stanowi

bardzo mały procent zamówienia i Przystępujący skupił się na przedstawieniu dowodów w zakresie większych kosztów zamówienia, takich jak koszt zakupu tkaniny.

Koszt dodatków krawieckich w odniesieniu do 1 sztuki poszczególnych rodzajów odzieży wynosi: żakiet damski – 1,66 zł, spódnica – 0,95 zł, spodnie damskie – 1,68 zł, marynarka – 1,66 zł, spodnie męskie – 0,95 zł.

Do wykonania haftu używane są własne hafciarki Przystępującego, które są w stanie wyszyć 150 sztuk odzieży w ciągu godziny. Hafty znajdują się na żakietach damskich oraz marynarkach od garnituru męskiego, łącznie 4.020 sztuk. Dzieląc 4.020 sztuk przez 150 (ilość, jaką można wykonać w ciągu godziny) otrzymuje się 26,8 roboczogodzin pracy. Koszt jednej sztuki wraz z niemi wynosi 0,16 zł, łącznie 643,20 zł.

Odwołujący znacząco zawyżył ceny jednostkowe transportu samochodem własnym. Całkowity koszt paliwa na ww. trasie to  $606 \times 0,47 \text{ zł} = 284,82 \text{ zł}$ . Zawyżona jest też dniówka pracy kierowcy – 350 zł + 23% VAT = 430,50 zł. Podobnie jak koszt ubezpieczenia. Ubezpieczenie AC i NW nie są obowiązkowe. Odwołujący wprowadza też w błąd dokonując obliczeń matematycznych. Skoro Odwołujący ustalił, że koszt jednej dostawy wynosi 721,51 zł, to następnym działaniem powinno być pomnożenie tej kwoty przez liczbę dostaw, jaka będzie mieć miejsce w ramach realizacji umowy. Z załączonego przez Odwołującego dokumentu wynika, że przy realizacji tożsamej umowy miało miejsce 7 dostaw produktów. Należy więc pomnożyć kwotę  $721,51 \times 7 = 5.050,57 \text{ zł}$ . Jest to całkowity koszt dostawy w toku całej umowy, który zakłada Odwołujący. Następnie, żeby móc ustalić, jaki jest koszt dostawy jednego produktu, należy ustalić ilość produktów będących przedmiotem umowy – łącznie 6.360 sztuk odzieży.  $5.050,57 \div 6.360 \text{ sztuk} = 0,79 \text{ zł}$ . Niezrozumiałe jest, w jaki sposób Odwołujący obliczył, że koszt dostawy 1 sztuki wynosi 3,61 zł.

Koszt dostawy będzie dodatkowo obniżony z uwagi na fakt, że kierowca Przystępującego, który będzie realizował transport, będzie podczas jednego wyjazdu realizował kilka zadań. Stosunkowo blisko Łodzi znajduje się Warszawa, gdzie Przystępujący realizuje kilka podobnych umów. Ponadto na trasie Zielona Góra – Łódź kierowca może zawieźć towar do Zamawiającego, natomiast wracając może odebrać od dostawców Przystępującego tkaninę. Dostawcy Przystępującego znajdują się przede wszystkim w takich miejscowościach jak Łódź, Sieradz, Dobroń k/Łodzi. Dostarczenie towarów do Zamawiającego może odbyć się przy okazji innego transportu, co pozwala na znaczne obniżenie kosztów transportu.

Koszty ogólne – pokrywane są z zysku, jaki wygeneruje przedsiębiorstwo realizując poszczególne zamówienia. Przystępujący osiągnął za rok obrotowy 2020 przychód netto w wysokości 33.488.211,09 zł oraz zysk netto w wysokości 13.240.509,68 zł (rachunek zysków i strat został dołączony do wyjaśnień z 1 marca 2021 r.). Dzieląc wartość netto oferty Przystępującego w niniejszym postępowaniu (tj. 209.160) przez przychód netto za rok obrotowy 2020 r. (tj. 33.488.211,09) otrzymujemy informacje, jaką część przychodu stanowi

będzie niniejsze zamówienie – jest to 0,62%. Oznacza to, że wszystkie koszty ogólne, na rzekomy brak których uwagę zwraca Odwołujący, należy zarachować nie tylko w koszty realizacji tego zamówienia, ale w koszty wszystkich zamówień i innych przedsięwzięć, które realizuje Przystępujący. Z racji tego, że Przystępujący realizuje dużą liczbę zamówień i przedsięwzięć, to koszty ogólne również mogą zostać zarachowane w dużą liczbę zamówień i przedsięwzięć, a to powoduje, że w ujęciu jednego zamówienia nie są to koszty duże.

Co do przedstawionej przez Odwołującego opinii rzeczoznawcy ze Stowarzyszenia Włókienników Polskich z 2 kwietnia 2021 r. – z opinii tej wynika, że została ona dokonana przy założeniu, że jedna osoba samodzielnie od początku do końca szyje jedną sztukę odzieży. Tymczasem w przedsiębiorstwie Przystępującego obowiązuje taśmowy model pracy, który polega na tym, że nad jedną sztuką odzieży pracuje w tym samym czasie 5 osób. Taki model produkcji pozwala na znaczne przyspieszenie produkcji. Jedna osoba wykonuje tylko jedną operację, przez co szybko dochodzi do dużej wprawy, co ma wpływ na jej wydajność. Z opinii nie wynika również, na podstawie jakiej metodologii opinia została przygotowana. Z całą pewnością rzeczoznawca wydający opinię nie był nigdy w zakładzie produkcyjnym Przystępującego, nie widział, jak wygląda proces produkcji i jakimi maszynami dysponuje Przystępujący, opinia nie została wydana przy uwzględnieniu sposobu organizacji pracy obowiązującej u Przystępującego. W opinii rzeczoznawcy znajduje się, jako przykładowe, wyszczególnienie czynności ręcznych i maszynowych dla marynarki męskiej wraz z określeniem minut niezbędnych – zdaniem rzeczoznawcy – na wykonanie danej czynności. Zestawienie to jest jednak nieadekwatne dla sposobu organizacji pracy obowiązującej u Przystępującego.

Według obliczeń Przystępującego czas na uszycie jednej marynarki jest znacznie krótszy niż wskazane w opinii 47,2 minuty – łączne wykonanie wszystkich czynności wraz ze złożeniem marynarki i włożenie jej do worka foliowego zajmuje 13 minut i 50 sekund. Na zdecydowany szybszy czas realizacji poszczególnych czynności wpływ mają również nowoczesne maszyny.

