

Sygn. akt: KIO 2847/21

WYROK
z dnia 25 października 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Monika Szymanowska

Protokolant: Szymon Grzybowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 października 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 września 2021 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Impel System Sp. z o. o. we Wrocławiu, Impel Facility Services Sp. z o. o. we Wrocławiu, Hospital Service Sp. z o. o. we Wrocławiu i „ARS Medica Sp. z o. o.” we Wrocławiu w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Wojewódzki Szpital Rehabilitacyjny im. dr. S. Jasińskiego w Zakopanem

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania odwoławczego obciąża konsorcjum Impel System Sp. z o. o. we Wrocławiu, Impel Facility Services Sp. z o. o. we Wrocławiu, Hospital Service Sp. z o. o. we Wrocławiu i „ARS Medica Sp. z o. o.” we Wrocławiu i zalicza na poczet kosztów kwotę 7 500,00 zł (siedem tysięcy pięćset złotych) uiszczoną przez konsorcjum tytułem wpisu od odwołania.

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 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:

.....

U z a s a d n i e

wyroku z dnia 25 października 2021 r. w sprawie o sygn. akt: KIO 2847/21

Zamawiający – Wojewódzki Szpital Rehabilitacyjny im. dr. S. Jasińskiego w Zakopanem, ul. Ciągłówka 9, 34-500 Zakopane, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: "Usługa kompleksowego utrzymania czystości w Wojewódzkim Szpitalu Rehabilitacyjnym im. dr S. Jasińskiego w Zakopanem", o ogłoszeniu o zamówieniu publicznym opublikowanym w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 31 sierpnia 2021 r. pod numerem 2021/BZP 00165262/01, dalej zwanej „postępowaniem”.

Postępowanie na usługę, o wartości poniżej kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy z dnia 18 maja 2021 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) dalej zwanej „p.z.p.”, jest prowadzone przez zamawiającego w trybie podstawowym.

W dniu 27 września 2021 r. odwołanie wobec czynności i zaniechań zamawiającego w postępowaniu wnieśli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego Impel System Sp. z o. o. ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław, Impel Facility Services Sp. z o. o. ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław, Hospital Service Sp. z o. o. ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław i „ARS Medica Sp. z o. o.” ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław (dalej zwani „odwołującym”). We wniesionym środku zaskarżenia odwołujący postawił zamawiającemu następujące zarzuty naruszenia (pisownia oryginalna):

1. art. 224 ust. 1 w zw. z art. 16 i 17 Ustawy poprzez zaniechanie wezwania wybranego wykonawcy do wyjaśnienia sposobu kalkulacji ceny ofertowej, mimo, że cena zaoferowana przez wybranego wykonawcę i koszty wykonania zamówienia zaoferowane przez tegoż wykonawcę:
 - a) wydają się rażąco niskie,
 - b) nie pokrywają kosztów minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 o minimalnym wynagrodzeniu za pracę, a tym bardziej dodatkowych elementów cenotwórczych, i powinny budzić wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia,
2. art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 16 i 17 Ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wybranego wykonawcy, mimo że oferta ww. wykonawcy jest rażąco niska i nie uwzględnia nie uwzględnia wszystkich kosztów wykonania zamówienia i jest ceną oferta z ceną rażąco niską,
3. art. 226 ust. 1 pkt 7 Ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wybranego Wykonawcy, mimo że oferta ta została złożona w warunkach czynu nieuczciwej

konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,

4. art. 239 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez wadliwy wybór oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej, za którą uznano ofertę złożoną przez wykonawcę Gemina Sp. z o. o. ul. Trochimowskiego 11, 42 - 200 Częstochowa (dalej zwanego „wykonawcą Gemina”), wezwanie wykonawcy Gemina do złożenia wyjaśnień sposobu kalkulacji ceny, odrzucenie oferty wykonawcy Gemina jako zawierającej rażąco niską cenę i stanowiącą czyn nieuczciwej konkurencji oraz wybór oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu.

