

**Wyrok**  
**z dnia 7 września 2021 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Andrzej Niwicki**

**Protokolant: Piotr Cegłowski**

po rozpatrzeniu na rozprawie w dniu 2 września 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 sierpnia 2021 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: DGP Clean Partner Sp. z o.o. z/s w Warszawie, ul. Zygmunta Słomińskiego 15/52, 00-195 Warszawa,, SEBAN Sp. z o.o. z/s w Katowicach, DGP PROVIDER Sp. z o.o. z/s w Legnicy, 7 MG Spółka z o.o. z/s w Legnicy, Partner Medica Sp. z o.o. z/s w Legnicy, ELPOSERWIS Sp. z o.o. z/s w Połańcu, GRUPA KOK Sp. z o.o. z/s w Zabrze,** w postępowaniu prowadzonym przez **Polska Grupa Górnicza S.A., ul. Powstańców 30, 40-039 Katowice,**

przy udziale wykonawcy **Serwis Urządzeń Infrastruktury Technicznej Sp. z o.o., ul. Mariacka 30, 44-310 Radlin,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

**orzeka:**

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.
  
2. kosztami postępowania obciążyć wykonawcę **Serwis Urządzeń Infrastruktury Technicznej Sp. z o.o. z siedzibą w Radlinie** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
  - 2.1. zasądza od wykonawcy **Serwis Urządzeń Infrastruktury Technicznej Sp. z o.o. z siedzibą w Radlinie** na rzecz wykonawców **DGP Clean Partner Sp. z o.o. z/s**

w Warszawie, ul. Zygmunta Słomińskiego 15/52, 00-195 Warszawa., SEBAN Sp. z o.o. z/s w Katowicach, DGP PROVIDER Sp. z o.o. z/s w Legnicy, 7 MG Spółka z o.o. z/s w Legnicy, Partner Medica Sp. z o.o. z/s w Legnicy, ELPOSERWIS Sp. z o.o. z/s w Połańcu, GRUPA KOK Sp. z o.o. z/s w Zabrze kwotę 19 320 zł 46 gr (słownie: dziewiętnaście tysięcy trzysta dwadzieścia złotych czterdzieści sześć groszy) stanowiącą uzasadnione koszty postępowania poniesione z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika strony (3 600 zł) oraz kosztów dojazdu na posiedzenie (720,46 zł).

Stosownie do art. 579 i 580 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:** .....

**Sygn. akt: KIO 2372/21**

### **Uzasadnienie**

Zamawiający: Polska Grupa Górnicza S.A. 40-039 Katowice, ul. Powstańców 30 prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego sektorowego na: „Świadczenie usług w zakresie obsługi technicznej łaźni na Ruchu Jankowice, Ruchu Marcel i Ruchu Rydułtowy KWK ROW”, numer referencyjny: 482001297, w zakresie części (zadania) II Ogłoszenie o zamówieniu: DUUE nr 2021/S 079-204290 23 kwietnia 2021 r. Informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej za pośrednictwem poczty elektronicznej oraz platformy EFO: <https://efo.coig.biz> 29 lipca 2021 r.

Odwołujący, którym jest konsorcjum firm wymienionych w rubrum wyroku, wniósł dnia 9 sierpnia 2021 r. odwołanie wobec czynności oraz zaniechań zamawiającego, podjętych w postępowaniu w zakresie części (zadania) II polegających na:

- 1) wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez: Serwis Urządzeń Infrastruktury Technicznej Sp. z o.o. z siedzibą w Radlinie (dalej: „Wykonawca”),
- 2) nieprawidłowym badaniu i ocenie oferty Wykonawcy i niezasadnym uznaniu, że oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej, wykonawca sprostął obowiązkowi wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, zamawiający był uprawniony do wygenerowania kolejnego wezwania do wyjaśnień 11 czerwca 2021 r., a wykonawca złożył wyjaśnienia ceny zgodne z treścią wezwania z 8 oraz z 11 czerwca 2021 r.,
- 3) błędnej ocenie wyjaśnień i błędnym uznaniu, iż spełniają one wymagania i odpowiadają na wątpliwości, podczas gdy są one lakoniczne, nie poparte dowodami, nie zawierają wszystkich kosztów związanych z wyceną, a zawarte w nich treści wprost wskazują na okoliczność zaoferowania przez wykonawcę rażąco niskiej ceny,
- 4) zaniechaniu odrzucenia oferty skalkulowanej nierzetelnie, a wykonawca nie udźwignął ciężącego na nim ciężaru udowodnienia, iż oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, Czynnościom i zaniechaniom Zamawiającego zarzuca naruszenie:

1) art. 224 ust. 5 i ust. 6 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8, w zw. art. 16 w zw. z art. 17 nPzp przez:

– zaniechanie odrzucenia oferty

– nieuzasadnione wygenerowanie wezwania z 11 czerwca 2021 r. do wyjaśnień w sytuacji gdy pierwotne wezwanie było jasne i precyzyjne i w odpowiedzi na nie wykonawca miał obowiązek złożyć kalkulację ceny z dowodami, w szczególności szczegółową kalkulację kosztów wynagrodzenia jako głównego składnika kosztowego w postępowaniu,

– zaniechanie odrzucenia oferty w sytuacji, gdy Wykonawca nie skalkulował pełnego zakresu przedmiotu zamówienia i nie jest on w stanie wykonać przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami.

– zaniechanie odrzucenia oferty mimo, iż oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia; a Wykonawca nie udźwignął ciężaru udowodnienia, iż oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

Zamawiający jedynie formalnie dopełnił procedury wyjaśniającej, nie przeprowadzając analizy wyjaśnień, mimo iż Wykonawca nie obalił domniemania, że cena oferty jest rażąco niska.

Wskazując na powyższe zarzuty odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości, nakazanie unieważnienia czynności oceny ofert i wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Wykonawcę, nakazanie dokonania ponownej oceny ofert, a w tym: odrzucenie oferty wykonawcy, wybór jako najkorzystniejszej oferty odwołującego.

Zestawienie treści Specyfikacji Warunków Zamówienia („SWZ”) z treścią oferty i z treścią złożonych wyjaśnień prowadzi do wniosku, iż oferta zawiera rażąco niską cenę, a Wykonawca nie obalił domniemania, iż jest rażąco niska.

