

Sygn. akt: KIO 3417/22

WYROK
z dnia 4 stycznia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Bartosz Stankiewicz

Protokolant: Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 stycznia 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 grudnia 2022 r. przez wykonawcę **Ć. i Partnerzy. Radcowie prawni i Adwokaci z siedzibą w Warszawie przy al. J. Ch. Szucha 8 (00-582 Warszawa)** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Wojewódzkie Wielospecjalistyczne Centrum Onkologii i Traumatologii im. M. Kopernika w Łodzi z siedzibą w Łodzi przy ul. Pabianickiej 62 (93-513 Łódź)**

orzeka:

1. Uwzględni odwołanie i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności unieważnienia postępowania, unieważnienie czynności odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę **Ć. i Partnerzy. Radcowie prawni i Adwokaci z siedzibą w Warszawie** oraz dalsze prowadzenie postępowania z uwzględnieniem oferty ww. wykonawcy.
2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego **Wojewódzkie Wielospecjalistyczne Centrum Onkologii i Traumatologii im. M. Kopernika w Łodzi** i:
 - 2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Ć. i Partnerzy. Radcowie prawni i Adwokaci z siedzibą w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od zamawiającego **Wojewódzkiego Wielospecjalistycznego Centrum Onkologii i Traumatologii im. M. Kopernika w Łodzi** na rzecz wykonawcy **Ć. i Partnerzy. Radcowie prawni i Adwokaci z siedzibą w Warszawie**, kwotę w wysokości 11 100 zł gr (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy), stanowiącą koszty strony poniesione z tytułu uiszczenia wpisu od odwołania oraz zastępstwa procesowego.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Wojewódzkie Wielospecjalistyczne Centrum Onkologii i Traumatologii im. M. Kopernika w Łodzi, zwane dalej: „zamawiającym” prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 ze zm.), zwanej dalej: „Pzp”, na usługi społeczne pn. *Kompleksowa obsługa prawna Wojewódzkiego Wielospecjalistycznego Centrum Onkologii i Traumatologii im. M. Kopernika w Łodzi*, znak sprawy EZ.28.131.2022, zwane dalej „postępowaniem”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 10 października 2022 r., pod numerem 2022/BZP 00385289/01.

Szacunkowa wartość zamówienia, którego przedmiotem są usługi społeczne, jest niższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 Pzp.

W dniu 20 grudnia 2022 r. wykonawca Ć. i Partnerzy. Radcowie prawni i Adwokaci z siedzibą w Warszawie (zwany dalej: „odwołującym”) wniósł odwołanie na niezgodne z przepisami Pzp czynności zamawiającego, polegające na:

- odrzuceniu jego oferty jako zawierającej rażąco niską cenę;
- unieważnieniu postępowania.

W związku z powyższym odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 226 ust. 1 pkt. 8 Pzp w zw. z art. 224 ust. 5 oraz art. 16 Pzp, przez odrzucenie oferty odwołującego jako zawierającej rażąco niską cenę, podczas gdy zaoferowana przez odwołującego jest ceną rynkową, co odwołujący skutecznie wykazał przedkładając kompleksowe i wyczerpujące wyjaśnienia, a tym samym sprostą ciężarowi dowodu;
- 2) art 253 ust. 1 pkt 2 u Pzp w zw. z art. 16 Pzp, przez zaniechanie podania wyczerpującego uzasadnienia faktycznego czynności odrzucenia oferta i przytoczenie jedynie rzekomej deklaracji pokrywania wydatków z zasądzonych kosztów zastępstwa procesowego, podczas gdy deklaracja taka nie została zawarta w żadnym oświadczeń odwołującego, zaś sposób pokrywania kosztów został szczegółowo wskazany w treści wyjaśnień 28 października 2022 r., oraz dodatkowych wyjaśnień z dnia 16 listopada 2022 r., co powinno prowadzić do oceny, że cena odwołującego nie nosi znamion rażąco niskiej;
- 3) art. 255 pkt 2 Pzp, przez unieważnienie postępowania, w sytuacji odrzucenia wszystkich ofert, podczas gdy oferta odwołującego jako niepodlegająca odrzuceniu, ważna i wiążąca, powinna zostać wybrana jako najkorzystniejsza.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania przez:

- nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego jako zawierającej rażąco niską cenę z dnia 15 grudnia 2022 r. oraz unieważnienie czynności unieważnienia postępowania z dnia 15 grudnia 2022 r. oraz dalsze prowadzenie postępowania z uwzględnieniem oferty odwołującego, w tym wybór oferty odwołującego jako najkorzystniejszej;
- obciążenie zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego, w tym kosztami zastępstwa procesowego przed Izbą zgodnie z rachunkiem przedłożonym w toku sprawy.

Odwołujący wyjaśnił, że jest wykonawcą, który złożył ważną ofertę w postępowaniu, dając wyraz woli ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego, która to oferta powinna zostać najwyżej oceniona. Przedmiotem odwołania jest czynność zamawiającego polegająca na odrzuceniu oferty odwołującego, z którą to czynnością wiążą się dla odwołującego negatywne skutki w postaci unieważnienia postępowania. Tym samym odwołujący wskazał, że posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz może ponieść szkodę w konsekwencji opisanego w treści odwołania naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp. Powyższe wynika z okoliczności, że wskutek nieprawidłowego działania zamawiającego w postaci odrzucenia oferty odwołującego i unieważnienia postępowania, odwołujący może zostać pozbawiony możliwości zawarcia umowy i realizacji zamówienia, pomimo iż jego oferta plasuje się jako pierwsza w rankingu wszystkich złożonych ofert.