W uzasadnieniu odwołania przywołano treść dokumentacji postępowania zawierającą opis przedmiotu zamówienia, ze szczególnym uwzględnieniem postanowień dotyczących obowiązków wykonawcy i sposobu realizacji zamówienia określonego w załączniku nr 11 do SWZ i skonkludowano, że wynagrodzenia umowne ma charakter ryczałtowy, obejmuje wszelkie koszty wykonania zamówienia i nie podlega waloryzacji w związku z wystąpieniem okoliczności, o których mowa w art. 436 pkt 4 p.z.p. Odwołujący podsumował, że wykonawca w cenie oferty powinien uwzględnić co najmniej:

- 1) koszt zatrudnienia na umowę o pracę osób sprzątających w godzinach od 7.00 - 19.00, dostępnych w obiekcie zamawiającego siedem dni w tygodniu przy zastrzeżeniu, że ilość osób obecnych na zmianie nie może być mniejsza niż siedem (7 osób przez 12 godzin dziennie przez 7 dni w tygodniu = 15.25 etatu zgodnie z załącznikiem nr 1.1 punkt 1a),
- 2) koszt zastępstw urlopowych i chorobowych dla wyżej wskazanych osób sprzątających - dopuszczalne zatrudnienie na umowę cywilnoprawną,
- 3) koszt zatrudnienia koordynatora kontraktu dostępnego pięć dni w tygodniu (1 osoba przez 8 godzin dziennie przez 5 dni w tygodniu = 1 etat zgodnie z załącznikiem nr 1.1 punkt 1b),
- 4) koszt zapewnienia dodatkowych osób w związku z wykonywaniem mycia okien i akrylowania podłóg - mycie okien wykonywane trzy razy w ciągu całego okresu trwania umowy (załącznik nr 2 SWZ, tabela pierwsza na str. 39 pkt 6 w tabeli SWZ), akrylowanie podłóg wykonywane dwa razy w ciągu roku (załącznik nr 2 SWZ, tabela druga na str. 39 pkt 5 w tabeli),
- 5) koszt badań i szczepień osób sprzątających i koordynatora realizujących zamówienie,
- 6) koszt postępowania poekspozycyjnego dla osób realizujących czynności sprzątania i koordynatora,
- 7) koszt wyposażenia osób sprzątających w odzież roboczą i środki osobiste,

- 8) koszt sprzętu i środków czystości niezbędnych do realizacji zamówienia z wyjątkiem środków dezynfekcyjnych i maszyny do akrylowania,
- 9) koszt prania mopów w pralni zewnętrznej,
- 10) koszt ubezpieczenia OC.

Wykonawca Gemina zaoferował realizację zamówienia na następujących warunkach (dane ustalone na podstawie oferty złożonej przez wykonawcę w postępowaniu) za miesięczne wynagrodzenie za świadczenie usługi, cena netto 49 600,00 zł, brutto 61 008,00 zł, przy liczbie osób zatrudnionych do wykonania usługi u zamawiającego na umowę o pracę - 15 osób. Oświadczono też, że w cenie oferty zawarto wszystkie koszty wykonania zamówienia, zgodnie z treścią formularza ofertowego (str. 3 oferty).

Otwarcie ofert nastąpiło w dniu 14 września 2021 r., co wpływa na koszty, które wykonawca ujmuje w cenie ofertowej, ponieważ w dniu składania ofert obowiązująca i znana wysokość minimalnego wynagrodzenia oraz minimalnej stawki godzinowej wynosiły: a) 2 800,00 zł minimalna wysokość wynagrodzenia za pracę, b) 18,30 zł minimalna stawka godzinowa. W dniu składania oferty wysokość stóp procentowych służących obliczeniu składek ZUS oraz składek pozazusowych za pracowników finansowanych przez pracodawcę (wykonawcę) wynosiła 573,44 zł za jednego pracownika (czyli składka emerytalna 9,76% - 273,28 zł, rentowa 6,50% - 182,00 zł, wypadkowa 1,67% - 46,76 zł, Fundusz Pracy, Fundusz Solidarnościowy i Fundusz Wsparcia Osób Niepełnosprawnych 2,45% - 68,60 zł i FGSP 0,10% - 2,80 zł). Zatem w ocenie odwołującego same koszty zatrudniania zespołu osób przewidzianego do realizacji zamówienia w całości pokrywają cenę netto wykonania zamówienia zaoferowaną przez wykonawcę Gemina, tym samym cena nie uwzględnia żadnych innych kosztów wykonania zamówienia wynikających z SWZ, w tym w szczególności kosztów wskazanych w powyższych punktach od 5) do 10).