Zgodnie ze Szczegółowym Opiszem Przedmiotu Zamówienia Część B pkt 2 SOPZ pkt. 2lit c: „Zamawiający szacuje że do wykonania usługi Wykonawca będzie potrzebować 6 pracowników na dobę, a ilość roboczogodzin pracowników obsługi w ilości 13 140, w tym: 1 pracowników x 3 zmiany x 8 godzin/zmianę x 365 dni = 8760 rbh (łążnia nr 1 i 2 Marcel) 1 pracowników x 3 zmiany x 4 godzin/zmianę x 365 dni = 4 380 rbh (łążnia nr Marklowice)”

Zgodnie z Rozdziałem 3 SWZ pkt. 6):

Zgodnie z art. 95 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający wymaga, aby do realizacji zamówienia Wykonawca zatrudniał na pełen etat na podstawie umowy o pracę osoby wykonujące czynności opisane w ust. 2. pkt. 1) i 2) SWZ.

Zgodnie z Rozdziałem XIV SWZ pkt. 4 Opisu sposobu obliczenia ceny: „Cena obejmuje wszelkie należności Wykonawcy za wykonanie całości przedmiotu zamówienia, z uwzględnieniem opłat i podatków.”

Zaś w § 7 wzoru umowy Zamawiający oczekuje, aby wszyscy pracownicy wykonujący usługi sprzątnięcia byli zatrudnieni w oparciu o umowę o pracę.

„Zamawiający nie ma obowiązku ponownie wzywać wykonawcy do złożenia wyjaśnień jeżeli wykonawca nie rozwiął jego wątpliwości co do podejrzenia rażąco niskiej ceny i nie przedstawił na potwierdzenie powyższego stosownych dowodów. W takiej sytuacji należy bowiem uznać, że wykonawca nie wywiązuje się należycie z ciążącego na nim, stosownie do art. 90 ust. 2 Pzp, ciężaru dowodu.”

Zamawiający 8 czerwca 2021 r., wezwał Wykonawcę: „ do udzielenia wyjaśnień zaoferowanej ceny, która może nosić znamiona rażąco niskiej, w tym złożenia dowodów dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu”

Wykonawca nie polemizował z wezwaniem, a więc zobowiązany był do udzielenia odpowiedzi, czego w ocenie odwołującego nie uczynił i nie podołał wykazaniu, iż cena oferty nie zawiera ceny rażąco niskiej.

Pismo wykonawcy z 9 czerwca 2021 r. trudno uznać za wyjaśnienia, brak w nim odpowiedzi na pytania z wezwania. Wyjaśnienia są nierzetelne, wybiórcze, ogólnikowe i lakoniczne, a ze względu na poziom ich ogólności i brak odpowiedzi Zamawiający nie był uprawniony do generowania kolejnych wezwań do Wykonawcy tj. wezwania z 11 czerwca 2021 r.

Nawet jeżeli Wykonawca otrzymuje od Zamawiającego ogólne wezwanie to art. 224 ust. 3 nPzp wskazuje mu jakie elementy dostosowane do realiów stanu faktycznego w wyjaśnieniach powinny się znaleźć. Wykonawca powinien podać planowane warunki zatrudnienia, w tym w szczególności zakładanego wynagrodzenia. Za niewystarczające należy uznać podanie liczby pracowników i ogólnej kwoty zatytułowanej wynagrodzenie 6+3 pracowników nadzoru. Powyższe potwierdza sam fakt, iż przedmiotem wezwania z 11 czerwca jest przedstawienie „szczegółowej kalkulacji kosztów wynagrodzenia.” Jednocześnie to wezwanie było nieuprawnione, ponieważ Wykonawca nie starał się wyczerpująco, konkretnie odpowiedzieć na pierwsze wezwanie. Wyjaśnienia sprowadzają się do 4 liczb opisanych w tabeli w sposób nieczytelny. Wykonawca nie podał warunków zatrudnienia - wysokości wynagrodzenia, wymiaru etatu pracowników, nie pokazał wysokości składki wypadkowej, kosztów PPK, zastępstw urlopowych, chorobowych, wynagrodzenia za pracę w godzinach nocnych. Konieczność przewidzenia owych pozycji wynika z przepisów kodeksu pracy i przepisów o ubezpieczeniach społecznych. W tym aspekcie każde wezwanie do wyjaśnień ceny jest konkretne. W niniejszej sprawie zamawiający otrzymał ogólnikową. Np. dopiero z wyjaśnień z 14 czerwca dowiadujemy się co Wykonawca miał na myśli w pozycji „ narzuty” okazuje się, iż były to koszty związane z zatrudnieniem ale tylko te związane ze składkami ZUS.

Przechodząc do analizy treści drugich wyjaśnień z 14 czerwca 2021 r. iż ich treść jest rozbieżna z treścią wyjaśnień złożonych w dniu 9 czerwca 2021 r. I tak:

- 1.Poz. 1 tabeli z wyjaśnień z 9 czerwca pn. Wynagrodzenia 6 + 3 pracowników dozoru to kwota 32 200 zł, tymczasem koszty wynagrodzeń pracowników wskazane w piśmie z 14 czerwca wynoszą 16 800 zł + 15 314, 61 zł = 32 114, 61 zł,
- 2.Narzuty wskazane w wyjaśnieniach z 9 czerwca wynoszą 6 170 zł, natomiast narzuty ZUS wskazane w piśmie z 14 czerwca wynoszą 3 407,04 zł + 2 757,39 zł = 6 164, 43 zł,

3. W wyjaśnieniach z 14 czerwca pojawia się całkiem nowa pozycja „Inne” o wartości 90,96 zł, która odpowiada kwocie powstałej z opisanych w punkcie 1 i 2 różnic pomiędzy poszczególnymi pozycjami ujętymi w tabelach na przestrzeni dwóch wyjaśnień,

4. Rozbieżność pojawia się w treści wyjaśnień z 14 czerwca. Wykonawca wskazuje, że będzie zatrudniał na minimalne wynagrodzenie za 2800 zł, a w tabeli to założenie potwierdza się wobec 6 pracowników obsługi technicznej ale nie w stosunku do 3 pracowników nadzoru, dla których wskazał koszt 15 314,61 zł (przyjmując iż są zatrudnieni w pełnych etatach, koszt wynagrodzenia pracownika wynosi:  $15314,61/3 = 5104,87$  zł).

Dodatkowe wyjaśnienia ceny nie mogą prowadzić do zmiany w pozycjach już podanych w pierwotnych wyjaśnieniach, do przebudowy pokazanej struktury cenowej. Właśnie z uwagi na takie ryzyko KIO jest ostrożna w rekomendacjach co do generowania do wykonawców kolejnych wezwań do wyjaśnień ceny, jeżeli ich nie można udzielić bez zmiany wyjaśnień już pierwotnie złożonych. Pozycja „Inne” nie została w żaden sposób opisana przez Wykonawcę.