Co do etapów procesu zawartych w opinii rzeczoznawcy Przystępujący wskazał, że: sporządzenie układu szablonów na tkaninie lub wydruk trafaretów, sporządzenie planów krojów i wykrojenie poszczególnych elementów wyrobu, znaczenie lewej strony wykrojów, składanie wykrojonych elementów – wykonywane są przy użyciu trafaretu przez właścicielkę przedsiębiorstwa, panią W. Jednocześnie pani W. nadzoruje pracę krojczych, którzy tym samym ograniczają się wyłącznie do wykrawania. Nie są to wyspecjalizowani pracownicy, przez to ich koszt pracy jest zminimalizowany. Trafarety są przygotowane na stół 9,49 m długości, na którym można ułożyć 7 sztuk odzieży. Nakład może wynosić 300 warstw tkaniny. Nakład w wysokości 300 warstw tkaniny zajmuje nakładacze 6 godzin. Wykrawanie

zajmuje 3 godziny. Łączny czas pracy w tym zakresie wynosi więc 9 godzin. W tym czasie można wykroić 2.100 sztuk odzieży (7 sztuk odzieży na jednym nakładzie x 300 warstw tkaniny). Łączna liczba sztuk odzieży będącej przedmiotem niniejszego zamówienia wynosi 6.360 sztuk, co oznacza to, że łączny czas pracy w tym zakresie wyniesie 27 godzin roboczych.

Kolejne dwa etapy: podklejanie części składowych (pasków do spodni i spódnic) oraz prasowanie międzyoperacyjne wykonanych elementów nie występują w zakładzie produkcyjnym Przystępującego. W procesie produkcji odzieży medycznej lekkiej nie ma w ogóle konieczności wykonywania tej czynności. Klei się wyłącznie odzież wizytową, nie roboczą. Nie dokonuje się również zaprasowania, ponieważ krawcowe potrafią uszyć odpowiedni odcinek prosto bez dodatkowej pomocy. W zakładzie produkcyjnym Przystępującego nie występuje również czynność, „Prasowanie wyrobów na gotowo”. W procesie produkcji odzieży medycznej lekkiej nie ma w ogóle konieczności wykonywania tej czynności. Wynika to z faktu, że odzież ta i tak musi zostać wyprana i dokładnie przepłukana przez odbiorcę przed założeniem, ze względów higienicznych.

W opisie procesu przedstawionym w opinii rzeczoznawcy wiele procesów się powtarza, np. punkt 16. i 19. „Odszywanie zapięć w żakietach i marynarkach”. Pod pozycją 18. wskazane zostało „Wszywanie ekspresów i przyszywanie guzików”, a pod pozycją 21. „Wykonanie dziurek w zapięciach, przyszywanie guzików lub montowanie nap”. Mimo że opis różni się nieznacznie, wszystkie wyżej wskazane punkty to jest jedna i ta sama czynność.

Proces produkcji Przystępującego podlega licznym kontrolom i audytom. Przystępujący posiada certyfikat ISO 9001-2015 i AQAP 2110:2016. Podczas auditów szczegółowo weryfikowane są wszystkie procesy mające miejsce u Przystępującego, w tym kadry i płace, proces wysyłania ofert przetargowych, realizacji umów, proces produkcji, pakowania i magazynowania. Weryfikowane są przyrządy metrologiczne, miary krawieckie, wagi, poziom oświetlenia, zapylenia, hałasu, warunki pracy pracowników, stosowanie przepisów i zaleceń BHP, przeglądy maszyn i urządzeń. Gdyby proces produkcji Przystępującego miał jakąkolwiek niezgodność, to Przystępujący nie otrzymałby stosownych certyfikatów.

Odwołujący podnosi nieuprawnione twierdzenia, że dofinansowanie dla osób niepełnosprawnych, które otrzymuje Przystępujący, służy nieuczciwemu zaniżeniu kosztów produkcji. Dofinansowanie to stanowi pomoc publiczną i jest opodatkowane. Na Przystępującym z tego tytułu spoczywa również szereg obowiązków: 1) wyposażenie gabinetów pielęgniarskich w odpowiednie lekarstwa, lampy bakteriobójcze; 2) zatrudnienie pielęgniarki; 3) szkolenia w ośrodkach medycyny pracy; 4) konieczność zawarcia umowy z przychodnią na świadczenie podstawowej i specjalistycznej opieki zdrowotnej; 5) zaangażowanie lekarza zakładowego; 6) stworzenie zakładowego funduszu rehabilitacji osób niepełnosprawnych; 7) sfinansowanie pracownikom niepełnosprawnym turnusów



rehabilitacyjnych, zakup okularów, leki, aparaty słuchowe, artykuły ortopedyczne. Wszystkie te kwestie Przystępujący finansuje w całości, pracownicy nie partycypują w kosztach i nie stanowi to przychodu pracownika, a w konsekwencji nie powoduje dodatkowego opodatkowania. To wszystko powoduje, że praca u Przystępującego jest atrakcyjna.

#### IV Stanowisko Izby

Rozpatrując złożone odwołanie Izba na wstępie stwierdziła, że zgodnie z art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz.U z 2019 r. poz. 2020) do czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stosuje się przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 z późn. zm.), natomiast do postępowania odwoławczego przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021, poz. 1229).

Izba stwierdziła także, że – poza zarzutem nr 6 – nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, opisanych w art. 528 ustawy Prawo zamówień publicznych z 2019 r.

Zarzut nr 6 podlega odrzuceniu na podstawie art. 528 pkt 3 w zw. z art. 515 ust. 3 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych z 2019 r.

Zgodnie z art. 528 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych z 2019 r. Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie. Art. 515 ustawy Prawo zamówień publicznych z 2019 r. określa terminy na wniesienie odwołania. W ust. 1 pkt 2 i ust. 3 pkt 2 określa on, że w przypadku zamówień, których wartość jest mniejsza niż progi unijne, odwołanie wnosi się w terminie 5 dni od dnia przekazania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia, jeżeli informacja została przekazana przy użyciu środków komunikacji elektronicznej albo 10 dni od dnia przekazania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia, jeżeli informacja została przekazana w inny sposób; z tym, że odwołanie w przypadkach innych niż określone w ust. 1 i 2 (dotyczącym specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz ogłoszenia o zamówieniu) wnosi się w terminie 5 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia.

Jako że informacje dotyczące tajemnicy przedsiębiorstwa nie stanowią czynności, co do której zamawiający przekazuje informacje, zastosowanie ma ust. 3, czyli chwila, w której wykonawca dowiedział się lub mógł powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę wniesienia odwołania, tu – o decyzji Zamawiającego dotyczącej nieujawniania dokumentów zastrzeżonych przez Przystępującego w ramach wyjaśnień ceny.

Zamawiający okazał z dokumentacji postępowania wydruki z korespondencji pomiędzy Zamawiającym a Odwołującym, dotyczące prośby o przesłanie kopii wyjaśnień Przystępującego dotyczących ceny – prośba Odwołującego z 3 lutego 2021 r. oraz odpowiedź Zamawiającego z 9 lutego 2021 r., w której wskazuje on, iż przesyła wyjaśnienia niezastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa. Zamawiający wyjaśnił, iż część tych wyjaśnień została zastrzeżona jako tajemnica przedsiębiorstwa. Następnie, na wezwanie z 24 lutego 2021 r., pismem z 1 marca 2021 r., Przystępujący udzielił kolejnych wyjaśnień, które przesłał Zamawiającemu za pośrednictwem poczty elektronicznej 1 marca 2021 r. w dwóch plikach – jednym jawnym, drugim zastrzeżonym jako tajemnica przedsiębiorstwa. W pliku zastrzeżonym Przystępujący załączył pismo zawierające uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Zamawiający nie ujawnił treści tego pisma. 5 marca 2021 r. Odwołujący, za pośrednictwem poczty elektronicznej, zwrócił się z prośbą o przesłanie dodatkowych wyjaśnień Przystępującego na temat rażąco niskiej ceny i w odpowiedzi z 5 marca 2021 Zamawiający przesłał owe „dalsze wyjaśnienia” z zastrzeżeniem „za wyjątkiem dokumentów zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa”. Odwołujący potwierdził powyższy stan faktyczny.