W uzasadnieniu odwołujący w pierwszej kolejności zwrócił uwagę, że jego oferta znajduje się na rynkowym poziomie i nie zawiera znamion rażąco niskiej ceny. Istotna jest bowiem struktura podanej przez danego wykonawcę ceny, a w szczególności, czy cena ta uwzględnia wszystkie elementy wymagane przez zamawiającego w SWZ – z zastrzeżeniem, iż kalkulacja ceny jest sprawą indywidualną każdego z wykonawców, co przesądza iż stawki dla każdego z wykonawców mogą być zróżnicowane. Dodatkowo, sposób rozliczenia o charakterze ryczałtowym, zakłada pewną dowolność w kalkulacjach, z zastrzeżeniem iż dokonany przez zamawiającego opis przedmiotu zamówienia niejako dowolność tę sprowadza do wyceny nałożonych wprost obowiązków, jak i kalkulacji ryzyk związanych z realizacją. Element oceny, sprowadza się zatem także do weryfikacji, czy dana oferta zawiera niezbędne ryzyka i można nadać jej walor prawidłowo oszacowanej.

W dalszej kolejności odwołujący podniósł, że w wyjaśnieniach z dnia 28 października 2022 r., jak również uzupełnionych o dodatkowe wyjaśnienia z dnia 16 listopada 2022 r., w sposób wyczerpujący wskazał ryzyka i koszty realizacji, a także sposób ich pokrycia. Uwzględnił także godziwy zysk, a ponadto – co charakterystyczne dla kontraktów z wynagrodzeniem ryczałtowym – jego zróżnicowanie w zależności od ziszczenia się różnych okoliczności, mogących zysk powiększać lub pomniejszać. W każdym jednakże wariantcie, także ze

względu na wysoki budżet ryzyka, wykazała została rentowność kontaktu. Zdaniem odwołującego trudno odnieść się do enigmatycznego wyjaśnienia zamawiającego, wskazującego że „zaoferowana cena nie zapewnia zrealizowania usługi w sposób należyty i zgodny z wymaganiami określonymi w specyfikacji zamówienia”. W tym zakresie uzasadnienie nie może być uznane za spełniające wymogi uzasadnienia i pozwala na przyjęcie, że zamawiający „automatycznie”, w oparciu jedynie o kryterium matematyczne (różnicę 30%) uznał ofertę odwołującego za podlegającą odrzuceniu. Oczywistym jest, że to merytoryczna treść decyduje o uznaniu bądź nie złożonych wyjaśnień za wystarczające – ponieważ taka niejako „automatyczna” ocena istnienia rażąco niskiej ceny może doprowadzić do wyeliminowania podmiotu, który z zachowaniem reguł konkurencji, racjonalnej kalkulacji ekonomicznej i gospodarczej jest w stanie zaoferować znacznie tańszą usługę od innych konkurencyjnych podmiotów – zaś wydaje się, że takie działanie poczynił zamawiający w niniejszej sprawie. Zamawiający w jednym zdaniu, deklarującym dokładną analizę, wskazał, że odwołujący zamierza pokryć wydatki związane ze świadczeniem obsługi prawnej kosztami zastępstwa procesowego, które przysługują mu w wysokości 80%. Takie twierdzenie – zadaniem odwołującego – nie jest zgodne z przedłożonymi wyjaśnieniami, gdyż odwołujący w żadnym z oświadczeń nie poczynił tego rodzaju tezy. W konsekwencji nie sposób uznać, że odwołujący zakłada pokrywanie kosztów obsługi prawnej jedynie z zasądzonych kosztów zastępstwa procesowego. Odwołujący w szczegółowy sposób wskazał, w jakich kwotach koszty te szacuje i w jaki sposób będą one pokrywane, jednoznacznie wskazując charakter kosztów zastępstwa procesowego. Tym samym argument zamawiającego, nie znajduje podstawy w oświadczenia odwołującego. Co więcej, w treści opisu przedmiotu zamówienia nie została wskazana informacja o liczbie prowadzonych postępowań, a tym samym trudno byłoby opierać rentowność kontraktu o takie dane. Informacja o 132 postępowaniach została zawarta w wezwaniu zamawiającego z dnia 10 listopada 2022 r., zaś następnie informacja o 59 sprawach prowadzonych o zapłatę należności z tytułu świadczeń zdrowotnych udzielanych pacjentom nieposiadającym ubezpieczenia zdrowotnego pojawiła się w treści informacji zamawiającego o odrzuceniu oferty Odwołującego z dnia 15 grudnia 2022 r.