Ponadto brak jest informacji:

1. w jakim wymiarze czasu pracy poszczególni pracownicy są zatrudnieni. Zamawiający nie wie czy Wykonawca spełnił jego wymagania.

2. Wykonawca w wyjaśnieniach z 14 czerwca wskazał, iż w założeniach przyjął minimalne wynagrodzenia pracowników 2800 zł, jednak z uwagi na brak przepisów przyjęto orientacyjną rezerwę na ten cel. Mimo deklaracji nie wskazał w tabeli żadnej kwoty na w/w cel. Wykonawca dla 6 pracowników obsługi technicznej wskazał iż koszt wynagrodzenia wynosi 16800 zł (przyjmując iż w/w pracownicy są zatrudnieni w pełnym wymiarze koszt wynagrodzenia wynosi:  $16800/6=2800$ ). Brak spójności dla 3 pracowników dozoru -  $15314,61/3 = 5104,87$  zł).

Od 1 stycznia 2022 r. nastąpi wzrost minimalnego wynagrodzenia do kwoty 3000 zł. W związku z faktem, iż usługa będzie realizowana przez 12 m-cy, a Zamawiający nie przewidział waloryzacji Wykonawca powinien przewidzieć wzrostu minimalnego wynagrodzenia na odpowiednim poziomie. (tu tabela).

Odwołujący zaznacza, iż przedstawiony koszt jest na poziomie minimalnym tylko dla 6 pracowników, albowiem nie wiadomo ostatecznie jakie wynagrodzenie przewidziano dla 3 pracowników dozoru. Jeżeli pracownicy dozoru również będą zatrudnieni na minimalne wynagrodzenie za pracę, to ww. nieujęty koszt będzie jeszcze większy.

3. o wartości kosztów z tytułu pracy w godzinach nocnych. Na trzeciej zmianie jest dwóch pracowników, których wymiar łączny czasu pracy wynosi 12 godzin. Wobec powyższego średniomiesięczna ilość godzin nocnych wynosi:  $12h * 365 \text{ dni} / 12 \text{ ms} = 365 \text{ h/ms}$ . Nieujęty koszt średniomiesięczny godzin nocnych  $365 * 2800 / 168 * 20\% = 1216,67$  zł

4.o wartości kosztów z tytułu zastępstw urlopowych i chorobowych. Wykonawca w piśmie z 9 czerwca 2021 r. wskazał, iż zapewnił zastępstwa przez pracowników wykonujących również inne zlecenia, a co za tym idzie brak konieczności zatrudnienia dodatkowych pracowników ad hoc. W żaden sposób nie wykazał i nie udowodnił owej okoliczności. Ponadto w przypadku korzystania z pracowników zgodnie z powyższym powinien przewidzieć koszt ich zatrudnienia proporcjonalnie zgodnie ze stopniem zaangażowania w realizacji niniejszego zamówienia, nie można bowiem czynić oszczędności w jednym kontrakcie kosztem przerzucenie pozycji kosztowych na inny kontrakt. Wykonawca przewidział do zatrudnienia 9 pracowników. Koszt urlopu i chorobowego winien być wyliczony w następujący sposób: Koszty urlopu i chorobowego – 26 dni (wskaźnik urlopowy 26 dni\252 dni = 10,32%) + chorobowy 2%\* = 12,32%. Koszt urlopu i chorobowego liczony jest jako suma wynagrodzenia wraz ze składką ZUS pomnożone przez wskaźnik urlopowo-chorobowy.

Zgodnie z wyjaśnieniami łączny koszt wynagrodzeń wraz ze składką ZUS wynosi:

a. Koszty wynagrodzenia wraz ze składkami ZUS zgodnie z wyjaśnieniami z dnia 9 czerwca 2021 r. wynoszą 32200 zł + 6170,00 zł = 38370 zł

b. Koszty wynagrodzenia wraz ze składkami ZUS zgodnie z wyjaśnieniami z dnia 14 czerwca 2021 r. wynoszą 32114,61 zł + 6164,43 zł = 38279,04 zł

W związku z powyższą rozbieżnością do wyliczeń przyjęto niższą kwotę. NIEUJĘTE KOSZTY: 38279,04 zł x 12,32% = 4715,98 zł

Biorąc pod uwagę tendencje na rynku i na podstawie własnego doświadczenia Odwołującego narzut rezerwy chorobowej winien wynosić około 2%.

5.wysokości kosztów PPK, który jest podstawowym kosztem pracowniczym, tym zakresem było objęte już pierwsze wezwanie. Wysokość wpłat podstawowych do PPK jest określona przez art. 26 i 27 ustawy. o pracowniczych planach kapitałowych (Dz.U. z 2020 poz. 1342 z późn.zm.) i wynosi 1,5% wynagrodzenia dla wpłat finansowanych przez pracodawcę.

Wykonawca przewidział do zatrudnienia 9 pracowników. Koszt PPK kształtuje się następująco:

PPK - ((wynagrodzenie zasadnicze plus koszt rezerwy urlopowo-chorobowej) x 1,50%)

NIEUJĘTE KOSZTY: (32114,61 + 4715,98)\*1,5% = 552,46 zł

6.Wykonawca nie przewidział żadnych kosztów na zapewnienie odpowiedniego sprzętu niezbędnego do realizacji usługi, nie udowodnił również że jest w posiadaniu w/w sprzętu. Nieujęta średniomiesięczna wartość niniejszego kosztu wynosi 550,00 zł miesięcznie.

7.O wysokości pozostałych kosztów - koszty ogólnozakładowe, zabezpieczenia należytego wykonania zobowiązania, polisy OC itp.

8.Wartościach liczbowych oszczędności, jakie osiągnął Wykonawca w związku z okolicznościami wskazanymi w wyjaśnieniach z 9 czerwca 2021 r. Wykonawca wskazuje, iż

„pozostała kwota, po odliczeniu kosztów, stanowi przychód Wykonawcy, zabezpieczający ewentualne nieprzewidziane wydatki związane z wykonywaną umową”. W konsekwencji nie będzie ona mogła służyć zaspokojeniu ww. kosztów, w szczególności kosztów pracowniczych, które nie należą do kategorii „nieprzewidzianych” albowiem konieczność ich przewidzenia wynika wprost z przepisów. Podobnie wzrost minimalnego wynagrodzenia na poziomie opisanym w odwołaniu wynikający z oficjalnych prognoz i wypowiedzi władz państwa.