Izba stwierdziła, iż zarzut nr 6 podlega odrzuceniu ze względu na to, iż informacje Zamawiającego o tym, że udostępnia jedynie część dokumentów niezastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa, należy potraktować jako odmowę udostępnienia. Zamawiający nie wskazał jednocześnie, że jeszcze bada kwestię zastrzeżenia tej tajemnicy, jak też Odwołujący nie zwrócił się z kolejnym zapytaniem, czy takie dokumenty zostaną mu udostępnione w terminie późniejszym ze względu na ww. fakt niepodjęcia w chwili przekazywania dokumentów decyzji, czy Zamawiający zastrzeżoną dokumentację ujawni. Tym samym należy uznać, że już we wskazanych datach 9 lutego i 5 marca 2021 r. Odwołujący powziął wiadomość, że informacje te objęte są tajemnicą przedsiębiorstwa, a Zamawiający nie zamierza ujawniać ich treści. Tym samym termin na wniesienie odwołania upłynął odpowiednio 15 lutego 2021 r. (poniedziałek) oraz 10 marca 2021 r. Niniejsze odwołanie zostało natomiast złożone 6 kwietnia 2021 r.

Termin na wniesienie odwołania w tym zakresie nie biegnie też od dnia przekazania Odwołującemu informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej (tj. od chwili udostępnienia wskazanej w art. 96 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych), ponieważ Odwołujący wcześniej zwrócił się do Zamawiającego o przekazanie mu przedmiotowych dokumentów, a Zamawiający dokumenty te wcześniej udostępnił.

Izba ustaliła także, że Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 505 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych z 2019 r. Przepis ten stanowi, że środki ochrony

prawnej przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu oraz innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy (ustawy Prawo zamówień publicznych). Interesu tego Odwołującego nie pozbawia fakt, że jego oferta zajęła dalsze miejsce w rankingu ofert i w przypadku przegranego postępowania odwoławczego nadal byłaby ofertą niżej ocenioną niż kwestionowane oferty konkurentów. Należy zwrócić uwagę, że odwołanie składane jest właśnie w celu eliminacji tych ofert, a tym samym zmiany rankingu ofert. Interesu tego nie pozbawia Odwołującego także fakt, że finalnie mógłby on nie mieć racji i odwołanie podlegałoby oddaleniu, zatem ranking ten by się nie zmienił.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie: art. 7 ust. 1 i 3, art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17, art. 87 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 1, 2, 3 i 4, art. 90 ust. 2 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz art. 2 ust. 5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę i § 1 rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 15 września 2020 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2021 r.

Przywołane przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych stanowią:

Art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych: Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

Art. 7 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych: Zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.

Art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Prawo zamówień publicznych: Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się: 16) wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria, zwane kryteriami selekcji, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów; 17) wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych: W toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji

dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.

Art. 89 ust. 1 pkt 1-4 ustawy Prawo zamówień publicznych: Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: 1) jest niezgodna z ustawą; 2) jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3; 3) jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji; 4) zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia;

Art. 90 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych: Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.

Art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych: Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Art. 2 ust. 5 ustawy o minimalnym wynagrodzeniu za pracę: Jeżeli Rada Dialogu Społecznego nie uzgodni w terminie, o którym mowa w ust. 3, wysokości minimalnego wynagrodzenia w roku następnym oraz nie ustali wysokości minimalnej stawki godzinowej w roku następnym, Rada Ministrów ustala, w drodze rozporządzenia, w terminie do dnia 15 września każdego roku, wysokość minimalnego wynagrodzenia w roku następnym, a także wysokość minimalnej stawki godzinowej w roku następnym wraz z terminem zmiany tych wysokości. Wysokość minimalnego wynagrodzenia, a także wysokość minimalnej stawki godzinowej ustalone przez Radę Ministrów nie mogą być niższe od wysokości minimalnego wynagrodzenia oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej, o których mowa w ust. 2 pkt 1. § 1 rozporządzenia w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2021 r.: Od dnia 1 stycznia 2021 r. ustala się minimalne wynagrodzenie za pracę w wysokości 2800 zł.

Izba ustaliła, iż stan faktyczny postępowania dotyczący postawionych zarzutów (w szczególności treść oferty Przystępującego, treść oferty wykonawcy Redar i złożonych przez nich dokumentów/wyjaśnień oraz treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia) nie jest sporny między Stronami i Przystępującym.

Po zapoznaniu się z przedmiotem sporu oraz argumentacją Stron i Przystępującego, w oparciu o stan faktyczny ustalony na podstawie dokumentacji postępowania przetargowego przedstawionej przez Zamawiającego oraz pism i stanowisk Stron i Przystępującego przedstawionych podczas rozprawy Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie zasługuje na częściowe uwzględnienie – w zakresie zarzutu nr 1 i nr 3, w pozostałym zaś zakresie podlega oddaleniu.

Dla nr pakietu 1 zostały złożone 4 oferty z cenami kolejno: Przystępujący – 257.266,80 zł, Redar – 342.582,06 zł, Odwołujący – 362.481,00 zł; Grupa Sympetrum Sp. z o.o. – 459.429,60 zł. Przy czym ceny jednostkowe netto podane w ofercie Przystępującego dla poszczególnych rodzajów odzieży to: 34 zł za żakiet damski, 20 zł za spódnicę, 32 zł za spodnie damskie, 33 zł za marynarkę męską i 33 zł za spodnie męskie.

Kwota, jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia dla pakietu nr 1 to 498.797,80 zł brutto.

W odniesieniu do zarzutu nr 1 – dotyczącego nieprawidłowego obliczenia ceny oferty Przystępującego Izba stwierdziła, że zarzut ten potwierdził się.

Pismem z 29 stycznia 2021 r. Zamawiający, działając w oparciu art. 90 ust. 1a ustawy Prawo zamówień publicznych, wezwał Przystępującego do wyjaśnień poziomu ceny, które to wyjaśnienia Przystępujący złożył pismem z 1 lutego 2021 r. Następnie Zamawiający, pismem z 24 lutego 2021 r., wezwał Przystępującego do złożenia dodatkowych wyjaśnień, których Przystępujący udzielił pismem z 1 marca 2021 r.

W wezwaniu z 24 lutego 2021 r. Zamawiający zawarł następujące pytania:

„1. Na stronie nr 3 wyjaśniliście Państwo, iż duże ilości kupowanych tkanin mają wpływ na udzielane rabaty do 10% a dodatkowo przy płatnościach gotówkowych otrzymujecie Państwo dodatkowy rabat w wysokości 5%. Prosimy o wskazanie rodzaju tkaniny zaoferowanej w przedmiotowym postępowaniu oraz producenta tej tkaniny. Ponadto prosimy o przedstawianie dowodów na otrzymanie dodatkowych rabatów z tego tytułu.