W opinii odwołującego nie ulega wątpliwości, że jego oferta znamion oferty z ceną rażąco niską nie zawiera, zaś przedłożone wyjaśnienia z dnia 28 października 2022 r., uzupełnione o dodatkowe wyjaśnienia z dnia 16 listopada 2022 r., wskazują na prawidłowe oszacowanie poszczególnych elementów składających się na zaoferowaną cenę. Wyjaśnienia te potwierdzają, że odwołujący dokonał należytej kalkulacji ceny ofertowej w odniesieniu do przedmiotu zamówienia, a zaoferowana oferta jest odpowiednio przemyślana.

Odwołujący wyjaśnił, że dodatkowo zdaje sobie sprawę, że nie zawsze jest możliwym wykazanie elementów kosztotwórczych – w szczególności w przypadku usług, które w przeciwieństwie do robót czy dostaw, zawsze angażują w największej mierze zasoby osobowe, nie zaś łatwo wymierne elementy, natomiast i w tym zakresie zostały przedłożone wyjaśnienia oraz dowody, uwiarygadniające ten największy element. Istotne jest również, że nie istnieje jeden określony z góry wzór ani schemat konstruowania wyjaśnień, zaś każdy z wykonawców przygotowując ofertę może zwrócić przy wycenie uwagę na inne aspekty zamówienia, każdy z wykonawców ma własne zasady polityki cenowej, funkcjonuje w innych realiach polityki cenowej własnej firmy. Nie ma jednego katalogu minimalnego, ani zakresu maksymalnego zagadnień, do którego powinien odwoływać się dany wykonawca sporządzając kalkulację ceny oferty.

Podsumowując odwołujący stwierdził, że złożone przez niego wyjaśnienia należy uznać za wyczerpujące i kompletne, jak również, iż potwierdzają brak rażąco niskiej ceny w jego ofercie, co w konsekwencji kwalifikuje o braku podstaw do unieważnienia postępowania – wobec istnienia oferty niepodlegającej odrzuceniu.

W ramach postępowania odwoławczego nie zostały zgłoszone przystąpienia.

W dniu 2 stycznia 2023 r. zamawiający złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie, której zawarł argumentację dla wniosku o oddalenie odwołania w całości.

W zakresie pierwszego zarzutu zamawiający wskazał, że w załączniku do SWZ – szczegółowy opis przedmiotu zamówienia – podał zakres czynności jakie wykonawca zobowiązany był wykonywać w ramach świadczonej usługi prawniczej. W pkt. 20 ww. załącznika zamawiający wymagał, aby wykonawca w ramach świadczonej usługi prowadził sprawy o zapłatę należności z tytułu świadczeń zdrowotnych udzielonych pacjentom nieposiadającym ubezpieczenia zdrowotnego na etapie przedsądowym, sądowym oraz egzekucyjnym. W związku z tym, że wszystkie oferty złożone w postępowaniu zawierały ceny poniżej 30% wartości szacunkowej zamawiający przystąpił do badania ofert pod kątem występowania rażąco niskiej ceny. W tym zakresie wystąpił pismem z dnia 25 października 2022 r. do odwołującego do złożenia wyjaśnień w tym zakresie.

W związku ze złożonymi wyjaśnieniami zamawiający pismem z dnia 10 listopada 2022 r. wezwał odwołującego do złożenia dodatkowych wyjaśnień związanych z kalkulacją, m.in. kosztów reprezentacji prawnej prowadzonych postępowań egzekucyjnych, związanych z realizacją umów z NFZ, organami administracji publicznej oraz innymi podmiotami biorąc pod uwagę, że obecnie prowadzone są 132 postępowania w różnych miejscowościach. Zamawiający wskazał, że odnosząc wyjaśnienia odwołującego dotyczące kosztów reprezentacji w związku ze świadczeniem usług dotyczących:

- prowadzenia sprawy o zapłatę należności z tytułu świadczeń zdrowotnych udzielonych pacjentom nieposiadającym ubezpieczenia zdrowotnego na etapie przedsądowym, sądowym oraz egzekucyjnym oraz w związku z zawartymi umowami przed NFZ,

- kosztów organizacji pracy w przypadku reprezentacji prawnej w sprawach opisanych powyżej pod uwagę konieczność zapewnienia obecności 2x w tygodniu w siedzibie zamawiającego,

odwołujący wskazał, że jest to ujęte w cenie oferty, bez wskazania w której pozycji kosztowej oraz w przysługującym mu 80% koszcie zastępstwa procesowego oraz w przypadku zwiększenia wymiaru czasu dyżurów w budżecie ryzyka i zmniejszeniu zysku.