Wyjaśnienia ceny z 14 czerwca 2021 r. potwierdza jedynie, iż koszty pracownicze nie zostały w ogóle uwzględnione w kalkulacji, a Wykonawca jedynie pozornie próbował ratować swojej niedoszacowanej kalkulacji. Brak dowodów potwierdzających twierdzenia z 9 czerwca Informacje są gołosłowne, wbrew wyraźnemu nakazowi z art. 224 nPzp oraz z treści wezwania z 8 czerwca 2021 r. nie zostały poparte odpowiednimi dowodami.

W tabeli wskazano nieujęte koszty w ujęciu miesięcznym netto łącznie 8478,47 zł.

Wykonawca w wyjaśnieniach wskazał poziom kosztów w wysokości 39 420 zł netto miesięcznie. Wartość całkowita oferty to 552 625,95 zł daje średniomiesięczną 46 052,16 zł. Wykonawca wskazał w wyjaśnieniach, iż pozostała kwota po odliczeniu kosztów stanowi przychód Wykonawcy (46 052,16 zł netto – 39 420,00 zł netto = 6 632,16 zł netto). Zgodnie z powyższym wartość już niektórych nieujętych kosztów przewyższa planowany zysk Wykonawcy. Nie zmienia to faktu, iż nie jest możliwe pokrywanie z zysku nieujętych kosztów, których nie można zakwalifikować do kategorii nieprzewidzianych wydatków. Zamawiający jest zobowiązany do żądania od wykonawcy stosownych wyjaśnień każdorazowo, gdy powźmie wątpliwości co do zaoferowanej ceny lub kosztu (albo ich istotnych części). Obowiązkiem wykonawcy jest rozwianie tych wątpliwości przez przedstawienie precyzyjnych wyliczeń oraz konkretnych dokumentów, z których wynikać będzie realność zaoferowanej ceny lub kosztu.

Nie jest wystarczające przedstawienie ogólnej informacji, każda z informacji powinna zostać przełożona na konkretną wartość liczbową, tj. na wysokość oszczędności jakie z tego tytułu udało się osiągnąć Wykonawcy, przyjęty poziom ceny;

Od wykonawcy oczekiwać należy przedstawienia szczegółowych kalkulacji ceny ofertowej, popartej dowodami wskazującymi na rynkowy charakter kosztów ujętych w tej kalkulacji i poprawności założeń przyjętych na potrzeby jej dokonania. Podanie kilku wartości liczbowych, nie poparcie podanych wartości dowodami należy uznać za niespełniające wymogów stawianych wyjaśnieniom z art. 224 ust. 1 Pzp wskazanych na wstępie.

Mając powyższe na uwadze należy uznać, iż Wykonawca nie udźwignął spoczywającego na nim ciężaru dowodu, a tym samym w konsekwencji nie obalił domniemania, iż cena przez niego zaoferowana jest rażąco niska.

Wykonawca nie znajduje się w wyjątkowo korzystnej sytuacji, która uzasadniałaby zaoferowanie tak niskiej ceny. Szereg kosztów, jakie wykonawcy biorący udział w niniejszym postępowaniu będą musieli ponieść wynika wprost z zapisów SWZ i obowiązujących przepisów prawa (koszty pracownicze) i wykonawcy nie mają możliwości poczynienia w tym zakresie zbyt daleko idących oszczędności. Na podstawie wyjaśnień ceny oferty Odwołujący dokonał analizy poszczególnych elementów kosztowych. Analiza wskazuje, że Wykonawca nie wycenił całego zakresu zamówienia.

Opisane uchybienia w zakresie wyjaśnień nie pozwalają na prawidłową weryfikację oferty. Wyjaśnienia nie mogły usunąć wątpliwości Zamawiającego wyartykułowanych w wezwaniach. W niniejszym postępowaniu Zamawiający wyraźnie wskazał, iż oczekuje nie tylko udzielenia wyjaśnień ale też złożenia dowodów. Wykonawca nie przedstawił dowodów na poparcie twierdzeń i nie udźwignął spoczywającego na nim ciężaru dowodu i w konsekwencji nie obalił domniemania iż cena przez niego zaoferowana jest rażąco niska.

Odwołujący wskazuje dodatkowo, że na gruncie art. 224 nPzp nie ma obowiązku wielokrotności wyjaśnień ceny danego wykonawcy. Kolejne wezwanie może więc służyć jedynie doprecyzowaniu złożonych wyjaśnień, czy też wyjaśnieniu niejasności, jakie powstały na tle złożonych przez wykonawcę w „pierwotnych” wyjaśnieniach dokumentów, stanowisk. W niniejszej sprawie Wykonawca nie skorzystał z możliwości złożenia odpowiednich wyjaśnień, a co za tym idzie w tej sytuacji nie sposób znaleźć uzasadnienia dla kierowania do niego kolejnych, uzupełniających wezwań które miały miejsce w niniejszym postępowaniu.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie datowanej 23 sierpnia 2021 r. oświadczył, że uwzględni w całości zarzuty zawarte w odwołaniu.

Przystąpienie po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca Serwis Urządzeń Infrastruktury Technicznej Sp. z o.o. Wniósł o oddalenie odwołania.

Stwierdził, że zarzuty podnoszone przez Odwołującego są bezpodstawne. Zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty w oparciu o przeprowadzoną licytację oraz złożone dokumenty.

Oferta Zgłaszającego przystąpienie do postępowania została uznana przez Zamawiającego jako najkorzystniejsza. W pierwszej kolejności została przeprowadzona licytacja, którą różnicą 1 grosza wygrał Zgłaszający przystąpienie. Następnie Zamawiający wezwał oferentów do przedłożenia wyjaśnień w sprawie zaoferowanej ceny. Po przeanalizowaniu wyjaśnień, Zamawiający dokonał wyboru. Przedłożone przez oferentów wyjaśnienia nie

budziły wątpliwości Zamawiającego. Tym bardziej, iż różnica w wylicytowanych kwotach była minimalna.

W związku z powyższym zakwestionowanie przez Odwołującego wyboru najkorzystniejszej oferty nie jest w interesie Zgłaszającego przystąpienie. Uwzględnienie żądań Odwołującego może doprowadzić do odrzucenia oferty Zgłaszającego przystąpienie, co niewątpliwie narazi go na dodatkowe koszty.

Z uwagi na uwzględnienie zarzutów odwołania przystępujący wniósł sprzeciw wobec tej czynności zamawiającego.