2. Powołaliście się Państwo w wyjaśnieniu na niskie koszty produkcji uzasadniając je własnym nowoczesnym parkiem maszynowym, transportem oraz dobrą koordynacją zakładu. Prosimy o przedstawienie dowodów, które potwierdzą powyższą argumentację.

3. Prosimy o wyjaśnienie przyjęcia do całkowitego kosztu pracy kwoty 4,50 zł szt. za wszystkie etapy produkcji. Przyjmując, że koszt samego szycia stanowi około 50% wszystkich pozostałych kosztów wykonania, czy oznacza to, że wynagrodzenie dla pracownika szwalni wynosi 2,25 zł za wykonaną sztukę?

4. Prosimy o jednoznaczne potwierdzenie czy przysługujące dofinansowanie z funduszu PFRON do etatów osób niepełnosprawnych możecie Państwo wykorzystywać do zmniejszania ogólnych kosztów firmy i obniżania ceny zaoferowanych produktów?”

W ocenie Izby takie działanie Zamawiającego było poprawne – w drugim wezwaniu Zamawiający poprosił o uszczegółowienie wyjaśnień udzielonych w pierwszym terminie i udzielenie mu konkretnych informacji co do okoliczności wskazanych mu w tych wyjaśnieniach, co jest zgodne z przyjętymi zasadami wyjaśniania ceny oferty, o którym

mowa w art. 90 ustawy Prawo zamówień publicznych. Izba nie dopatrzyła się tu elementu niedozwolonych negocjacji z Przystępującym, zabronionych art. 87 ust. 1 i art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Izba nie stwierdziła też lakoniczności czy ogólnikowości wyjaśnień, która skutkować by miała uznaniem tych wyjaśnień za niezłożone w rozumieniu podstawy do odrzucenia oferty wyrażonej w art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Tym samym odniosła się do drugiej z okoliczności wymienionych w art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. oceny oferty przez pryzmat tych wyjaśnień.

Jeśli zaś chodzi o samą instytucję wyjaśnień z art. 90 ustawy Prawo zamówień publicznych, Izba wskazuje, że wyjaśnienia udzielone zamawiającemu w trakcie postępowania przetargowego mają kluczowe znaczenie w postępowaniu odwoławczym – bowiem to czynność zamawiającego podjęta w oparciu o nie i mająca miejsce w trakcie postępowania przetargowego (uznanie ceny oferty za prawidłową lub nie), ma znaczenie i jest oceniana przez Izbę – zaś polemika prowadzona w trakcie postępowania odwoławczego może być jedynie ich uzupełnieniem w odniesieniu do argumentacji podnoszonej przez oponenta w odwołaniu i postępowaniu odwoławczym.

Tym samym Izba stwierdziła, że w przypadku zmiany założeń do wyliczeń pomiędzy wyjaśnieniami udzielonymi Zamawiającemu w trybie art. 90 ustawy Prawo zamówień publicznych a udzielonymi Izbie w trakcie postępowania odwoławczego – co miało miejsce w stosunku do niektórych wskazań Przystępującego, pierwszeństwo mają dane wskazane w wyjaśnieniach. Zmiana zaś tych danych co najwyżej może podważać wiarygodność samych wyjaśnień udzielonych Zamawiającemu, jak też wiarygodność wyjaśnień złożonych podczas rozprawy. Należy także zauważyć, że, w ocenie Izby, Przystępujący w swoich początkowych wyliczeniach przyjął słuszne założenie, że musi przyjąć rezerwę co do kosztu materiału ze względu na prawdopodobieństwo zamawiania przez Zamawiającego nietypowych rozmiarów, którą to rezerwę następnie zredukował w piśmie procesowym w celu redukcji kosztów tkaniny. Zdaniem Izby Przystępujący jednak nie mógł założyć, że Zamawiający będzie zamawiał wyłącznie rozmiary standardowe i mniejsze.

Biorąc pod uwagę treść wyjaśnień, w ocenie Izby największe znaczenie mają informacje wskazane w piśmie z 1 lutego 2021 r., w szczególności tabela zawierająca kalkulację kosztów wykonania poszczególnych sztuk odzieży:

Asortyment	Koszt tkaniny	Koszt transportu	Koszt dodatków krawieckich,	Koszt pracy	Zysk ok. 15%	Cena netto zaoferowanego asortymentu	Dotyczy liczby sztuk
------------	---------------	------------------	-----------------------------	-------------	--------------	--------------------------------------	----------------------

			haft			(cena z oferty)	
Żakiet damski	18,45	0,20	5,75	4,50	5,10	34,00	3.280
Spódnica	17,28	0,20	2,67	4,50	4,35	29,00	800
Spodnie damskie	17,86	0,20	4,64	4,50	4,80	32,00	800
Marynarka męska	19,35	0,20	4,00	4,50	4,95	33,00	740
Spodnie męskie	19,15	0,20	4,20	4,50	4,95	33,00	740

Izba stwierdziła, że pomimo wnoszonych przez Odwołującego w odwołaniu zastrzeżeń co do wartości podanych w kolumnie „Koszt tkaniny”, w rzeczywistości nie budziły one wątpliwości Odwołującego co do zbyt niskiego kosztu. Należy zauważyć, że zarzut rażąco niskiej ceny, jak sama nazwa wskazuje, dotyczy zbyt niskiego wyliczenia kosztu, a nie ewentualnego zbyt wysokiego zużycia tkaniny, na które wskazywał Odwołujący. Tym samym Izba uznała te wartości za niesporne i ustalone.

Odwołujący zakwestionował wskazany w tabeli koszt transportu 0,20 zł/szt. Z wyjaśnień Przystępującego wynika, że poczynił on pewne założenia co do transportu, w szczególności transport raczej większych partii niż pojedynczych sztuk (co, zdaniem Izby, wynika wprost z przyjętych kwot 0,20 zł za sztukę) i wspólny transport z innymi przedmiotami, które to założenia mogą się potwierdzić lub nie. Obecnie trudno zweryfikować prawidłowość tych założeń, lecz nie ma to większego znaczenia dla kalkulacji, gdyż koszt transportu – w przypadku gdy *gros* realizacji zamówienia nie będzie polegać na wielokrotnym dostarczaniu pojedynczych sztuk, a takiego założenia również nie można przyjąć – nie stanowi znaczącego kosztu oferty.

Izba przyjęła wyjaśnienia Przystępującego co do kosztów dodatków krawieckich i haftu zawartych w tej tabeli uznając, że Odwołujący skutecznie nie zakwestionował ich wysokości. Ponadto, podobnie jak transport, nie są to wartości determinujące cenę oferty.