Na podstawie danych z SWZ odwołujący przyjął, że wykonawca zatrudnia do realizacji zamówienia zespół minimum siedemnaście osób w wymiarze 16,25 etatu, zatrudnionych na umowę o pracę. Skoro osoby sprzątające są dostępne dla zamawiającego zgodnie z zasadami: siedem osób na zmianie, siedem dni w tygodniu dwanaście godzin dziennie (od 7.00 do 19.00 każdego dnia), a koordynator kontraktu jest dostępny dla zamawiającego pięć dni w tygodniu, to ilość godzin do przepracowania w zakresie sprzątnięcia z wyłączeniem zadań koordynatora wynosi 7 osób x 12 godzin dziennie x 7 dni w tygodniu (30,5 dnia w miesiącu) = 2 562 godziny, w przeliczeniu na etaty = 15,25 etatu. Zatem realizacja wyłączenie czynności sprzątnięcia wymaganych od 7.00 do 19.00 każdego dnia wymaga, niezależnie od przyjętego systemu czasu pracy, zatrudnienia co najmniej szesnastu osób w przeliczeniu na 15,25 etatów - czyli miesięczne koszty zatrudnienia wyłącznie osób sprzątających wynoszą 15,25 etatu x (2800,00 zł + 573,44 zł) = 51 444,96 zł. Wykonawca Gemina zobowiązał się zatrudnić na umowę o pracę jedną na jeden etat, więc

do kwoty 47 228,16 zł należy doliczyć koszty zatrudnienia tej dodatkowej osoby, koszt zastępstw urlopowych oraz koszt zatrudnienia dodatkowych osób przy myciu okiem i akrylowaniu podłóg. Natomiast sam koszt zatrudnienia zespołu sprzątającego pokazuje, że miesięczna cena netto wykonania zamówienia stanowi wyłącznie koszt zatrudnienia osób realizujących zamówienie. Odwołujący wyjaśnił też, że do zweryfikowania obliczenia ceny ofertowej wykonawcy Gemina wzięto pod uwagę cenę netto, gdyż podatek VAT stanowi obciążenie publicznoprawne o charakterze fiskalnym, a koszty wykonania zamówienia nie są finansowane z podatku VAT od zrealizowanej usługi. Tym samym wartość podatku nie finansuje kosztów wykonania zamówienia.

W ocenie odwołującego zamawiający powinien powziąć wątpliwości co do ceny zaoferowanej przez wykonawcę Gemina, gdyż miesięczny koszt zatrudnienia tylko szesnastu osób w przeliczeniu na 15,25 etatu sprzątających niemal odpowiada miesięcznej cenie netto wykonawcy. Ponadto kwota podstawowych wynagrodzeń nie uwzględnia kosztów aktualizacji wynagrodzeń pracowniczych począwszy od stycznia 2022 r., gdzie zgodnie z rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 14 września 2021 r. od 01.01.2022 r. kwota minimalnego wynagrodzenia za prace wynosi: 3010,00 zł, a minimalna stawka godzinowa 19,70 zł. W sprawie istotnym jest również, że kwoty minimalnych wynagrodzeń na przestrzeni ostatnich dziesięciu lat systematycznie rosły. Działający z należytą starannością wykonawca powinien był uwzględnić w swojej ocenie ryzyko wzrostu wynagrodzeń jeśli projekt umowy - tak jak w niniejszym postępowaniu - nie zawiera odpowiednich klauzul waloryzacyjnych. Oferta złożona przez wykonawcę Gemina nie uwzględnia tego ryzyka, gdyż zaoferowana cena nawet nie pokrywa wszystkich kosztów obowiązujących w 2021 r.

Niezależnie od powyższego, odwołujący podkreślił, że wymogi kadrowe postawione w postępowaniu (obowiązek zatrudniania na każdej zmianie osób z uprawnieniami do pracy na wysokości) czynią zasadnym domniemanie, że niektóre z osób realizujących zamówienie ze względu na wymagane uprawnienia nie będą zatrudnione wg stawek minimalnych, tym niemniej do obliczeń przyjęto stawki minimalne, a sama okoliczność zatrudnienia za takie kwoty osób z uprawnieniami powinna zostać wyjaśniona w toku postępowaniu przez zamawiającego i budzić wątpliwości, o których mowa w art. 244 ust. 1 p.z.p. Istotnym jest również, że wymogi co do dostępności pracowników wykonawcy i wskazanych w SWZ godzin świadczenia usługi na obiekcie, połączone z ustalonym w zamówieniu obowiązkiem zatrudniania na umowę o pracę, narzucają określony (policzalny) model zatrudniania. Wykonawca nie ma w postępowaniu dowolności zatrudnienia, a wybrany przez niego system pracy zawsze musi odpowiadać wymogom dostępności ustalonym w SWZ i w złożonej ofercie.