W złożonych składowi orzekającemu pismach procesowych przystępujący uzasadnił swoje stanowisko i zastrzegając jego uzupełnienie na dalszym etapie po udostępnieniu przez Prezesa Izby akt przedmiotowej sprawy odwoławczej w pełnym zakresie, tj. ujawnieniu informacji odwołującego w zakresie wysokości zaoferowane przez niego, a zastrzeżonej jako zawierającej tajemnicę przedsiębiorstwa. Zauważył, że odwołujący nie dokonał zastrzeżenia na etapie postępowania odwoławczego. Przypomniał, że oferta odwołującego (po licytacji) jest wyższa od oferty Wykonawcy – Uczestnika Postępowania o 0,01 zł (słownie: jeden grosz), co nie przeszkadza Odwołującemu w formułowaniu twierdzeń o rażąco niskiej cenie po stronie przystępującego.

Na skutek decyzji Zamawiającego o uznaniu zasadności zarzutów – Uczestnik Postępowania – w związku ze złożonym sprzeciwem – zobowiązany jest wstąpić w rolę Zamawiającego, co do obrony zasadności decyzji o uznaniu jego ceny ofertowej za rynkową. Winien zatem posiadać możliwość oceny obu cen tj. w oparciu o wyjaśnienia udzielone przez obydwu wykonawców, których oferty były niemal identyczne, tym bardziej, że doszło do bezzasadnego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa Odwołującego.

Stwierdził, że nieuzasadnione było zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa przez odwołującego.

Przystępujący wskazał, że punktem odniesienia dla oceny, czy cena jego oferty jest rażąco niska, jest jej porównanie z wartością zamówienia powiększoną o wysokość podatku VAT. Zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia kwotę 906.699,42 zł brutto tj. 737.154,00 zł netto (bez VAT, który wynosi 23%). Szacunkowa wartość zamówienia winna być równa lub niższa niż kwota, którą Zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Końcowa (po licytacji) oferta Wykonawcy – Uczestnika Postępowania opiewa na kwotę 552.625,95 zł netto i 679.729,92 zł brutto. W związku tym oferta odbiega od wartości zamówienia o 25%. Stawka rbh wynosi w takim przypadku 42,05 zł netto (bez VAT). Punktem odniesienia dla pojęcia rażąco niskiej ceny powinny być ceny innych ofert złożonych w postępowaniu, a w tym kontekście oferta odwołującego jako druga była wyższa o 0,01 zł (słownie: jeden grosz). Z tego punktu widzenia nie sposób uznać ceny ofertowej

Wykonawcy – Uczestnika Postępowania jako posiadającej jakiegokolwiek znamiona ceny rażąco niskiej.

Dodać należy, że Postępowanie dotyczyło trzech Zadań (Części), których zakres rzeczowy (wymagane kwalifikacje pracowników oraz rodzaj usług) są dokładnie takie same, za wyjątkiem pracochłonności (rbh dla każdego z Zadań jest różne). W związku z powyższym punktem odniesienia dla pojęcia rażąco niskiej ceny są również oferty złożone w Postępowaniu w ramach dwóch pozostałych zadań (nr 1 i nr 3). W ramach Zadania 1 po złożeniu ofert pisemnych doszło do drugiego etapu tj. licytacji, w ramach której najkorzystniejsza oferta (Hydroinstal) opiewała na stawkę 37,18 zł/rbh (netto bez VAT), a więc kwotę jeszcze niższą, niż stawka z oferty Wykonawcy – Uczestnika Postępowania. W zakresie Zadania nr 3 doszło do złożenia tylko jednej oferty (AMAR) stąd nie doszło do drugiego etapu Postępowania tj. licytacji. Oferta pisemna pierwszego etapu opiewała na stawkę 61,00 zł/rbh (netto bez VAT) (438.175,20 zł / 5840 rbh / 1,23). Również ta stawka nie odbiega znacząco od stawki z oferty Wykonawcy – Uczestnika Postępowania

Powyższe ponownie stanowi dowód „rynkowego” poziomu oferty Wykonawcy – Uczestnika.

Kolejnym punktem odniesienia dla pojęcia rażąco niskiej ceny jest realność ceny ofertowej w relacji do cen rynkowych podobnych zamówień (czy odbiega ona od cen przyjętych, wskazując na fakt wykonania zamówienia poniżej kosztów wytworzenia.

W swoich wyjaśnieniach Wykonawca – Uczestnik Postępowania wskazał, że największym (najistotniejszym) kosztem wchodzącym w kalkulację ceny ofertowej jest wynagrodzenie pracowników zaangażowanych w realizację zamówienia, które stanowią ponad 97% wszystkich kosztów realizacji zamówienia. Koszty te nie wymagają przedstawienia dowodów, gdyż są daleko wyższe niż minimalny poziomy wynagrodzeń pracowniczych, który dla 2021 r. został ustalony na kwotę 2.800,00 zł brutto, lecz nie jest jeszcze uchwalony na rok 2022. (Łączne koszty wykonania zamówienia w całym okresie jego realizacji stanowią kwotę 473.040,00 zł, co przy cenie ofertowej na kwotę 552.625,95 zł netto (bez VAT) daje nadwyżkę w wys. prawie 80.000,00 zł, która z naddatkiem zabezpiecza nieprzewidziane koszty realizacji zamówienia (trudne do przewidzenia na dzień złożenia oferty).

Odwołujący w celu wykazania zasadności zarzutu rażąco niskiej ceny – bezzasadnie wskazuje na nie uwzględnienie przez Wykonawcę w ofercie: kosztów wzrostu wynagrodzeń, kosztów rezerwy urlopowej, kosztów rezerwy chorobowej, kosztów dodatku za pracę w godzinach nocnych, kosztów PPK oraz kosztów sprzętu. W zakresie rezerwy chorobowej i urlopowej Wykonawca przewidział w kalkulacji ceny ofertowej oddelegowanie „pracowników wykonujących również inne zlecenia” (o czym mowa w piśmie z 09.06.2021 r.). Bezzasadne są zatem próby Odwołującego zawyżania kosztów w zakresie rezerwy urlopowej i rezerwy chorobowej (4.715,98 zł/mc z tabeli na s. 12 Odwołania). Bezzasadne są próby

odwołującego zawyżania kosztów w zakresie dodatku za pracę w godzinach nocnych, zostały one w kalkulowane w ogólną pulę wynagrodzeń założonych na poziomie 32.200 zł, podobnie jak koszty PPK. Bezzasadne są próby odwołującego zawyżania kosztów sprzętu, gdyż zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia Wykonawca ma zapewnić obsługę i nadzór nad działaniem instalacji (CO, wod-kan i wentylacyjnej) bez jakichkolwiek dostaw (materiały, części – zapewniane przez Zamawiającego) (Załącznik Nr 1 do SWZ Lit. B pkt 3, str. 18-19 SWZ), a z wyjaśnień Wykonawcy wynika, że „korzysta z pracy pracowników doświadczonych” (zatrudnionych już w miejscu realizacji Zamówienia w związku z inną umową zawartą z Zamawiającym), którzy korzystają ze sprzętu trudnozużywającego się (narzędzia mechaniczne) o trwałości kilkadziesiąt lat.