Odwołujący nie zakwestionował również wysokości założonego zysku zawartego w kolumnie „Zysk w wysokości około 15%”. Przystępujący wyjaśnił, że – zgodnie ze swoją praktyką – z wartości wskazanych w tej kolumnie zamierza pokryć koszty ogólnozakładowe. Odwołujący nie wykazał, że koszty ogólnozakładowe są wyższe niż wartości wskazane w tej kolumnie, zatem Izba uznała je za prawidłowe. Z założenia oferta odznaczająca się „rażąco niską ceną” to oferta poniżej kosztów wykonania, zatem zysk może być minimalny, a nawet zerowy. Zatem niewielki zysk, zysk mniejszy niż założony lub nawet brak zysku nie jest podstawą do stwierdzenia, że cena oferty jest rażąco niska.

Problematyczny i przesądający natomiast jest wskazany przez Przystępującego koszt pracy w wysokości 4,50 zł za sztukę odzieży. W ramach wyjaśnień z 1 marca 2021 r. Przystępujący dodatkowo wskazał, że koszt pracy szwaczki stanowi 15% tej kwoty oraz, że zakłada, że w ciągu 8-godzinnego dnia pracy krawcowa uszyje średnio 24 sztuki odzieży.

W trakcie postępowania odwoławczego wyjaśnił, że w realizacji zamówienia bierze udział zespół 5-osobowy.

W wyjaśnieniach z 1 lutego 2021 r. wskazał także na atrakcyjne ceny zakupu tkanin zgodnych z wymaganiami Zamawiającego – płatność przedpłata lub krótki przelew, rabat minimum 10% oraz, że zakład zatrudnia 47 osób, w tym 33 osoby niepełnosprawne. W ramach refundacji (pomocy publicznej) poniesionych kosztów płacy osób niepełnosprawnych, zakład otrzymuje miesięcznie dofinansowanie do wynagrodzeń w wysokości 75% kosztów płacy. Zgodnie z art. 2 pkt 4a ustawy z dnia 27 sierpnia 1997 r. o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych za koszty płacy uważa się wynagrodzenie brutto oraz finansowane przez pracodawcę obowiązkowe składki na ubezpieczenia emerytalne, rentowe i wypadkowe, naliczane od tego wynagrodzenia i obowiązkowe składki na Fundusz Pracy i Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych. Zakład otrzymał dofinansowanie do wynagrodzeń pracowników niepełnosprawnych (kwota refundacji kosztów płacy): grudzień 2020 rok – 39.618,87 zł; listopad 2020 rok – 37.972,03 zł; październik 2020 rok – 41 178,65 zł.

ZPP Świt korzysta również z innych programów, kierowanych do zakładów pracy chronionej, realizowanych przez PFRON, na podstawie ustawy o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych, w tym dotyczącego refundacji dodatkowych kosztów zatrudnienia osób niepełnosprawnych na podstawie art. 32 ust. 1 pkt 2 ustawy o rehabilitacji. W roku 2020 zakład podpisał umowę z PFRON na kwotę 26 308,43 zł. Pomoc *de minimis* w latach 2018-2020 wyniosła 110.250,30 zł.

Przystępujący wskazał, że wszyscy pracownicy zatrudnieni w zakładzie pracują w pełnym wymiarze czasu pracy i otrzymują wynagrodzenie nie niższe niż wynagrodzenie minimalne obowiązujące w danym roku. Wynagrodzenie minimalne zgodnie z rozporządzeniem z 2019 roku w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2020 r., wynosi brutto 2600 zł, netto 1920,62 zł i każdy pracownik otrzymuje wynagrodzenie co najmniej w kwocie wskazanej w rozporządzeniu. Dodatkowo pracownicy, zgodnie z obowiązującym w zakładzie regulaminem wynagradzania, otrzymują premię uznaniową, o której decyduje właściciel zakładu.

Biorąc za podstawę rozważań wyjaśnienia udzielone przez Przystępującego Izba stwierdziła, że w jej ocenie podane przez Przystępującego koszty wykonania zamawianej odzieży są



zbyt niskie. Ze względu na fakt, że Przystępujący nie podał czasu wykonania innego elementu niż żakiet (podobnie jak Odwołujący), Izba do tego elementu odniesie się głównie, przyjmując, że czas wykonania marynarki męskiej, ze względu na jej podobieństwo, jest analogiczny. Są to również elementy odzieży stanowiące większość zamówienia  $3280 + 740 = 4020$  z 6.360 sztuk, tj. 63,21 %.

Nawet biorąc pod uwagę, że ze względu na deklarowaną przez Przystępującego organizację pracy i wykorzystanie czasu pracy znacznie lepszą niż zakładał to ekspert w swojej opinii i przyjmując wskazany przez Przystępującego czas wykrojenia i uszycia jednego żakietu wraz z jego pakowaniem i bez rozróżnienia na wydajność osoby pełnosprawnej i niepełnosprawnej, jako 13 minut i 50 sekund, to w ciągu godziny zespół jest w stanie wykonać 4 takie żakiety/marynarki. Jeśli przyjąć, że wszystkie osoby pracują 8 godzin dziennie i nie wliczać w to należnej pracownikom przerwy na posiłek oraz, że są w stanie utrzymać taką wysoką wydajność przez całe 8 godzin pracy, oznacza to 32 sztuki dziennie.

Tu należy dokonać korekty, gdyż po zakończeniu swojego etapu produkcji, dana osoba może rozpocząć pracę nad kolejną sztuką, lecz jednocześnie opóźnienie osoby na wcześniejszym etapie wstrzymuje pracę osób w kolejnych etapach (szwaczki nie rozpoczną szycia bez wykrojonych elementów, pakowacz nie zapakuje bez zakończenia całego etapu produkcji itd.).

Podczas rozprawy ani Odwołujący, ani Zamawiający i Przystępujący nie potrafili wskazać sensownego i zbieżnego modelu przeliczenia podawanego czasu wykonania 1 sztuki odzieży na godzinę pracy zespołu, co pozwoliłoby ustalić koszt takiej pracy. Zatem Izba odniosła się do jedynej konkretnej informacji, jaką podał Przystępujący, tj. 15% z 4,50 zł jako kosztu pracy szwaczki. Tym samym Izba przyjęła, że analogicznie cały zespół musi wykonać 32 sztuki odzieży, w tym 63,21% żakietów/marynarek. Zaś cena netto sprzedaży Zamawiającemu owych 32 sztuk w ramach wartości odnoszącej się do kosztów pracy (4,50 zł) musi zaś pokryć dniówkę całego zespołu zajmującego się tą produkcją (od 42,35 zł – lecz jest to kwota mało prawdopodobna, do 100,40 zł). Oczywiście nie wszystkie osoby z zespołu muszą poświęcać tyle samo czasu na produkcję tej odzieży, ale w tym zakresie Przystępujący również nie podał danych, zatem Izba nie uwzględniła tego w wyliczeniach.

Izba wzięła powyższą wartość do wyliczeń jako jedyną szczegółowo opisaną przez Przystępującego, jakkolwiek należy zauważyć, że jest to wartość odbiegająca od wskazywanej wcześniej przez Przystępującego w wyjaśnieniach z 1 marca 2021 r., tj. 24 sztuk odzieży (różnego asortymentu) w 8-godzinnym dniu pracy szwaczki, co oznaczałoby 3 sztuki odzieży na godzinę.