Bezspornym jest, że cena, za którą wykonawca proponuje za realizację zamówienia publicznego musi być ceną rynkową i nie nosić znamion ceny rażąco niskiej. Okoliczność ta powinna wynikać wprost z oferty, a jeśli jest taka potrzeba, to z dodatkowych wyjaśnień złożonych przez wykonawcę. Czynniki i składowe ceny wykonawcy winny zawsze znaleźć odniesienie do opisu przedmiotu zamówienia zawartego w SWZ. Sprawdzenie wyceny oferty wykonawcy dokonywane przez zamawiającego powinno mieć charakter wiarygodnej i rzetelnej analizy, znajdującej potwierdzenie w obowiązujących przepisach prawa, powszechnie znanych faktach lub dodatkowo dowodach przedstawionych przez wykonawcę. W postępowaniu zamawiający zaniechał sprawdzenia ceny ofertowej wybranego wykonawcy i wbrew wymogom art. 244 ust. 1 p.z.p. zignorował wątpliwości co do rażąco niskiej ceny zaproponowanej przez Gemina i zaniechał wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień. Przy tym koszty realizacji zamówienia, oprócz minimalnego wynagrodzenia za pracę, powinny uwzględniać również rezerwy na choroby pracowników, urlopy. Wysokość rezerw powinna odpowiadać obowiązującej stawce jednej roboczogodziny. Cena ofertowa, po odjęciu kosztów zatrudnienia wynikających z zatrudnienia pracowników wg stawek minimalnych zgodnych z dozwoloną w postępowaniu formą zatrudnienia, powinna pozostawiać racjonalny, rzetelny i bezpieczny zapas pozwalający finansować konieczne zastępstwa i jak wykazano powyżej wykonawca Gemina takiej rezerwy nie zachował. Ponadto, cena oferty oprócz wyżej wskazanych kosztów bezwzględnie powinna obejmować również pozostałe koszty wynikające z SWZ, co zostało przedstawione przez odwołującego w szczegółowej kalkulacji w odwołaniu, w wyniku której suma samych tylko miesięcznych kosztów pracy, wyliczona od minimalnego wynagrodzenia za pracę, obowiązującego w 2021 r. i w 2022 r. wynosi 64 642,83 zł, co jest wartością wyższą, niż miesięczna wartość netto oferty złożonej przez wykonawcę Gemina (49 600,00 zł za miesiąc). Odwołujący dodał, że zwykle koszty realizacji usługi przedstawione w tabelach z odwołania powinny uwzględniać i zostać powiększone o koszty wywołane szczególnymi okolicznościami realizacji wskazanych tam czynności polegających na nietypowym i specjalistycznym charakterze usługi np. koszty zatrudnienia osób z dopuszczeniami do pracy na wysokości, co wobec wysokości ceny wykonawcy Gemina jest wątpliwe.

Wobec powyższego, z uwagi na stan faktyczny sprawy w postępowaniu istnieją poważne wątpliwości co do możliwości i prawdziwego zamiaru realizacji zamówienia na warunkach opisanych przez wybranego wykonawcę w ofercie. Cena budzi wątpliwości, tj. wątpliwym jest czy koszt wykonania zamówienia został ustalony w odniesieniu do rzeczywistych kosztów realizacji zamówienia, co nie wzbudziło żadnych wątpliwości po stronie zamawiającego, który dokonał tej oferty bez przeprowadzenia odpowiedniej procedury wyjaśniającej, kiedy zamawiający posiadał wiedzę o wynikających z przepisów

prawa i powszechnie znanych minimalnych kosztach zatrudniania osób fizycznych, a mimo to zaniechał czynności wyjaśniających sposób kalkulacji ceny wykonawcy Gemina.

Odwołujący wskazał również, że koszt wykonania zamówienia nie może być wytłumaczony przez wykonawcę otrzymywanym dofinansowaniem do wynagrodzenia pracowników niepełnosprawnych. Zadeklarowanie otrzymywania dofinansowania w żaden sposób nie oznacza, że pomoc publiczna została przyznana do realizacji zamówienia dla osób wskazanych do wykonania umowy dla zamawiającego. Zgodnie z opinią UZP „wykonawca może uzasadniając niskie koszty pracy pomoc publiczną, która została mu przyznana, a nie zamiarem ubiegania się o taką pomoc. Jedynie w takim przypadku możliwe jest bowiem definitywne ustalenie udziału wykonawcy w ponoszeniu kosztów wynagrodzenia pracowników, względem których przyznawane jest dofinansowanie, a informacja ta jest niezbędna dla zamawiającego w procesie oceny czy cena lub koszt są rażąco niskie”. Wobec powyższego nie można uzasadniać niskich kosztów pracy zarówno pomocą publiczną, która została udzielona dla osób zatrudnionych do realizacji innych umów niż umowa w sprawie niniejszego zamówienia, jak i zamiarem ubiegania się o taką pomoc.