W kontekście zarzutu dotyczącego ponownego wezwania wskazuje, że obowiązek wezwania do złożenia dodatkowych wyjaśnień zachodzi również w sytuacji, gdy sam zamawiający nie poinformował wykonawcy, jakie elementy oferty budzą jego wątpliwości co do ewentualnego rażącego zaniżenia oferty, a wezwanie miało ogólny charakter. W przedmiotowym Postępowaniu zaszedł wskazany wyżej przypadek.

W piśmie z 1 września przystępujący wskazał dodatkowo, co następuje.

(1) Odwołujący dokonuje próby bezpodstawnego zawyżenia kosztów nieujętych rzekomo w ofercie.

Kwestia błędów rachunkowych i metodologicznych w obliczeniach Odwołującego

(2) Tabela Odwołującego na str. 10 Odwołania zawiera błędy rachunkowe, prowadzące do zawyżenia kwoty łącznej kosztów wynagrodzeń, rzekomo nieujętych przez Wykonawcę – Uczestnika Postępowania w jego ofercie tj.:

a. sumowanie kwot ujętych w kolumnie skrajnej prawej (800,00 zł + 243,36 zł) Odwołujący podał błędnie na kwotę 1.443,36 zł, podczas gdy prawidłowo daje to kwotę 1.043,36 zł; w efekcie dochodzi do bezzasadnego zawyżenia kwoty nieujętych kosztów wynagrodzeń o kwotę 400,00 zł/miesięcznie, co w ramach łącznej kwoty „nieujętych kosztów” w tabeli na str. 12 prowadzi do wykazania zawyżonej kwoty 8.478,47 zł zamiast 8.078,47 zł

b. działania na kwotach w wierszu 2-gim od dołu (kwota 243,36 zł stanowi wynik odejmowania komórek tego wiersza w kolumnach D i B) odbiegają od metodologii działań w pozostałych wierszach tabeli (zgodnie z opisem tabeli w kolumnie skrajnej prawej 2-gi wiersz – działanie w każdym wierszu tabeli powinno obejmować odejmowaniem komórek E i B); wyliczenie zgodne z metodologią przyjętą przez Odwołującego powinno wyglądać następująco: co przy prawidłowym sumowaniu końcowym winno dać kwotę 962,24 zł; w efekcie dochodzi do bezzasadnego zawyżenia kwoty nieujętych kosztów wynagrodzeń o

kwotę 481,12 zł/miesięcznie, co w ramach łącznej kwoty „nieujętych kosztów” w tabeli na str. 12 prowadzi do wykazania zawyżonej kwoty 8.478,47 zł zamiast 7.997,35 zł

Ponadto obliczenia prezentowane przez Odwołującego na str. 11 (w zakresie kosztów urlopu i chorobowego) oparte są na przyjęciu wskaźnika chorobowego właściwego dla Odwołującego, co jest bezpodstawne.

Niezależnie od powyższych uwag w wyjaśnieniach ceny ofertowej (z dnia 09.06.2021 r. i 14.06.2021 r.) Wykonawca wskazał pozycję kosztową dotyczącą „wynagrodzenia 6 pracowników obsługi technicznej”.

W Odwołaniu (str. 9-10 Odwołania) Odwołujący bezzasadnie przyjął, że 6 pracowników do obsługi technicznej łaźni stanowi 6 pełnych etatów (z umów o pracę) i dla takiej liczby etatów przyporządkował koszty na podstawie wynagrodzenia minimalnego. Zgodnie z Załącznikiem Nr 1 do SWZ Lit. B pkt 2 lit. c, str. 18 SWZ wymagana praca 6 pracowników odpowiada 4 i ½ etatom z umów o pracę tj. 3 pracowników na pełny etat (8h/zmianę) na łaźni nr 1 i 2 Marcel i 3 pracowników na ½ etatu (4h/zmianę) na łaźni Markłowice.

Odwołujący w ramach wyliczeń na s. 10 odwołania zrównał pojęcia „6 pracowników” z pojęciem „6 etatów” (zamiast prawidłowo 4 i ½ etatu). Pozwoliło mu to zbudować bezzasadną argumentację o nieuwzględnieniu w kalkulacji „kosztu wzrostu wynagrodzenia od 01.01.2022 r.”. „kosztów godzin nocnych”, „kosztów zastępstw urlopowo – chorobowych” i „PPK”.

Tymczasem łączna kwota „wynagrodzenia 6 pracowników obsługi technicznej” z oferty tj. 16.800 zł (i dalsze narzuty ZUS w wys. 3.407,04 zł) mieści w sobie koszt obsługi 4,5 etatu z umowy o pracę. W związku z tym wartość kosztowa 25% z wartości oferty w tym zakresie (co odpowiada kosztowi 1,5 etatu, o który Odwołujący zawyża rachunki) stanowi w istocie nadwyżkę na pokrycie ww. kosztów rzekomo nieujętych w cenie ofertowej („kosztu wzrostu wynagrodzenia od 01.01.2022 r.”. „kosztów godzin nocnych”, „kosztów zastępstw urlopowo – chorobowych” i „PPK”), a dotyczących de facto 4 i ½ etatu.

W związku z powyższym w wyliczenia Odwołującego winny zostać skorygowane o ww. współczynnik zawyżenia tj. 25%, zatem średnia miesięczna kosztów wykazywanych w tabeli winna zostać przeliczona przez 75% w tej wartości zostać odniesiona do kosztów Wykonawcy (ofertowych) z kolumny B.

Wyliczenie wymaga zatem skorygowania, jak wskazano w piśmie.

W efekcie nieuprawnionego zabiegu obliczeniowego odwołującego w pozycji nieujętych kosztów podpozycja „wzrost wynagrodzenia od 01.01.2022 r.” nie powstaje w ogóle (wykazywana w tabeli str. 11) kwota niedoboru w wys. 1.443,36 zł. Wartość ta znajduje pokrycie w łącznej kwocie „wynagrodzenia 6 pracowników obsługi technicznej” z oferty tj. 16.800,00 zł (i dalsze narzuty ZUS w wys. 3.407,04 zł) w ramach 4,5 etatu z umowy o pracę

(innymi słowy wzrost wynagrodzeń jest zabezpieczony w tej kwocie) i daje jeszcze nadwyżkę w wys. 4.330,08 zł na pokrycie dalszych wykazywanych przez Odwołującego kosztów nieujętych tj. „kosztów godzin nocnych”, „kosztów zastępstw urlopowo – chorobowych” i „PPK”, z zastrzeżeniem, że ich prawidłowa wysokość podlega korektom wykazanim we wcześniejszej części nin. pisma (odpowiednio do kwot: 1.216,67 zł, 4.180,07 zł, 534,32 zł).