Zgodnie z rozporządzeniem w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2021 r. minimalne wynagrodzenie za pracę to 2800 zł, a minimalna stawka godzinowa to 18,30 zł. Przy wynagrodzeniu minimalnym koszty

pracodawcy (miesięczny koszt zatrudnienia pracownika na umowę o pracę w 2021 roku) wynosi 3.373 zł brutto (nie wliczając w to kosztów należnych pracownikowi urlopów i kosztów ewentualnych zwolnień). Przy założeniu średniego czasu pracy w miesiącu 168 godzin, średni koszt 1 godziny pracy to 20,08 złotych.

Przy zatrudnieniu osób niepełnosprawnych koszt ten jest odpowiednio niższy: według danych PFRON realny koszt zatrudnienia osoby z niepełnosprawnością w stopniu lekkim to 2.923 zł, umiarkowanym 2.173 zł, a znacznym – 1.423 zł. Przystępujący jednak nie wskazał, ile osób pełnosprawnych i niepełnosprawnych oraz o jakim stopniu niepełnosprawności zatrudni do wykonania zamówienia. Zakładając, że wszystkie z tych osób pracują 8 godzin dziennie, jak wskazał Przystępujący w wyjaśnieniach, odnosząc to wynagrodzenie do średniej godzin 168, jest to 17,40 zł/godz., 12,93 zł/godz. oraz 8,47 zł/godz.

Przy czym należy zauważyć, że Przystępujący zadeklarował zatrudnianie 47 pracowników, w tym 33 niepełnosprawnych (o nieokreślonym stopniu niepełnosprawności), natomiast samo dofinansowanie do wynagrodzeń w okresie październik – grudzień 2020 roku jedynie w granicach 37.972,03 – 41.178,65 zł. Co do innych rodzajów dofinansowania, Przystępujący wskazał inne cele, na jakie są one przeznaczone.

Izba jednak odniosła się głównie do kwoty wskazanej w wyjaśnieniach – 4,50 zł. Ze względu na jednakową stawkę dla każdego z elementów odzieży pomimo różnej pracochłonności, Izba wzięła pod uwagę, że 4,50 zł jest to stawka uśredniona. Brak jednak danych czasowych na temat pozostałych elementów odzieży.

Przy założeniu uszycia 4 sztuk żakietów/marynarek w ciągu godziny, koszt 1 godziny pracy ujęty w wyjaśnieniach to 18 złotych (4 sztuki x 4,50), przy 63,21% asortymentu. Przy czym Przystępujący sam wskazał, że taką wydajność pracownicy są w stanie osiągnąć ze względu na podział pracy – zatem w procesie krojenia, szycia, wykańczania, składania, pakowania, ewentualnie też prasowania oraz sprawdzania przed pakowaniem, czy uszyta odzież została prawidłowo wykonana, bierze udział więcej niż jedna osoba. Pokrywa się to także z twierdzeniem z wyjaśnień z 1 marca 2021 r., że koszt pracy szwaczki to 15% kwoty 4,50 zł – oznacza to podział tej kwoty na zespół.

Przy zespole 5-osobowym koszt godziny pracy to 100,40 zł (5 x 20,08), nie mniej niż 42,35 zł (5 x 8,47) – jednak jest mało prawdopodobne, by zespół taki składał się wyłącznie z osób o znacznym stopniu niepełnosprawności, a i sam Przystępujący na taką okoliczność nie wskazywał.

Należy też zwrócić uwagę, że zgodnie z ww. wyjaśnieniami koszt pracy szwaczki to 15% z 4,50 zł, czyli jedynie 0,68 zł – zatem szwaczka, by zapracować na swoją stawkę godzinową, musiałaby uszyć 30 sztuk zamawianej odzieży na godzinę (z tego 63,21 %

żakietów i marynarek), czego Przystępujący nie wykazał, a czemu zaprzecza twierdzenie o 13 minutach 50 sekundach na uszycie żakietu (na zespół).

Nie jest przekonujące także twierdzenie Przystępującego o możliwości jednoczesnego wykrojenia 300 warstw/elementów odzieży. Jakkolwiek może to być możliwe technicznie dla samych maszyn, to jest mało prawdopodobne w rzeczywistości ze względu na brak takiego zapotrzebowania. Biorąc pod uwagę potencjalną liczbę samych rozmiarów standardowych damskich i męskich (14-15 x różny wzrost) oraz liczbę zamawianych sztuk – aby wykorzystać taki potencjał, Zamawiający musiałby zamówić równocześnie i jednorazowo nie więcej niż 11 rozmiarów żakietów ( $3280 \div 300$ ) oraz po 2-3 rozmiary pozostałej odzieży ( $800/740 \div 300$ ). Jest to niezgodne z założeniami realizacji zamówienia oraz nierealne, by wszyscy pracownicy Zamawiającego charakteryzowali się tymi samymi rozmiarami spodni, spódnic i marynarek.

W związku z powyższym Izba stwierdziła, że nie jest w stanie przyjąć za poprawną stawki kosztów pracy podanej przez Przystępującego – ani na podstawie własnych obliczeń, nawet przy przyjęciu bardzo korzystnych dla Przystępującego założeń, ani tym bardziej na podstawie wyjaśnień Przystępującego, których *de facto* w tym zakresie nie było. Przystępujący podał co prawda pewne – niepowiązane ze sobą dane (raczej dla potrzeb wykazania „pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów”, o której mowa w art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych niż samej kalkulacji), ale w sposób, który nie pozwalał na wywiedzenie z nich konkretnych założeń do wyliczeń. Przy tym – w przeciwieństwie do elementów kosztotwórczych wskazywanych wcześniej jako mało istotne (transport, dodatki i wykończenie) – w ocenie Izby koszt robocizny jest istotnym elementem składowym wyceny kosztów realizacji zamówienia.

W odniesieniu do zarzutu odwołania dotyczącego nieuwzględnienia przepisów o minimalnym wynagrodzeniu za pracę, Izba stwierdziła, że zarzut ten jest powiązany w zarzutom omawianych powyżej. Izba formalnie jednak go nie uwzględniła, gdyż brak jest dowodów na to, że Przystępujący nie zamierzał ująć w wycenie oferty tych kosztów przy uwzględnieniu kwot wskazanych w rozporządzeniu w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2021 r. – o którym to fakcie Przystępujący zapewniał zarówno w wyjaśnieniach złożonych Zamawiającemu, jak i w postępowaniu odwoławczym. Jednak Przystępujący nie wyjaśnił, rzeczowo i przekonująco, w jaki konkretny sposób osiągnął taki koszt pracy w odniesieniu do poszczególnych sztuk odzieży. Nie wyjaśnił tego również Zamawiający, a w szczególności – rzeczowo i przekonująco – dlaczego koszt pracy 4,50 zł/szt, w tym 0,68 zł kosztu pracy szwaczki uznał za prawidłowy.

Co zaś do art. 2 ust. 5 ustawy o minimalnym wynagrodzeniu za pracę, jest to przepis kompetencyjny dla Rady Ministrów do wydania rozporządzenia, zatem nie dotyczy Zamawiającego.

Co do zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Prawo zamówień publicznych Izba uznała, że zarzut ten nie potwierdził się.