Zamawiający wyjaśnił, że dokonując analizy wyjaśnień w zakresie tego właśnie kosztu stwierdził, na podstawie złożonych ww. wyjaśnień, iż odwołujący znajduje pokrycie tych kosztów przede wszystkim w zwrocie 80% kosztów zastępstwa procesowego. Jednakże odwołujący nie zwrócił uwagi na zapis pkt. 32, w którym zamawiający wprost wskazuje, że wykonawcy przysługuje 80% kosztów zastępstwa procesowego w egzekucji dopiero po uprawomocnieniu się orzeczenia i wyegzekwowania ich od dłużnika. Przedstawione wyliczenia wynagrodzenia obejmują wyłącznie koszty radców prawnych/adwokata pełniącego dyżury 2x w tygodniu w siedzibie zamawiającego, zdalnego ich dostępu w pozostałych dniach, koszty koordynatora i partnera w ramach dostępności dla dyrekcji szpitala. Nie ma więc w kosztach osobowych ujętych kosztów zastępstwa procesowego na etapie postępowań sądowych i egzekucyjnych w sprawach o zapłatę należności z tytułu świadczeń zdrowotnych udzielonych pacjentom nieposiadającym ubezpieczenia zdrowotnego na etapie sądowym oraz egzekucyjnym. Potwierdza to również okoliczność, że odwołujący musi zapewnić zastępstwo procesowe radcy prawnego/adwokata w tych sprawach i jednocześnie zapewnić obecność radcy prawnego/adwokata w trakcie dyżurów w siedzibie zamawiającego (udział w rozprawie nie zwalnia z obowiązku odbycia 2 dyżurów w tygodniu).

Zamawiający wskazał, iż w samym 2021 r. spraw o zapłatę należności z tytułu świadczeń zdrowotnych udzielonych pacjentom nieposiadającym ubezpieczenia zdrowotnego było 59, odbywają się one w różnych sądach m.in. w Łodzi, Pabianicach, Opocznie, Kluczborku, Dębicy, Tomaszowie Mazowieckim, Sopocie, Katowicach. Łączna wartość przedmiotu sporu (bez odsetek) we wszystkich 59 sprawach wynosi 316.035,61 zł, z czego jedynie w dwóch sprawach została dokonana spłata w wysokości 2.448 zł, a bezskuteczne okazały się egzekucje na kwotę 190.781,30 zł. Ta analiza spraw z samego 2021 r. pokazuje, iż uzyskanie zapłaty 80% kosztów zastępstwa procesowego w egzekucji jest faktycznie nierealne, a na pewno nie pokryje kosztów zastępstwa procesowego wyznaczonego do tego radcy prawnego/adwokata. Nierealne jest również pokrycie tych kosztów z budżetu ryzyka,

bowiem na tym etapie jest już 132 spraw i dochodzić będą wciąż nowe wymagające dodatkowego zastępstwa procesowego w całej Polsce. Zwrócić należy uwagę, że na te koszty składa się nie tylko koszty wynagrodzenia za stawiennictwo w sądzie, ale również koszty dojazdu, przygotowania pozwu, pism procesowych czy wniosków i pism w toku postępowania egzekucyjnego.

Mając na uwadze przeprowadzoną analizę zamawiający uznał, iż odwołujący w swojej ofercie nie skalkulował kosztów wynagrodzenia z tytułu prowadzonych sprawy o zapłatę należności z tytułu świadczeń zdrowotnych udzielonych pacjentom nieposiadającym ubezpieczenia zdrowotnego na etapie sądowym oraz egzekucyjnym. Podkreślić należy, iż oprócz konieczności zapewnienia stałej obsługi prawnej poprzez zdalną dostępność każdego dnia, ale również 2x tygodniu fizyczną obecność w siedzibie zamawiającego, istotnym elementem kosztowym jest zapewnienie zastępstwa procesowego w sprawach o zapłatę należności z tytułu świadczeń zdrowotnych udzielonych pacjentom nieposiadającym ubezpieczenia zdrowotnego. Wynika to bowiem z faktu, iż spraw jest dużo, odbywają się w sądach w całej Polsce, zaś możliwości wyegzekwowania należności, w tym kosztów zastępstwa procesowego jest znikoma. Zamawiający wskazał, że oczywiście zastępstwo procesowe w ww. sprawach na etapie sądowym i egzekucyjnym nie będzie wykonywane z taką samą częstotliwością jak bieżąca obsługa prawna, ale nie może ono zostać uznane jako nieistotne z punktu widzenia przedmiotu zamówienia. Czynności wykonywane w ramach tego zastępstwa procesowego nie mają charakteru pomocniczego, stanowią zasadniczy element przedmiotu zamówienia, zostały w sposób szczegółowo uregulowany w SWZ i we wzorze umowy. O istotności danej usługi nie może świadczyć wyłącznie częstotliwość jej wykonywania, ale całokształt postanowień zawartych w SWZ, w tym we wzorze umowy. Te zaś nie pozwalają na przyjęcie tezy o ich nieistotnym znaczeniu dla zamawiającego. Z tego też powodu zamawiający oceniając ofertę odwołującego pod kątem wyceny tego elementu ustalił, iż nie został on prawidłowo skalkulowany, a właściwie nie wyceniony.

Tym samym, w ocenie zamawiającego, w tym zakresie doszło do zaniżenia wartości wynagrodzenia, zaś brak wyceny tego kosztu spowodował, że wynagrodzenie odwołującego stanowi rażąco niską cenę. Wobec powyższego zamawiający wniósł o oddalenie zarzutu w całości.