Uwzględniając powyższe przystępujący przedstawił wyliczenie, gdzie końcowo kwota „nieujęta” stanowi więc kwotę 1.600,98 zł, która znajduje pokrycie w kwocie – wykazywanego w wyjaśnieniach ceny ofertowej – zysku na poziomie 6.632,16 zł.

Trudno mówić o tym, by wykonanie umowy byłoby nieopłacalne, ani by cena ofertowa była niewiarygodna lub oderwana od realiów rynkowych (w jakimkolwiek zakresie, nie mówiąc o „całkowitym” oderwaniu).

Kwestia domniemanego uzasadnienia rynkowego charakteru ceny ofertowej Odwołującego (niższej o 0,01 zł od ceny ofertowej przystępującego) Wykonawca nie zna treści wyjaśnień odwołującego. Może domniemywać, że uzasadnienie wynika z zatrudniania osób niepełnosprawnych i korzystania z pomocy publicznej (dofinansowanie PFRON). W związku z powyższym wnosi o uwzględnienie przez KIO (znające treść wyjaśnień ceny ofertowej Odwołującego) i weryfikację uwag w tej kwestii. W wyliczeniach kosztów pracowniczych należy uwzględnić dodatkowe obowiązki pracodawcy (wynikające z przepisów o pracy osób niepełnosprawnych) tj.: dodatkowego urlopu, 7 h pracy, niemożność zatrudnienia pracownika w porze nocnej i nadgodzinach, przy pewnych niepełnosprawnościach należy odpowiednio przystosować stanowisko pracy i potrzeba opiekuna, 11 dni na uczestnictwo w turnusie rehabilitacyjnym lub badaniach (10+11=21 dni), dodatkowe 15 minut przerwy

W efekcie wykazywane „oszczędności” kosztów pracowniczych (w wyniku uzyskiwania dofinansowania PFRON) winny podlegać podwyższeniu o koszty realizacji ww. obowiązków. Okoliczność ta winna zostać zweryfikowana w procesie porównania rynkowego charakteru cen i ewentualnego uznania, że cena ma charakter rażąco niski przy uznaniu, że cena odwołującego – różniąca się o 0,01 zł od oferty Odwołującego – takiego charakteru nie ma.

Według aktualnej wiedzy i doświadczenia do obsługi przedmiotu zamówienia (obsługa i dozór urządzeń instalacji CO, wod-kan i wentylacyjnej), nie ma możliwości zatrudnienia pracownika niepełnosprawnego z wymaganymi kwalifikacjami. Brak jest bowiem takich pracowników na rynku pracy. Można założyć istnienie teoretycznej możliwości uzyskania takich kwalifikacji przez osoby niepełnosprawne (uzyskanie kwalifikacji jest kwestią wiedzy).

**Uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę stanowiska stron przedstawione w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy, Izba stwierdziła, iż odwołanie w zakresie rozpoznawanych**

### **zarzutów zasługuje na uwzględnienie.**

Z uwagi na podniesione wątpliwości co do skuteczności zgłoszonego do postępowania przystąpienia po stronie zamawiającego, czego skutkiem był wniosek odwołującego i zamawiającego o niedopuszczenie zgłaszającego do udziału w postępowaniu odwoławczym, skład orzekający wskazuje, co następuje.

Niesporne jest, że zgłoszenie przystąpienia nastąpiło w ustawowym terminie, w formie w formie elektronicznej, „w postaci elektronicznej” i zostało opatrzone podpisem zaufanym, czyniąc zadość wymogom z art. 508 ust. 1 ustawy pzp. Do zgłoszenia załączono dwa potwierdzenia nadania przesyłki poleconej adresowanej do odwołującego i zamawiającego (w formie typowego dokumentu stosowanego przez Poczta Polska S.A.). Nie budzi wątpliwości, że przesyłki te zawierające treść przystąpienia, miały formę pisemną, a zatem odmienną od formy, w jakiej zgłoszono przystąpienie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. Z tej różnicy między formą przystąpienia, a formą kopii przystąpienia przeznaczonej dla uczestników oraz faktu, iż przesyłka pocztowa dotarła do stron po upływie trzydniowego terminu strony podniosły zastrzeżenia co do skuteczności przystąpienia. Brak ten uznany został przez strony za nieusuwalny i skutkujący niemożnością uznania przystąpienia za skuteczne.

Na potwierdzenie stanowiska wnioskodawca wskazał na treść komentarza do art. 525 ustawy pzp opracowanego przez 29 autorów (wydawca Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2021), gdzie stwierdzono, że:

„KIO z urzędu bada skuteczność przystąpienia. W tym zakresie bada w szczególności: 1) czy przystąpienie zostało zgłoszone z zachowaniem terminu; 2) czy przystąpienie zostało zgłoszone przez podmiot, który w danej sprawie może zgłosić przystąpienie (np. wykonawca uczestniczący w postępowaniu o udzielenie zamówienia; jeśli odwołanie dotyczy treści ogłoszenia o zamówieniu lub dokumentów zamówienia – może to być każdy zainteresowany podmiot, jeśli wykaże interes w tym, aby odwołanie zostało rozstrzygnięte na korzyść jednej ze stron); 3) czy przystąpienie zostało podpisane przez podmiot uprawniony do reprezentowania wykonawcy zgłaszającego przystąpienie; 4) czy przystąpienie zostało zgłoszone w odpowiedniej formie; 5) czy wykonawca zgłaszający przystąpienie wykazał interes w tym, aby odwołanie zostało rozstrzygnięte na korzyść strony, do której przystępuje; 6) czy zgłoszenie przystąpienia zostało przesłane zamawiającemu i odwołującemu (czy załączono dowód przesłania zgłoszenia przystąpienia). Należy podkreślić, że Pzp nie przewiduje możliwości usunięcia braków zgłoszenia przystąpienia. Jeżeli przystąpienie będzie obarczone brakami, zostanie uznane przez Izbę za nieskuteczne. KIO nie wydaje postanowienia stwierdzającego skuteczność bądź nieskuteczność przystąpienia. Jeżeli KIO uzna, że przystąpienie jest skuteczne, przystępujący bierze udział

w postępowaniu odwoławczym. W praktyce KIO często zawiera w protokole rozprawy informację odnośnie do skuteczności lub nieskuteczności przystąpienia.”

Skład orzekający nie neguje cytowanego opisu czynności zauważając, że nie zawiera on wskazania co do wymogu tożsamości formy dla czynności przystąpienia i formy kopii przystąpienia ze skutkiem w postaci uznania przystąpienia za bezskuteczne w razie zastosowania różnych form omawianych czynności. W tym miejscu warte zauważenia jest spostrzeżenie zawarte w ostatnim zacytowanym zdaniu, że de lege lata nie wydaje się odrębnego postanowienia o skuteczności przystąpienia, a sam fakt udziału w postępowaniu, podobnie jak stron postępowania odwoławczego, potwierdza ich status jako odpowiednio, odwołującego, zamawiającego i przystępującego.

Z uwagi na rozbieżność przedstawionych stanowisk, skład orzekający stwierdza, że doręczenie kopii przystąpienia po terminie na jego wniesienie, jednakże z dowodem, że została ona wysłana, jest zgodne z wymogami ustawy tj. art. 525 ust. 1 i 2 w związku z art. 508 ustawy pzp. Warte uwagi jest także rozumienie pojęcia „kopia”. W ocenie Izby kopią dokumentu jest drugi dokument, który zawiera tę samą treść, co dokument oryginalny (pierwotny), przy czym chodzi o treść mającą merytoryczne znaczenie. Nie musi być to zatem np. kserokopia dokumentu odwzorowująca wiernie wszystkie, oprócz treści pisemnej, elementy graficzne. Można przy tym posłużyć się pomocniczo ustawową definicją pisemności (art. 7 pkt 16 ustawy) wskazującą na informacje, które można odczytać i powielić w dowolnej formie, zauważając, że powielenie może oznaczać sporządzenie większej liczby tożsamych informacji na dowolnym używanym w praktyce nośniku. Wynikiem powielenia są w konsekwencji kopie.

Skoro zatem zgłaszający dochował wymogów co do formy i terminu zgłoszenia oraz pozytywnie oceniono pozostałe opisane w cytowanej książce wymogi, jego przystąpienie zostało uznane za skuteczne.

Podejmując rozstrzygnięcie merytoryczne w sprawie Izba uznała, że odwołanie jest zasadne dzieląc stanowisko odwołującego w zakresie, w jakim stwierdza on, że przystępujący nie zdołał obalić domniemania, iż zaoferował cenę rażąco niską.

Wynik postępowania ustalony przez zamawiającego był w tym kontekście, skutkiem nieprawidłowego badania i oceny oferty złożonej przez wykonawcę i niezasadnym uznaniu, że oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej.

Można potwierdzić, że wyjaśnienia udzielone na pierwsze wezwanie były znacząco lakoniczne, co doprowadziło do ponowienia wezwania przez zamawiającego ze wskazaniem obowiązku przedstawienia skalkulowanych kosztów pracy, jako stanowiących podstawowy

składnik kosztu- i ceno-twórczy. Przy tym, żadne z wyjaśnień, pomimo sformułowania takiego żądania, nie zawierało dowodów na poparcie poprawności informacji.

Korzystając ponownie ze wsparcia cytowanego opracowania należy zauważyć, że zgodnie z art. 224 ust. 5 ustawy obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu, spoczywa na wykonawcy. Konsekwencją prawną wezwania do złożenia wyjaśnień w trybie art. 224 ust. 1 Pzp jest powstanie domniemania faktycznego, że zamawiający ma do czynienia z rażąco niską ceną lub kosztem. Domniemanie zaoferowania rażąco niskiej ceny ma charakter wzruszalny, może zostać obalone przez wykonawcę składającego wyjaśnienia. W postępowaniu wyjaśniającym prowadzonym przez zamawiającego ciężar dowodu spoczywa na wykonawcy i to on powinien obalić powyższe domniemanie stosownymi wyjaśnieniami. „Zgodnie z art. 224 ust. 6 ustawy odrzuceniu jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu. Przepis ten wskazuje, że odrzucenie oferty następuje również w związku z nieudzieleniem wyjaśnień w wyznaczonym terminie określonym przez zamawiającego. Wykonawca składający wyjaśnienia musi udowodnić, że cena lub koszt jego oferty nie są rażąco niskie, jeśli jednak tego nie uczyni, jest to równoznaczne z potwierdzeniem, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt i podlega odrzuceniu m.in. na podstawie art. 224 ust. 6 Pzp. Ustawodawca zakłada, że wykonawcy biorący udział w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego są profesjonalistami, stąd składane przez nich wyjaśnienia muszą cechować się podwyższonym miernikiem staranności. Niespełnienie tego warunku powoduje, że ponoszą oni negatywne skutki niewykazania zasadności swoich twierdzeń co do tego, że zaoferowana cena lub koszt nie są rażąco niskie. Badając ofertę pod kątem wystąpienia rażąco niskiej ceny lub kosztu, zamawiający weryfikuje zaoferowaną cenę lub koszt w kontekście wyjaśnień wykonawcy. /.../ Jeżeli wykonawca nie złoży wyjaśnień – przy czym za niezłożenie wyjaśnień w rozumieniu art. 224 ust. 6 Pzp należy uznać również złożenie wyjaśnień lakonicznych – lub złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie doprowadziły do obalenia tego domniemania, oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 Pzp.”( opere citato s. 709)

Przypominając, że w postępowaniu złożono dwie oferty i ceny obydwu podlegały badaniu, warto zauważyć, że ostatecznie, w wyniku aukcji elektronicznej, różnica między nimi wynosiła, 1gr (jeden grosz). Ta okoliczność, w ocenie przystępującego, powinna prowadzić do wniosku o rynkowej wysokości zaoferowanej przez niego ceny.

Jednakże w sprawie rozpatrywanej podstawą oceny jest fakt, że wykonawca – przystępujący, nie obalił skutecznie, w trybie postępowania wyjaśniającego prowadzonego przed zamawiającym, domniemania faktycznego wskazującego na zaoferowanie ceny nie

mającej znamion rażąco niskiej. Zamawiający tym samym jedynie formalnie dopełnił procedury wyjaśniającej, nie przeprowadzając analizy wyjaśnień, mimo iż wykonawca nie obalił domniemania, że cena oferty jest rażąco niska.

W świetle dokonanych ustaleń, orzeczono, jak na wstępie.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2021 r. poz.1129) oraz § 7 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

**Przewodniczący:** .....