Przede wszystkim należy wskazać, że art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Prawo zamówień publicznych w ogóle nie może mieć zastosowania w niniejszej sprawie. Stanowi on bowiem, że z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów. Zarzuty odwołania zaś w ogóle nie dotyczą podstaw wykluczenia z postępowania (chodzi tu o inne podstawy wykluczenia niż wskazane w punkcie 16 i 17), spełnienia warunków udziału w postępowaniu ani kryteriów selekcji.

Z kolei, zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Prawo zamówień publicznych, z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Aby zaistniała przesłanka wykluczenia opisana w tym przepisie, muszą zaistnieć wszystkie wskazane w nim okoliczności.

Według Odwołującego informacje takie (wprowadzające w błąd zamawiającego i mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu) Przystępujący przedstawił wskazując Zamawiającemu, że może skorzystać z 15% rabatu na zakup tkaniny od firmy Andropol S.A., podczas gdy maksymalny możliwy do uzyskania rabat od tego producenta to 10%.

W trakcie postępowania odwoławczego Przystępujący przeczył, jakoby złożył zapewnienie tej treści i wskazywał, że chodziło ogólnie o taką możliwość i o innych producentów tkanin, u których 15% rabat mógłby uzyskać.

W ocenie Izby zapewnienie Przystępującego – w zestawieniu ze wskazaniem, że tkanina przewidziana do realizacji zamówienia pochodzi właśnie od producenta Andropol S.A. – pomimo braku bezpośredniego wskazania rzeczywiście mogłaby sugerować, że to właśnie od tego producenta uzyska on rabat w wysokości 15%. Jakże bowiem znaczenie dla wyceny oferty, której dotyczyły wyjaśnienia, miałyby mieć rabaty u producentów, od których nie zamierzał tkaniny do realizacji zamówienia nabywać. Wyjaśnienia zaś powinny dotyczyć

dokładnie kwestionowanej oferty oraz być tak złożone, by nie wprowadzały w błąd i nie wymagały od zamawiającego badania wszystkich możliwych niuansów wypowiedzi. Także Zamawiający w swoim stanowisku powoływał się, że Przystępujący wskazywał na uzyskiwane rabaty.

Takie – niejednoznaczne i sugerujące – sformułowanie informacji w stosunku do Zamawiającego obciążałoby Przystępującego i można by mu w tym zakresie przypisać winę. Stanowiłoby też ze swojej istoty informację wprowadzającą w błąd zamawiającego, mogącą mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu, tj. ocenę oferty, o której mowa w art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, a więc w konsekwencji uznanie jej za poprawną lub odrzucenie.

Jednak należy zauważyć, że w swoich pierwszych wyjaśnieniach z 1 lutego 2021 r. Przystępujący zawarł nie tylko informację o możliwych rabatach, lecz wskazał też bezpośrednio koszt tkaniny dla każdego z rodzajów odzieży – w wyżej przywołanej tabeli, od 17,28 do 19,35 zł. Tym samym, niezależnie od wskazania ewentualnie uzyskiwanych (lub nieuzyskiwanych) rabatów, podał konkretne kwoty, na których Zamawiający – gdyby chciał przeprowadzać własne obliczenia – mógł się oprzeć i to w większym stopniu niż na wskazaniu 10% lub 15% od kwoty X.

W kolejnych zaś wyjaśnieniach z 1 marca 2021 r. wskazał już wyraźnie, że proponowana tkanina to RADUS 1/15 produkcji Andropol S.A, od którego to producenta otrzymuje stałe rabaty na poziomie 10%.

Z tego też powodu Izba stwierdziła, że w niniejszym stanie faktycznym przesłanka wprowadzenia Zamawiającego w błąd się nie sprawdziła.

Co zaś do zarzutu dotyczącego zaniechania odrzucenia oferty firmy Redar Izba stwierdziła, że pismem z 29 stycznia 2021 r. Zamawiający wezwał tego wykonawcę, powołując się na art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych do wyjaśnień ceny, gdyż stwierdził, że cena oferty w pakiecie nr 1 jest niższa o ponad 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów lub usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania. Zamawiający w celu ustalenia, czy oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, zwrócił się o udzielenie jednoznacznych i wyczerpujących wyjaśnień wraz z przedstawieniem wiarygodnych dowodów (umowy, rachunki, faktury itp.) dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, potwierdzających w sposób obiektywny złożone wyjaśnienia, na podstawie których można będzie w sposób jednoznaczny i nie budzący wątpliwości określić: czy całkowita cena oferty jest czy też nie rażąco niska, tj. skalkulowana poniżej lub powyżej rzeczywistych kosztów, jakie wykonawca poniesie w celu realizacji kompletnego przedmiotu zamówienia oraz czy zaoferowany przedmiot zamówienia odpowiada wymogom stawianym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Wykonawca udzielił odpowiedzi pismem z 3 lutego 2021 r. Oprócz ogólnych informacji zawarł w nim także następującą kalkulację:

Kalkulacja produktu: tkanina 67% poliester, 33% bawełna, kurczliwość max do 2%, barwnik odporny na działanie chloru, gramatura 165g/m<sup>2</sup>, temp prania 95°C. Cena tkaniny białej 12,5 zł/mb, kolor 17,00 zł/mb.

Żakiet damski w rozmiarach S-XL na długości tkaniny 5,63 mb wyjdzie po 1 szt. z rozmiaru, czyli koszt to 17,60 zł, dodatki w kolorze 0,2, również dla 4 szt., czyli 0,85 zł do jednej sztuki. Szycie/w tym koszty pracownika wraz z ubezpieczeniem i podatkami, springi, haft to 19,7 zł. W sumie to 38,15 zł. Oferta nasza to 47,80 zł.

Spódnica – z 4,26 mb tkaniny wykroić można 6 szt. spódnic w rozmiarze XS-XL, co daje koszt tkaniny na 1 szt. – 8,90 zł; szycie/w tym koszty pracownika wraz z ubezpieczeniem i podatkami, springi, suwak to 11,10 zł. W sumie to 20,00 zł. Oferta nasza to 24,80 zł.

Spodnie damskie – z 7,80 mb tkaniny wykroić można 6 szt. spodni w rozmiarze S-XL, co daje koszt tkaniny na 1 szt. 16,25 zł. Szycie/w tym koszty pracownika wraz z ubezpieczeniem i podatkami, springi, ewentualny haft to 13,55 zł. W sumie to 29,80 zł. Oferta nasza to 37,00 zł.

Marynarka lekarska – z 11,80 mb tkaniny wykroić można 6 szt. marynarek w rozmiarze XS-XL, co daje koszt tkaniny na 1 szt. 24,40 zł. Szycie/w tym koszty pracownika wraz z ubezpieczeniem i podatkami, springi, suwak to 20,30 zł. W sumie to 44,70 zł. Oferta nasza to 55,50.

Zgodnie z regulacją art. 537 ustawy Prawo zamówień publicznych z 2019 r. w postępowaniu odwoławczym ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na: 1) wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego lub 2) zamawiającym, jeżeli wykonawca, który złożył ofertę, nie jest uczestnikiem postępowania odwoławczego. Jest to regulacja analogiczna do istniejącej wcześniej regulacji art. 190 ust. 1a ustawy Prawo zamówień publicznych z 2004 r.