Natomiast oferta wybranego wykonawcy nie zawiera danych pozwalających przyjąć, że wykonawca zastosował szczególnie oszczędne metody wykonania zamówienia, specyficzne rozwiązania techniczne lub znajduje się w wyjątkowo sprzyjających warunkach wykonywania zamówienia. Cena zaoferowana przez wykonawcę Gemina nie pokrywa podstawowego kosztu wykonania zamówienia, tj. kosztów pracy. Odwołujący zweryfikował kalkulację ceny ofertowej Gemina na podstawie danych zawartych w jego ofercie i minimalnych kosztów zatrudnienia wynikających z przepisów prawa. Przedstawione wykazy i kalkulacje tychże kosztów potwierdzają stanowisko, że cena jest nierealistyczna i została skalkulowana poniżej kosztów wykonania zamówienia. Przedstawione kalkulacje dowodzą, że obliczając cenę ofertową, nawet przy uwzględnieniu szczególnych warunków realizacji zamówienia, nie jest możliwe osiągnięcie ceny wykonania zamówienia na poziomie zbliżonym do ceny zaoferowanej przez wykonawcę Gemina. Cena ta jest niemożliwa do osiągnięcia, a tym samym stanowi cenę rażąco niską w rozumieniu przepisów p.z.p., ponieważ nie pokrywa wszystkich kosztów wykonania zamówienia wynikających z SWZ.

Zdaniem odwołującego deklaracja wykonawcy Gemina w zakresie realizacji zamówienia za zaoferowaną cenę grozi zamawiającemu nienależytym wykonaniem lub niewykonaniem zamówienia w przyszłości. Kalkulacja wynagrodzenia na takim poziomie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisu art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r. nr 153, poz. 1503 ze zm.). Przepis ten stanowi, iż czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odsprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji

innych przedsiębiorców. Ponadto działaniem spełniającym przesłanki uznania danego działania przedsiębiorcy za czyn nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy. Jeżeli działania podejmowane przez przedsiębiorcę nie wynikają z istoty konkurencji, lecz są podejmowane w celu utrudnienia dostępu do rynku i przy pomocy środków niezajdujących usprawiedliwienia w mechanizmie wolnej konkurencji stanowią one czyn nieuczciwej konkurencji.

Jednocześnie, z zaznaczeniem, że jest to czynione z daleko idącej ostrożności, odwołujący wskazał, że zamawiający zaniechał wyjaśnienia czy istotne części składowe oferty wybranego wykonawcy nie zawierają rażąco niskiej ceny. Ze względu na przywołane w odwołaniu argumenty i okoliczności wezwanie do rzeczonych wyjaśnień jest niezbędnym, a odstąpienia od ich przedstawienia prowadzi do wyboru oferty z rażąco niską ceną oraz stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji.

Działając w imieniu i na rzecz zamawiającego odpowiedź na odwołanie w formie pisemnej wniósł pełnomocnik strony wskazując, iż zamawiający wnosi o oddalenie odwołania zgodnie z uzasadnieniem wskazanym w jego piśmie procesowym.

Krajowa Izba Odwoławcza – po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, po zapoznaniu się ze stanowiskami przedstawionymi w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, konfrontując je z zebrany w sprawie materiałem procesowym, w tym z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz po wysłuchaniu oświadczeń i stanowisk złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy – ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający stwierdził, że odwołanie dotyczy materii określonej w art. 513 p.z.p. i podlega rozpoznaniu zgodnie z art. 517 p.z.p. Izba stwierdziła również, że nie została wypełniona żadna z przesłanek określonych w art. 528 p.z.p., których stwierdzenie skutkowałoby odrzuceniem odwołania i odstąpieniem od badania meritum sprawy. Ponadto w ocenie składu orzekającego odwołujący wykazał, że posiada legitymację materialną do wniesienia środka zaskarżenia zgodnie z przesłankami art. 505 ust. 1 p.z.p.