W zakresie zarzutu wskazanego w pkt 2 zamawiający wskazał, że nie zgadza się z zarzutem, iż uzasadnienie faktyczne nie zawiera podania faktycznej przyczyny odrzucenia oferty odwołującego. W treści uzasadnienia faktycznego zamawiający wskazał ten element oferty, który w jego ocenie nie został prawidłowo wyceniony, co spowodowało uznanie, że w niniejszym postępowaniu nastąpiło złożenie oferty z rażąco niską ceną. Odwołujący znał więc przyczynę odrzucenia i był w stanie zidentyfikować motywy takiego działania

zamawiającego. Potwierdza to również treść uzasadnienia odwołania, gdzie odwołujący trafnie identyfikuje tą przyczynę – brak prawidłowej wyceny tego elementu oferty tj. kosztów zastępstwa procesowego w sprawach o zapłatę należności z tytułu świadczeń zdrowotnych udzielonych pacjentom nieposiadającym ubezpieczenia zdrowotnego przez przyjęcie, że będą one pokrywane ze zwrotu kosztów postępowania egzekucyjnego. W przedmiotowej sprawie nie mamy więc do czynienia z wadliwym uzasadnieniem, bowiem pozwala ono odwołującemu na odczytanie faktycznych podstaw rozstrzygnięć dokonanych przez zamawiającego, ponadto zamawiający podał przyczynę i motywy swojej decyzji. Tym samym, zdaniem zamawiającego, zarzut jest bezzasadny.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania, złożonych dowodów oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Pzp i skierowała odwołanie na rozprawę.

Izba uznała, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 Pzp.

Izba zaliczyła na poczet materiału dowodowego:

- 1) dokumentację przekazaną w postaci elektronicznej, zapisaną na płycie CD, złożoną do akt sprawy przez zamawiającego w dniu 29 grudnia 2022 r., w tym w szczególności:
 - specyfikację warunków zamówienia (zwaną dalej jako: „SWZ”) wraz z załącznikami;
 - ofertę złożoną przez odwołującego;
 - wezwanie z dnia 25 października 2022 r. skierowane do odwołującego w zakresie rażąco niskiej ceny;
 - wyjaśnienia odwołującego złożone pismem z dnia 28 października 2022 r. w odpowiedzi na powyżej wskazane wezwanie wraz z załącznikami;
 - ponowne wezwanie w zakresie rażąco niskiej ceny skierowane do odwołującego pismem z dnia 10 listopada 2022 r.;
 - wyjaśnienia odwołującego złożone pismem z dnia 16 listopada 2022 r. w odpowiedzi na powyżej wskazane wezwanie
 - informację o odrzuceniu oferty odwołującego z 15 grudnia 2022 r.;
 - informację o unieważnieniu postępowania z 15 grudnia 2022 r.;

- 2) załączony do odpowiedzi na wykaz spraw za 2021 r. dotyczący postępowań w sprawach o zapłatę należności z tytułu świadczeń zdrowotnych udzielonych pacjentom nieposiadającym ubezpieczenia zdrowotnego.

Izba ustaliła co następuje

Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia został zawarty w załączniku nr 1 do SWZ. Pkt 20 i 32 przedmiotowego załącznika posiadały następującą treść:

- 20 – *Prowadzenie wszystkich spraw Zleceniodawcy o zapłatę należności z tytułu świadczeń zdrowotnych udzielonych pacjentom nieposiadającym ubezpieczenia zdrowotnego na etapie przedsądowym, sądowym oraz egzekucyjnym.;*
- 32 – *W postępowaniu egzekucyjnym, prowadzonym z udziałem Zleceniobiorcy, przysługuje 80% kosztów zastępstwa procesowego egzekucji ustalone w postanowieniu komornika. Zwrot kosztów nastąpi po uprawomocnieniu się orzeczenia i po wyegzekwowaniu ich od dłużnika.*

Pismem z dnia 25 października 2022 r. zamawiający zwrócił się do odwołującego na podstawie art. 224 ust. 2 pkt 1 Pzp z wezwaniem o udzielenie jednoznacznych i wyczerpujących wyjaśnień wraz z przedstawieniem wiarygodnych dowodów (umowy, rachunki, faktury itp.) dotyczących wyliczenia ceny, potwierdzających w sposób obiektywny złożone wyjaśnienia, na podstawie których można będzie w sposób jednoznaczny i nie budzący wątpliwości określić:

- *czy całkowita cena ofert jest czy też nie rażąco niska tj. skalkulowana poniżej czy też powyżej rzeczywistych kosztów jakie poniosą (ponieśli) Państwo jako wykonawca w celu realizacji kompletnego przedmiotu zamówienia w w/w postępowaniu o zamówienie publiczne;*
- *czy zaoferowany przez Państwa przedmiot zamówienia odpowiada wymogom stawianym przez Zamawiającego w treści SWZ.*

Odwołujący złożył odpowiedź na powyższe wezwanie pismem z dnia 28 października 2022 r. Wyjaśnienia zostały zastrzeżone jako zawierające tajemnicę przedsiębiorstwa.