Tym samym w niniejszym postępowaniu ciężar dowodu spoczywał na Przystępującym – w stosunku do jego własnej oferty oraz na Zamawiającym – w stosunku do wykonawcy Redar.

Ani Przystępujący, ani Zamawiający temu ciężarowi nie sprostali. Przystępujący podjął się obrony własnej oferty, lecz – jak Izba wskazała powyżej – nie przedstawił przekonującej kalkulacji kosztów robocizny.

Wykonawca Redar natomiast nie przystąpił do postępowania odwoławczego, zaś Zamawiający faktycznie w ogóle nie podjął się obrony tej oferty w zakresie wysokości zaoferowanej ceny, czy jakości udzielonych wyjaśnień pozwalających na jej pozytywną ocenę, o której mowa w art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zamawiający

w ogóle nie odniósł się merytorycznie do dokonanej przez siebie oceny wyjaśnień i nie przedstawił jakiegokolwiek uzasadnienia w tym zakresie, na którym Izba mogłaby się oprzeć, w szczególności kalkulacji.

Zamawiający skupił się jedynie na okoliczności nieistotnej w tej kwestii, tj. że nie powinien był wzywać tego wykonawcy do wyjaśnień, gdyż różnica pomiędzy ceną oferty a szacunkową wartością zamówienia – gdyby była ona poprawna (czy też w zasadzie – gdyby nie późniejszy błąd ilościowy w opisie przedmiotu zamówienia) nie przekraczałyby 30%, o których mowa w art. 90 ust. 1a ustawy Prawo zamówień publicznych.

Należy jednak zauważyć, że wskazana w art. 90 ust. 1a ustawy Prawo zamówień publicznych wartość nie równa się cenie rażąco niskiej, tzn. oferta nie musi być niedoszacowana aż o 30%, by uznać ją za rażąco niską – jest to w zasadzie każda wartość, która powoduje, że cena jest zbyt niska w stosunku do kosztów wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub przepisów. Także zamawiający może wezwać wykonawcę w każdej sytuacji wskazanej na wstępie art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, niezależnie od tego, jaki procent lub kwotę niedoszacowania podejrzewa.

W związku z powyższym uwzględnienie odwołania w tym zakresie nastąpiło ze względów procesowych. Postępowanie odwoławcze jest postępowaniem kontradyktoryjnym i to na stronach i przystępujących spoczywa obowiązek wykazywania słuszności swoich stanowisk i twierdzeń, a także wskazywania dowodów dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne (art. 534 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych z 2019 r.), przy uwzględnieniu również rozkładu ciężaru dowodu.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557 i art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych oraz § 2 ust. 1 pkt 2, § 5, § 7 ust. 2, 3, 5 i 6 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).

Zgodnie z dyspozycją art. 557 ustawy Prawo zamówień publicznych w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. Zgodnie z art. 575 ustawy Prawo zamówień publicznych strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku.

Z § 2 ust. 1 pkt 1 ww. rozporządzenia wynika, że wysokość wpisu wnoszonego w postępowaniu o udzielenie zamówienia na dostawy i usługi o wartości nie przekraczającej progów unijnych, o których mowa w art. 3 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, wynosi 7.500 złotych.

Zgodnie z § 5 rozporządzenia do kosztów postępowania odwoławczego, zalicza się:

1) wpis, obejmujący:

a) wynagrodzenia, wydatki i opłaty Urzędu związane z organizacją i obsługą postępowań odwoławczych, archiwizacją dokumentów oraz szkoleniami członków Izby,

b) wynagrodzenie i zwrot wydatków poniesionych przez biegłych, jeżeli dowód z opinii biegłego został dopuszczony przez Izbę z urzędu, oraz tłumaczy, w przypadku, o którym mowa w art. 548 ustawy,

c) koszty przeprowadzenia innych dowodów w postępowaniu odwoławczym niż dowód z opinii biegłego, dopuszczonych przez Izbę z urzędu;

2) uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego, a w okolicznościach, o których mowa odpowiednio w § 7 ust. 2 pkt 2 i 3, ust. 3 i 4, § 8 ust. 2 pkt 2 i 3 oraz § 9 ust. 1 pkt 3 lit. b i pkt 4, koszty uczestnika postępowania odwoławczego, który przystąpił po stronie zamawiającego i wniósł sprzeciw, w wysokości określonej na podstawie rachunków lub spisu kosztów, złożonych do akt sprawy, obejmujące:

a) koszty związane z dojazdem na wyznaczone posiedzenie lub rozprawę,

b) wynagrodzenie i wydatki jednego pełnomocnika, jednak nieprzekraczające łącznie kwoty 3600 złotych,

c) wynagrodzenie biegłych oraz zwrot poniesionych przez nich wydatków, jeżeli dowód z opinii biegłego został dopuszczony przez Izbę na wniosek strony lub uczestnika postępowania odwoławczego,

d) inne uzasadnione wydatki, w tym koszty przeprowadzenia innych dowodów w postępowaniu odwoławczym niż dowód z opinii biegłego, dopuszczonych przez Izbę na wniosek strony lub uczestnika postępowania odwoławczego.

Z kolei § 7 ust. 2 pkt 1 i ust. 3 ww. rozporządzenia stanowi, że w przypadku uwzględnienia odwołania przez Izbę w części koszty ponosi odwołujący i zamawiający, jeżeli w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił żaden wykonawca albo uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów przedstawionych w odwołaniu w całości albo w części; w takim przypadku Izba rozdziela wpis stosunkowo, zasądzając odpowiednio od zamawiającego albo uczestnika postępowania odwoławczego wnoszącego sprzeciw na rzecz odwołującego kwotę, której wysokość ustali, obliczając proporcję liczby zarzutów przedstawionych w odwołaniu, które Izba uwzględniła, do liczby zarzutów, których Izba nie uwzględniła oraz koszty, o których mowa w § 5 pkt 2, w sposób określony powyżej lub znosi te koszty wzajemnie między odwołującym i odpowiednio zamawiającym albo uczestnikiem postępowania odwoławczego wnoszącym sprzeciw.



Izba może w uzasadnionych przypadkach odstąpić od rozdzielenia kosztów w sposób, o którym mowa w ust. 1 pkt 3 oraz ust. 2-4, w szczególności, jeżeli przemawia za tym rodzaj zarzutów uwzględnionych przez Izbę lub ich waga dla rozstrzygnięcia odwołania. Koszty rozdzielone stosunkowo zaokrągla się w górę do pełnych złotych (ust. 5 i 6 § 7 rozporządzenia).

W związku z powyższym Izba – biorąc pod uwagę wagę uwzględnionych zarzutów w stosunku do nieuwzględnionych – dokonała następującego podziału kosztów postępowania odwoławczego: zaliczyła w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7. 500 zł uiszczoną tytułem wpisu od odwołania oraz zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 5.179 zł, stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu połowy wpisu i połowy wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego pomniejszone o połowę kosztów dojazdu pełnomocników Zamawiającego.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji.

**Przewodniczący:** .....