Izba – po dokonaniu ustaleń poczynionych na podstawie dokumentacji postępowania przedstawionej przez zamawiającego, biorąc pod uwagę zakres sprawy zakreślony przez okoliczności podniesione w odwołaniu oraz stanowiska stron złożone pisemnie i ustnie do protokołu – stwierdziła, że sformułowane przez odwołującego zarzuty nie znajdują oparcia w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie. W ocenie składu orzekającego czynność zamawiającego polegająca na wyborze oferty wykonawcy Gemina jako oferty najkorzystniejszej została

wykonana w sposób prawidłowy, zaś zamawiający nie miał podstaw, aby wszczynać postępowanie wyjaśniające sposób kalkulacji ceny wykonawcy, jak również nie potwierdziły się zarzuty zaniechania odrzucenia tej oferty z powodu zaoferowania ceny rażąco niskiej i stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji.

Nie było spornym, że w sprawie nie zachodzą podstawy do wezwania wykonawcy Gemina do złożenia wyjaśnień sposobu ceny zgodnie z 30% kryterium arytmetycznym, o którym mowa w art. 224 ust. 2 p.z.p. W postępowaniu złożono dwie oferty – odwołującego z ceną brutto 957 216,00 zł i wykonawcy Gemina z ceną brutto 732 090,00 zł, przy kwocie jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia (tożsamej z wartością szacunkową zamówienia) w wysokości 710 000,00 zł. Odwołujący upatrywał podstawy do wezwania do złożenia wyjaśnień kalkulacji ceny podnosząc, że w jego ocenie wydaje się ona rażąco niska oraz nie pokrywa nawet kosztów zatrudnienia, które należało uwzględnić w cenie (zarzut nr 1 z *petitum* odwołania dotyczący naruszenia przez zamawiającego art. 224 ust. 1 w zw. z art. 16 i 17 p.z.p.).

W ramach uwag natury ogólnej skład orzekający zauważa, iż ustawa p.z.p. i wiążące ustawodawstwo Unii Europejskiej nie zawierają definicji legalnej rażąco niskiej ceny lub procentowego poziomu, na podstawie którego można byłoby automatycznie stwierdzić, kiedy mamy do czynienia z zaoferowaniem ceny rażąco niskiej. Zatem w każdym przypadku przeprowadzania procedury udzielenia zamówienia publicznego, jeżeli jest ku temu podstawa, kwestię tę należy badać *ad casum*. Weryfikacja czy cena wykonawcy została skalkulowana rzetelnie i posiada ekwiwalentny charakter powinna nastąpić przez pryzmat warunków przedmiotu zamówienia, sposobu jego realizacji, z uwzględnieniem możliwych szczególnych uwarunkowań dostępnych wykonawcom, którzy będą realizować umowę oraz charakterystyki danego rynku. Innymi słowy, ustalenie czy cena ma charakter ceny rażąco niskiej będzie każdorazowo wymagało dokonania konkretyzacji na tle okoliczności stanu faktycznego właściwego dla danego postępowania. Skoro więc określenie ceny oferty jako mogącej nosić charakter ceny rażąco niskiej jest dokonywane w szerokopojętych realiach danej sprawy, to również weryfikacja czy zamawiający był zobowiązany do przeprowadzenia procedury wyjaśniającej sposób kalkulacji ceny – wskazanej w art. 224 ust. 1 p.z.p., czyli badanie czy zaistniała przesłanka obligująca zamawiającego do rozpoczęcia procedury wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w jaki sposób i na jakiej podstawie wyliczono cenę oferty – także jest dokonywana w okolicznościach faktycznych konkretnego zamówienia przy uwzględnieniu realiów właściwego rynku.

Warto także zaznaczyć, że wykazanie, iż zamawiający powinien rozpocząć procedurę wyjaśniającą kalkulację ceny obciąża wykonawcę, który żąda jej przeprowadzenia. Nie mamy tu do czynienia z odwróconym ciężarem dowodu, który wynika z art. 537 p.z.p. i dotyczy sytuacji, kiedy już wezwano wykonawcę do złożenia wyjaśnień, co powoduje

obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej (art. 224 ust. 5 p.z.p.). W zakresie wszczęcia postępowania wyjaśniającego cenę – czyli udowodnienia, że zaoferowana cena lub jej istotna część składowa wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia lub powinna budzić wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania zamówienia zgodnie z wymaganiami SWZ lub wynikającymi z odrębnych przepisów – zastosowanie znajduje art. 534 ust. 1 p.z.p., który stanowi, że strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Norma ta nakłada na odwołującego obowiązek dostarczenia Izbie przekonujących środków, że przywołane przez wykonawcę okoliczności faktyczne są prawdziwe, a z drugiej strony określa kto poniesie negatywne konsekwencje braku wywiązania się z nałożonego ciężaru dowodowego, czyli materialnoprawny skutek nieudowodnienia istotnych okoliczności, co w rozpoznawanej sprawie oznacza oddalenie niewykazanych zarzutów odwołania.

W ustalonym stanie rzeczy odwołujący stanął przed trudnym zadaniem próby udowodnienia, że wykonawca Gemina, który obecnie należycie realizuje usługę dla zamawiającego złożył ofertę z ceną, która powinna zostać zweryfikowana. Izba podzieliła w tym zakresie przekonującą i wiarygodną argumentację zamawiającego, która znalazła potwierdzenie w materiale procesowym, że wysokość zaoferowanej przez wykonawcę Gemina ceny nie budzi wątpliwości co do możliwości wykonania umowy zgodnie z warunkami dokumentacji postępowania i normami dotyczącymi minimalnego wynagrodzenia za pracę.

Zamawiający podnosił, że posiada wiedzę o szczególnych, indywidualnie dostępnych dla wykonawcy Gemina warunkach świadczenia usługi, co powoduje, że mógł ocenić, iż cena jest realna, a argumentacja i wyliczenia odwołującego nie mogą podważyć tej ceny, ponieważ jej nie dotyczą. Wskazano na szereg okoliczności i czynników dostępnych tylko dla wykonawcy Gemina, jego potencjał kadrowy i zaplecze techniczne – o czym zamawiający powziął wiedzę z obecnie realizowanego kontraktu – co powoduje, że cena nie tylko nie jest zaniżona, ale nie budzi żadnych wątpliwości, że umowa będzie wykonywana należycie. Skład orzekający stwierdził, że odwołujący przy konstruowaniu zarzutów nie uwzględnił tych okoliczności, co powoduje, że poczynione wyliczenia nie są w stanie podważyć kwoty zaoferowanej przez wykonawcę Gemina. Każdy z wykonawców kalkuluje cenę oferty uwzględniając indywidualne czynniki i to one w głównej mierze decydują o wysokości ceny za jaką przedsiębiorca jest w stanie zrealizować zamówienie. Ponadto, na rynku usług utrzymania czystości częstokroć wykonawcy posiadają status zakładu pracy chronionej i pewnym standardem rynkowym jest oferowanie ceny, która uwzględnia otrzymywane dofinansowanie, co jest znamienne dla świadczenia usług sprzątnia i ochrony.

Zgodnie z aktami postępowania odwoławczego od 1 października 2020 r. do 31 września 2021 r. wykonawca Gemina realizował tożsamą usługę dla zamawiającego za kwotę 692 244,00 zł brutto (poświadczenie z dnia 07.09.2021 r.). Obecnie wyliczono koszt wykonania zamówienia, także przez dwanaście miesięcy, za cenę 732 096,00 zł. Aktualnie zaoferowana kwota jest więc kwotą wyższą od oszacowanej przez zamawiającego – w wysokości 710 000,00 zł, co jak wyjaśniono zawiera cenę za obecną umowę oraz konieczny zapas – i ujęto w niej wzrost ceny usługi na poziomie niemal 40 tysięcy złotych. Zatem nie ma podstaw, aby uznać, że wykonawca nie uwzględnił wzrostu minimalnego wynagrodzenia za pracę czy czynników wynikających z inflacji. Co istotne, szczegółowa kalkulacja kosztów pracy – stanowiących znaczący koszt wykonania zamówienia, która została przedstawiona przez odwołującego, nie dotyczy tej oferty. W związku z obecnie wykonywaną umową zamawiający posiada bowiem wiedzę, że pracownicy wykonawcy Gemina są osobami ze statusem osoby niepełnosprawnej, a sam wykonawca jest zakładem pracy chronionej, więc wyliczenia, które nie uwzględniają dopłat z tego tytułu nie mogą podważać ceny oferty wykonawcy Gemina.

Stanowisko zamawiającego potwierdza wykaz kadry zatrudnionej na podstawie umowy o pracę (wykaz osób skierowanych do realizacji zamówienia publicznego z dnia 21.09.2021 r.) i oświadczenie z oferty wykonawcy, że ma status podmiotu ekonomii społecznej. Izba nie znalazła podstaw, aby nie dać wiary oświadczeniu zamawiającego, że osoby wskazane do realizacji zamówienia są osobami, które już wykonywały usługę na rzecz szpitala. Wyjaśniono także, że szczegółowe informacje w tym zakresie wynikają z warunków realizacji kontraktu, gdzie zamawiający weryfikuje umowy o pracę i posiada wiedzę o sytuacji podmiotowej wykonawcy, w tym, że wykonawca ma przyznane dofinansowanie na czas wykonywania przyszłej umowy.