Wezwaniem z dnia 10 listopada 2022 r. zamawiający po raz kolejny zwrócił się do odwołującego z prośbą o złożenia wyjaśnień w kontekście rażąco niskiej ceny. Wyjaśnienia dotyczyły następujących kwestii:

1. *Prosimy o wyjaśnienie, jak została skalkulowana cena biorąc pod uwagę :*
 - a) *obecność 2 x w tygodniu w siedzibie Zamawiającego oraz związane z tym koszty przejazdu;*
 - b) *koszty oprogramowania, sprzętu, internetu, programu Lex;*
 - c) *koszty korespondencji (np. przesyłka pocztowa, koperty), ksero (papier, toner);*

d) koszty reprezentacji prawnej prowadzonych postępowań egzekucyjnych, związanych z realizacją umów z NFZ, organami administracji publicznej oraz innymi podmiotami biorąc pod uwagę, że obecnie prowadzonych postępowań jest 132 i są one prowadzone w różnych miejscowościach;

e) koszt prowadzenia szkoleń dla pracowników Zamawiającego z zakresu obowiązujących przepisów prawnych oraz wprowadzonych zmian przez ustawodawcę oraz inne organy administracji publicznej uwzględniając miejsce szkolenia np. stacjonarnie tj. w siedzibie Zamawiającego;

2. Prosimy o wyjaśnienie:

a) jak ma się wskazany czas pracy w załączniku nr 2 złożonych wyjaśnień do czasu wymaganego przez Zamawiającego godz.8-19/ jak zostały ustalone ilości biorąc pod uwagę punkty 22 i 33 opisu przedmiotu zamówienia biorąc pod uwagę zapisy wyjaśnień ze str. 6 akapit 3?

b) jak przewidziana jest organizacja pracy w przypadku reprezentacji prawnej prowadzonych postępowań egzekucyjnych, związanych z realizacją umów z NFZ, organami administracji publicznej oraz innymi podmiotami biorąc pod uwagę wymóg obecności 2 x w tygodniu w siedzibie Zamawiającego?

c) jak dokładnie zostały dokonane wycięcia na stronie 3 wyjaśnień?

Odwołujący złożył odpowiedź na powyższe wezwanie pismem z dnia 16 listopada 2022 r. Wyjaśnienia zostały zastrzeżone jako zawierające tajemnicę przedsiębiorstwa.

Pismem z dnia 15 grudnia 2022 r. zamawiający przekazał odwołującemu informację o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp. W opisie podstawy faktycznej przedmiotowej czynności zamawiający wskazał, że:

w toku oceny i badania ofert Zamawiający stwierdził, iż zaoferowana przez Wykonawcę cena jest niższa o ponad 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania.

Zamawiający w dniu 25.10.2022 r. zwrócił się do Wykonawcy o złożenie wyjaśnień odnośnie rażąco niskiej ceny i wyznaczył termin złożenia stosownych wyjaśnień do dnia 28.10.2022r. Wykonawca złożył wyjaśnienia w wyznaczonym terminie. Ponieważ wyjaśnienia były zbyt ogólne, a poszczególne elementy nie współgrały ze sobą, Zamawiający pismem z dnia 10.11.2022r wniósł o dodatkowe wyjaśnienia. Takie żądanie jest dopuszczalne, jeśli wyjaśnienia wykonawcy złożone na wcześniejsze wezwanie Zamawiającego budzą określone wątpliwości i wymagają doprecyzowania. Ponowne żądanie wyjaśnień nie może prowadzić do złożenia zupełnie nowych wyjaśnień, czy też prowadzenia procedury wyjaśnień do czasu pełnego usprawiedliwienia przez wykonawcę swojej wyceny ofertowej. (KIO 266/18)

Wykonawca przestał wyjaśnienia w wymaganym terminie. Po dokładnej analizie Zamawiający stwierdził, że uwzględnienie 80% kosztów zastępstwa procesowego mających pokryć wydatki związane ze świadczeniem obsługi prawnej nie mają pokrycia w rzeczywistości. Na 59 spraw prowadzonych o zapłatę należności z tytułu świadczeń zdrowotnych udzielanych pacjentom nieposiadającym ubezpieczenia zdrowotnego tylko 2 zostały spłacone i aż 17 jest bezskutecznych. Łączna wartość postępowań wynosi 316 035, 16zł, z czego do chwili obecnej wyegzekwowano 2 448,15zł. , a bezskuteczne okazały się egzekucje na kwotę 190 781,30zł.

Podkreślić należy, że ustawodawca nakłada na Wykonawcę obowiązek złożenia wyjaśnień, w tym dowodów potwierdzających realność zaoferowanej ceny lub jej istotnych części składowych. Czynniki te powinny mieć zawsze odniesienie do opisu przedmiotu zamówienia zawartego w specyfikacji warunków zamówienia. Przedstawienie konkretnej, a zarazem wiarygodnej i rzetelnej analizy, potwierdzonej dowodami daje rzeczywistą możliwość Zamawiającemu zweryfikowania realności zaproponowanej ceny. W opinii Zamawiającego zaoferowana cena nie zapewnia zrealizowania usługi w sposób należyty i zgodny z wymaganiami określonymi w specyfikacji warunków zamówienia.

Ocena wyjaśnień potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, Zamawiający odrzuca ofertę Wykonawcy na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 8 Ustawy pzp.

W dniu 15 grudnia 2022 r. zamawiający unieważnił postępowanie na podstawie art. 255 pkt 2 Pzp.

Treść przepisów dotyczących zarzutów:

- art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp – *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.;*

- art. 224 ust. 5 Pzp – *Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.;*

- art. 16 Pzp – *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:*

1) *zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;*

2) *przejrzysty;*

3) *proporcjonalny.;*

- art. 253 ust. 1 pkt 2 Pzp – *Niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający informuje równocześnie wykonawców, którzy złożyli oferty, o:*

(...)