Kolejnym czynnikiem obniżającym koszt wykonania zamówienia dostępnym dla wykonawcy Gemina jest zdaniem zamawiającego fakt, że posiada on własne narzędzia do wykonania świadczenia usługi (wykaz narzędzi, wyposażenia zakładu lub urządzeń technicznych wraz z informacją o podstawie dysponowania z dnia 21.09.2021 r.), co powoduje, że nie musi dokonywać ich zakupu. Zatem wyliczenia odwołującego dotyczące zakupu sprzętu także nie dotyczą kwestionowanej przezeń oferty. Zamawiający dodał, że wobec faktu realizacji obecnej umowy posiada wiedzę o materiałach i środkach jakimi dysponuje wykonawca, gdyż zgodnie z warunkami kontraktu udostępnia wykonawcy pomieszczenie na ich przechowywanie, więc także w tym zakresie zaoferowana cena nie powinna budzić wątpliwości.

Skład orzekający stwierdził, że logiczna i spójna argumentacja jednostki zamawiającej, która koreluje z materiałem procesowym i została poparta jednym z najbardziej wiarygodnych dowodów, czyli obecnie właściwie realizowaną umową na rzecz

szpitala – gdzie wykonawca posiada doświadczenie i wiedzę jak prawidłowo wycenić usługę, którą ponownie będzie realizował, a przy tym posiada wyjątkowo sprzyjające warunki wykonania zamówienia, powoduje, że nie ma podstaw do rozpoczęcia procedury wyjaśniającej zaoferowaną cenę. Ustalony w sprawie stan faktyczny powoduje, że w ocenie Izby nie zostały spełnione przesłanki art. 224 ust. 1 p.z.p. i nie udowodniono, że należycie działający zamawiający powinien powziąć wątpliwości w zakresie prawidłowego i rynkowego charakteru ceny zaoferowanej przez wykonawcę Gemina. Podniesione w odwołaniu zarzuty pomijają warunki podmiotowe wykonawcy, więc nie mogą świadczyć o istnieniu wątpliwości co do wykonania przez Gemina przedmiotu zamówienia zgodnie z dokumentacją postępowania lub warunkami wynikającymi z odrębnych przepisów, czego wymaga fakultatywna podstawa wezwania do złożenia wyjaśnień kalkulacji ceny. Nie wykazano więc zaniechania zamawiającego w postaci braku wszczęcia procedury wyjaśniającej sposób kalkulacji ceny oferty Gemina.

Izba stwierdziła również, że nie potwierdziły się zarzuty nr 2 i nr 3 z *petitum* odwołania. Odwołujący nie udowodnił podstaw do odrzucenia oferty wykonawcy Gemina z powodu zaoferowania ceny rażąco niskiej (art. 226 ust. 1 pkt 8 p.z.p.) i złożenia oferty w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji (art. 226 ust. 1 pkt 7 p.z.p. w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 z.n.k.). Odrzucenie oferty jest czynnością ostateczną i zastosowanie instytucji uregulowanej w art. 226 ust. 1 pkt 7 lub 8 p.z.p. wymaga jednoznacznego wykazania podstawy do eliminacji oferty z przetargu, kiedy w ustalonym stanie rzeczy nie udowodniono nawet przesłanek do powzięcia wątpliwości w zakresie wysokości ceny i rozpoczęcia postępowania wyjaśniającego jej kalkulację. Zatem tym bardziej materiał procesowy nie daje podstaw do przyjęcia, że cena zaoferowana przez wykonawcę Gemina jest nierealna, nieekwiwalentna, a złożenie oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, więc zarzuty te jako nieposiadające uzasadnionych podstaw został przez Izbę oddalone.

Brak potwierdzenia zarzutów wskazanych w odwołaniu powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym nie została wypełniona hipoteza art. 554 ust. 1 pkt 1 p.z.p. – zamawiający w sposób prawidłowy dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej, więc odwołanie zostało przez skład orzekający oddalone.

Mając na uwadze powyższe, orzeczono jak w sentencji.

Rozstrzygnięcie o kosztach postępowania wydano na podstawie art. 575 p.z.p. obciążając strony kosztami zgodnie z zasadą odpowiedzialności za wynik postępowania odwoławczego z uwzględnieniem § 8 ust. 2 w zw. z § 5 pkt 1 rozporządzenia 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). Izba obciążyła odwołującego, którego odwołanie zostało

oddalone, kosztami postępowania odwoławczego, na które złożył się uiszczony przez stronę wpis od odwołania.

Przewodniczący:

.....