2) *wykonawcach, których oferty zostały odrzucone*

– *podając uzasadnienie faktyczne i prawne.;*

- art. 255 pkt 2 Pzp – *Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli wszystkie złożone wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferty podlegały odrzuceniu.*

Izba zważyła co następuje

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz stanowiska stron Izba uznała, że odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

W okolicznościach przedmiotowej sprawy odwołujący podniósł zarzuty zarówno co do czynności odrzucenia jego oferty jako zawierającej rażąco niską cenę jak i zaniechania podania wyczerpującego uzasadnienia faktycznego czynności odrzucenia oferty. W związku z tym skład orzekający rozpoznając przedmiotową sprawę w pierwszej kolejności skupił się na drugim zarzucie wskazanym w *petitum* odwołania, który odnosił się do zaniechania podania wyczerpującego uzasadnienia faktycznego czynności odrzucenia oferty. Izba doszła do przekonania, że potwierdził się zarzut naruszenia art. 253 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 16 Pzp, co skutkowało uwzględnieniem odwołania, ponieważ stwierdzone w powyższym zakresie naruszenie wpływało na prawidłowość kwestionowanych w odwołaniu czynności.

Po analizie uzasadnienia odrzucenia oferty odwołującego skład orzekający stwierdził, że zamawiający podał w nim dwa argumenty dla tej czynności. Pierwszy z nich opierał się na wskazaniu, że po dokładnej analizie wyjaśnień złożonych przez odwołującego, zamawiający stwierdził, że uwzględnienie 80% kosztów zastępstwa procesowego mających pokryć wydatki związane ze świadczeniem obsługi prawnej nie ma pokrycia w rzeczywistości. W dalszej części uzasadnienia zamawiający wskazał na łączną liczbę 59 spraw prowadzonych o zapłatę należności z tytułu świadczeń zdrowotnych udzielanych pacjentom nieposiadającym ubezpieczenia zdrowotnego z czego tylko dwie zostały spłacone i aż 17 jest bezskutecznych oraz podał kwoty dochodzonych należności ze wskazaniem kwoty, którą udało się wyegzekwować oraz kwoty co do której egzekucja okazała się bezskuteczna.

W ocenie Izby przytoczone powyżej stwierdzenie zamawiającego zawarte w uzasadnieniu odrzucenia oferty odwołującego należało uznać za niewystarczające. W tym zakresie zamawiający ograniczył się do enigmatycznego stwierdzenia, że uwzględnienie 80% kosztów zastępstwa procesowego mających pokryć wydatki związane ze świadczeniem obsługi prawnej nie ma pokrycia w rzeczywistości. Dalsza argumentacja podana w uzasadnieniu, odwołująca się do podania liczby spraw prowadzonych o zapłatę należności z tytułu świadczeń zdrowotnych udzielanych pacjentom nieposiadającym ubezpieczenia zdrowotnego oraz kwot będących efektem tych działań, nie mogła zostać uznana za wyjaśnienie braku pokrycia w rzeczywistości wyjaśnień podanych przez odwołującego. Przedmiotowa argumentacja miała charakter szczytkowy i mogła stanowić co najwyżej wstęp

do przedstawienia bardziej szczegółowego uzasadnienia opartego o pogłębioną analizę postanowień opisu przedmiotu zamówienia, dotychczasowych doświadczeń zamawiającego w ramach tego zakresu usługi oraz co najistotniejsze wyjaśnień odwołującego złożonych w procesie badania rażąco niskiej ceny. Zdaniem składu orzekającego największe zastrzeżenie dotyczące uzasadnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego polegało na braku odniesienia się do złożonych wyjaśnień. W tym miejscu warto podkreślić, że zamawiający wzywał odwołującego dwukrotnie do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Poziom wezwania (szczególnie drugiego wezwania z dnia 10 listopada 2022 r.) Izba oceniła jako szczegółowy. Podobnie wyjaśnienia odwołującego zostały złożone w formie dość szczegółowego odniesienia do pytań wskazanych w wezwaniach. Tym samym nie można było uznać za prawidłowego działania zamawiającego, który z jednej strony bardzo odpowiedzialnie podchodzi do kwestii wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, a z drugiej strony dopuszcza się zaniechania sporządzenia uzasadnienia odrzucenia oferty odwołującego, w którym nie podaje argumentów mogących zakwestionować lub podważyć wyjaśnienia złożone przez tego wykonawcę.

Drugi argument podany przez zamawiającego w uzasadnieniu odrzucenia sprowadzał się do ogólnikowego stwierdzenia wskazującego, że *zaoferowana cena nie zapewnia zrealizowania usługi w sposób należyty i zgodny z wymaganiami określonymi w specyfikacji warunków zamówienia*. Powyższe stwierdzenie nie zostało poparte żadną szczegółową argumentacją i zawierało wszystkie uchybienia, które zostały wskazane powyżej i omówienie w ramach wcześniejszego argumentu.

Zamawiający wskazał w odpowiedzi na odwołanie, że odwołujący znał przyczynę odrzucenia i był w stanie zidentyfikować motywy takiego działania zamawiającego co potwierdziła również treść uzasadnienia odwołania, w której odwołujący trafnie zidentyfikował tę przyczynę, co miało być argumentem dla stwierdzenia, że w przedmiotowej sprawie nie może być mowy o wadliwym uzasadnianiu czynności, bowiem pozwalało ono odwołującemu na odczytanie faktycznych podstaw rozstrzygnięć dokonanych przez zamawiającego, ponadto zamawiający podał przyczynę i motywy swojej decyzji. Izba stwierdziła, że przedmiotowe stanowisko zamawiającego było tylko częściowo zasadne i to w części, która nie pozwalała na oddalenie odwołania. Odwołujący był w stanie zidentyfikować przyczynę odrzucenia jego oferty i wnieść odwołanie zawierające argumentację, która kwestionowała czynności zamawiającego, niemniej zamawiający nie ujawnił w uzasadnieniu motywów swojej decyzji oraz nie wskazał powodów mogących podważyć wyjaśnienia odwołującego. Nie umknęło uwadze Izby, że zamawiający dopiero w odpowiedzi na odwołanie przywołał konkretne koszty wynikające z wyjaśnień złożonych przez odwołującego pismami z 28 października i 16 listopada 2022 r. wskazując, że były one niewystarczające. Ponadto

zamawiający dopiero na etapie postępowania odwoławczego wskazał, że z wyjaśnień złożonych przez odwołującego wynikało, iż kwestionowane koszty nie zostały zawarte w kosztach osobowych, a ich poziom przekracza przyjęty przez odwołującego margines bezpieczeństwa tj. kwoty wynikające z budżetu ryzyka, czy też zmniejszenia zysku. Co istotne zamawiający nie uprawdopodobnił powyższej okoliczności ani w uzasadnieniu odrzucenia, ani w toku postępowania odwoławczego. Przy czym w ocenie składu orzekającego zamawiający nie musiał dokładnie udowadniać kwestii niedoszacowania oferty odwołującego w kwestionowanym zakresie przez podanie konkretnej kwoty mającej wskazywać o ile oferta odwołującego – jego zdaniem – odbiega od rzeczywistych kosztów realizacji usługi czy też o jaką kwotę była niedoszacowana w tym zakresie. Wystarczające należałoby uznać uprawdopodobnienie tej okoliczności, które odwoływałoby się do opisu przedmiotu zamówienia, dotychczasowych doświadczeń zamawiającego w ramach tego zakresu usługi oraz wyjaśnień odwołującego. Takiego uzasadnienia odwołujący nie przedstawił w związku z tym Izba uwzględniła zarzut naruszenia art 253 ust. 1 pkt 2 u Pzp w zw. z art. 16 Pzp.

W konsekwencji uwzględnienia powyżej wskazanego zarzutu, uwzględnieniu podlegały pozostałe zarzuty podniesione w odwołaniu dotyczące naruszenia art. 226 ust. 1 pkt. 8 Pzp w zw. z art. 224 ust. 5 oraz art. 16 Pzp i art. 255 pkt 2 Pzp. Z uwagi na wadliwość uzasadnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego, czynność ta nie mogła się ostać i należało ją uznać za dokonaną z naruszeniem ww. przepisów. W kontekście wadliwości czynności odrzucenia oferty odwołującego Izba stwierdziła, że czynność unieważnienia postępowania została dokonana z naruszeniem dyspozycji art. 255 pkt 2 Pzp.

Dodatkowo skład orzekający uznał za zasadne wskazać, że uwzględnienie przedmiotowego odwołania nie oznacza, że Izba przesądziła zasadność złożonych przez odwołującego wyjaśnień rażąco niskiej ceny, przez co zamawiający może odstąpić od badania oferty odwołującego pod tym kątem, po unieważnieniu czynności unieważnienia postępowania i czynności odrzucenia oferty odwołującego. Jednym ze skutków przedmiotowego orzeczenia powinno być dokładne przeanalizowanie przez zamawiającego całości okoliczności dotyczących złożonych przez odwołującego wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny i w następstwie tego podjęcie odpowiednich jego zdaniem działań.

W związku z powyższym Izba uznała, że odwołanie podlegało uwzględnieniu i na podstawie art. 553 zdanie pierwsze Pzp orzekła jak w sentencji. Zgodnie bowiem z treścią art. 554 ust. 1 pkt 1 Pzp, Izba uwzględnia odwołanie w całości, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Potwierdzenie zarzutów wskazanych w odwołaniu spowodowało, iż w przedmiotowym stanie faktycznym została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej

w ww. przepisie, ponieważ zamawiający w sposób nieprawidłowy dokonał czynności odrzucenia oferty odwołującego oraz w konsekwencji unieważnienia postępowania w związku z wadliwym uzasadnieniem czynności odrzucenia.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 557 i 575 Pzp oraz § 5 pkt 1 i 2 lit. b) w zw. z § 7 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), zaliczając na poczet postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania uiszczony przez odwołującego oraz zasądzając od zamawiającego na rzecz odwołującego koszty poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz zastępstwa procesowego (zgodnie z rachunkiem złożonym na rozprawie).

Przewodniczący: