

WYROK

z dnia 7 października 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Rams

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 października 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 września 2022 r. przez wykonawcę Arkadis Sp. z o. o. S1 Sp. k., z siedzibą w Czudce,

w postępowaniu prowadzonym przez Gmina Starachowice,

przy udziale wykonawcy A. Ł. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą MPA A. Ł., Kielce, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie

zamawiającego,

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w części 4 zamówienia, odrzucenie oferty wykonawcy A. Ł. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą MPA A. Ł., Kielce na podstawie art. 224 ust. 6 ustawy Pzp oraz dokonania ponownego badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu.
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża zamawiającego Gminę Starachowice i
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.
 - 2.2. zasądza od zamawiającego Gminy Starachowice na rzecz odwołującego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów wpisu od odwołania, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego oraz kwotę 575 zł 03 gr (słownie: pięćset siedemdziesiąt pięć złote i trzy grosze) tytułem zwrotu kosztów dojazdu na rozprawę.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2022 r., poz. 1710) 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 2477/22

UZASADNIENIE

W dniu 19 września 2022 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy Arkadis Sp. z o. o. S1 Sp. k., z siedzibą w Czudce (dalej „Odwołujący”) zarzucając Zamawiającemu Gminie Starachowice (dalej „Zamawiający”) naruszenie art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez brak równego traktowania, art. 17 pkt 1 ustawy Pzp poprzez brak udzielenia zamówienia zgodnie z ustawą; art. 226 ust. 8 poprzez nieodrzuconie oferty wybranego wykonawcy pomimo, iż zawiera rażąco niską cenę.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty, powtórzenia procesu badania i oceny złożonych ofert, wybór oferty w zgodności z ustawą Pzp.

W uzasadnieniu podniesionych zarzutów Odwołujący wskazał, że Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. Pełnienie nadzoru inwestorskiego nad modernizacją dróg na terenie miasta Starachowice wraz infrastrukturą podziemną w podziale na 5 części => Część nr 5. Pełnienie nadzoru inwestorskiego nad Budowa ciągu pieszo-rowerowego na odcinku od ul. Szkolnej do ul. Partyzantów w Starachowicach. Ogłoszenie nr 2022/BZP 00285517/01 z dnia 01.08.2022 r. Przedmiotem zamówienia jest zatem usługa pełnienia nadzoru inwestorskiego nad Budowa ciągu pieszo-rowerowego na odcinku od ul. Szkolnej do ul. Partyzantów w Starachowicach. W niniejszym postępowaniu złożono 3 oferty w tym oferta Odwołującego. Odwołujący złożył ofertę w postępowaniu celem uzyskania zamówienia publicznego.

W ocenie Odwołującego, Zamawiający dokonał badania wyjaśnień wybranego wykonawcy zw. dalej MPA w zakresie rażąco niskiej ceny w sposób nienależyty, a tym samym naruszył fundamentalne zasady wyrażone w art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez brak równego traktowania oraz zasadę wynikającą z art. 17 ust. 2 ustawy Pzp poprzez brak udzielenia zamówienia zgodnie z ustawą, czego konsekwencją jest przyznanie zamówienia firmie MPA w zakresie części 5 przedmiotu zamówienia w kontekście art. 224 Pzp gdzie zgodnie z ust. 5 tegoż art. obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy czego efektem ma być stworzenie podstaw Zamawiającemu, że podejrzenie dotyczące rażąco niskiej ceny oferty nie było uzasadnione. Jednocześnie podkreślenia wymaga, iż nie tylko nieudzielenie wyjaśnień w wyznaczonym terminie skutkuje koniecznością odrzucenia oferty przez Zamawiającego, ale także złożenie takich wyjaśnień, które nie uzasadniają podanej w ofercie ceny, a co wprost wynika z art. 224 ust. 6 Pzp tj. „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”.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z utrwalonym w orzecznictwie poglądem, który zachowuje aktualność również na gruncie nowej ustawy Pzp, złożone przez wykonawcę wyjaśnienia w zakresie ceny oferty lub kosztu, lub ich istotnych części składowych, winny być konkretne, wyczerpujące i rozwiewające wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia

lub wynikającymi z odrębnych przepisów. Natomiast dokonywana przez Zamawiającego w oparciu o udzielone wyjaśnienia ocena czy zaoferowana cena jest rażąco niska, musi być w sposób nierozłączny związana z treścią samego wezwania do złożenia wyjaśnień, która to treść wezwania do złożenia wyjaśnień co do zasady determinuje bowiem treść udzielonych wyjaśnień. Zatem Zamawiający poddając analizie wiarygodność, rzetelność i kompletność wyjaśnień wykonawcy powinien przede wszystkim sprawdzić czy referują one do zagadnień, których wyjaśnienia Zamawiający żądał od wybranego wykonawcy MPA w treści wezwania oraz czy odpowiadają swoją szczegółowością wymaganiom w tym wezwaniu wskazanym.

Jak wynika z treści wezwania Zamawiającego w sprawie rażąco nisko ceny skierowanego do MPA pismem z dnia 22.08.2022 r. Zamawiający wskazał wprost na konieczność podania obiektywnych czynników oraz sposobu, w jaki wpłynęły one na obniżenie ceny całkowitej oferty, a także na obowiązek przedstawienia dowodów na twierdzenia wskazujące, że możliwe i realne jest rzetelne wykonanie zamówienia za zaproponowaną w ofercie kwotę dla poszczególnych części przedmiotu zamówienia o których mowa w przedmiotowej informacji. Zatem z treści wezwania wynika, iż konieczność jest przedstawienia szczegółowych kalkulacji cenowych oraz dowodów, uzasadniających prawidłowość wyliczenia ceny całkowitej oferty, w tym cen jednostkowych poszczególnych elementów składających się na cenę końcową oferty, co wskazuje np. wyrok KIO 1679/21 że takie wezwanie jest w pełni uzasadnione.

Odwołujący zauważył, że wezwanie do wyjaśnienia ceny oferty co do zasady jest konsekwencją stwierdzenia faktu, że ceny dla część 5 zaoferowane przez firmę MPA w sposób zauważalny odbiegają od wartości przedmiotu zamówienia czy też w przypadku części 5 w sposób zauważalny odbiegają od średniej arytmetycznej cen złożonych pozostałych ofert w tym zakresie a co Zmawiający wyartykułował w wezwaniu do Wykonawcy w tym zakresie. W odpowiedzi na takie wezwanie wykonawca tj. firma MPA zobowiązany był zatem wyjaśnić w sposób szczegółowy a za razem konkretny, że zaoferowana przez niego cena ofertowa gwarantuje należyłą realizację całego zamówienia,

uwzględnia wszelkie niezbędne do tego elementy, jak również wykazać dlaczego był w

stanie zaoferować cenę na takim, a nie innym poziomie, czyli poziomie odbiegającym od wartości zamówienia lub cen innych złożonych w postępowaniu ofert. Przy tym podkreślamy, że nie jest wystarczające samo powołanie się na istnienie tego rodzaju okoliczności, lecz

konieczne jest wykazanie w sposób "mierzalny", jak wpływają one na obniżenie kosztów realizacji zamówienia, jakie mają przełożenie na poszczególne elementy składowe ceny. Jak

wynika z wyjaśnień dla części 5 przedmiotu zamówienia wykonawca - firma MPA co prawda powołuje się na okoliczności:

Wycinek nr 1 wyjaśnień nisko rażącej ceny firmy MPA z dnia 28.08.2022r.

Zleceniobiorca wyjaśnia, że wpływ na wysokość jego ceny miały niewątpliwie m.in. nadzór nad innymi budowlami w sąsiedztwie Starachowic jak i w samych Starachowicach (Pełnienie nadzoru inwestorskiego nad realizacją zadania pn.: Budowa ścieżek rowerowych: Zadanie 1: w^F rejonie ul. 1 Maja i ul Stromej w Starachowicach Zadanie 2: przy ul. Kopalnianej i ul. Złotej w Starachowicach w ramach tytułu budżetowego: „Poprawka komunikacji publicznej w^F Starachowicach poprzez modernizację infrastruktury i zakup taboru niskoemisyjnego - etap H” oraz Pełnienie nadzoru inwestorskiego nad realizacją zadania pn.: „Remont ulic: Słonecznej, Śląskiej i Duboisa w Starachowicach”), wyjątkowe sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla Wykonaw^Fcy robót oraz inne elementy, które mają bezpośredni lub pośredni wpływ na dokonaną kalkulację ceny oferty.

Jak widać zatem wybrany wykonawca - firma MPA powołuje się w wyjaśnieniach, że wpływ na wysokość jego ceny miały niewątpliwie wpływ prowadzony m.in. nadzór nad innymi budowlami w sąsiedztwie Starachowic jak i w samych Starachowicach [patrz wycinek nr 1 wyjaśnień powyżej] to jednak nie wskazuje w sposób "mierzalny", jaki wpływ one mają na

obniżenie kosztów realizacji zamówienia, oraz jakie mają przełożenie na poszczególne elementy składowe ceny oferty. Odwołujący wskazał, że warunkiem koniecznym jest właściwe wykazanie przez wykonawcę MAP tj. w sposób "mierzalny", oraz uzasadnienie jaki

wpływ przywołane okoliczności mają na bezpośrednie obniżenie kosztów realizacji

przedmiotu zamówienia, a tym samym jakie mają przełożenie na poszczególne elementy składowe ceny. Z przedłożonych wyjaśnień wykonawcy MPA ws. rażąco nisko ceny nie wynika w jaki "mierzalny" sposób realizacja innych zamówień ma bezpośredni wpływ na

cenę końcową oferty, albowiem w wyjaśnieniach mamy jedynie wzmiankę która to "nota bene" nie poparta została żadnymi informacjami mierzalnymi w tym zakresie, co w konsekwencji oznacza że samo wskazanie okoliczności nie ma żadnego odzwierciedlenia w wyjaśnieniu rażąco nisko ceny po za "pustą" pod względem dowodowym informacją, że wykonuje obecnie na rzecz Zamawiającego usługę nadzoru inwestorskiego.

Odwołujący wskazał, że wykonawca MPA nie wskazał wartości mierzalnych, które pozwalają na obniżenie kosztów poza ogólnikowymi sformułowaniami ich obniżenia, gdzie zgodnie z orzecznictwem KIO przy tak ogólnych informacjach wyjaśnienia nie zasługują na uwzględnienie. Ponadto wskazujemy, że Odwołujący również wykonuje dla Zamawiającego obecnie kilka zamówień w zakresie nadzoru inwestorskiego, to jednak nie powołuje się na ten fakt, albowiem uważamy, że jesteśmy zobowiązani jako wykonawca do stosowania etyki biznesowej oraz zdrowej i uczciwej konkurencji nie naruszającej przy tym zasad równych szans wykonawców starających się o przedmiotowe zamówienie. Jak wynika z wyjaśnień »»rażąco nisko ceny«« wybrany wykonawca - firma MPA ewidentnie uprawia tzw. inżynierię cenową jak również uprawia przerzucanie kosztów w inne już realizowane kontrakty, co jak wskazuje orzecznictwo KIO jest niedozwolona praktyka wykonawców na gruncie Pzp.

Cena oferty wybranego wykonawcy - firmy MPA rozumiana zgodnie z art. 7 pkt 1 Pzp nie

spełnia wymagań określonych w SWZ i dokumentach związanych, a przede wszystkim wymagań ustawy Pzp i przepisów szczególnych do niej, a tym samym powinna zostać odrzucona z uwagi na »»rażąco nisko cenę««.

Odwołujący jednocześnie wskazał, że zgodnie z wyrokiem Sądu Okręgowego w Warszawie sygn. akt IV Ca 1299/09 „wyjaśnienia powinny być jak najbardziej szczegółowe i powinny zawierać wszystkie aspekty mające wpływ na cenę, aby nie pozo-stawiały wątpliwości, co do prawidłowego jej wyliczenia, a jednocześnie nie mogą opierać się na samych

oświadczeniach wykonawcy, (...). Ciężar dowodu, że cena nie jest nisko rażąca spoczywa na wykonawcy składającym ofertę” ponadto jak wynika z wyroku Zespołu Arbitrów z dnia 19.06.2007r UZP/ZO/0-696/07 „Rażąca niska cena grozi niebezpieczeństwem niewykonania lub nienależytego wykonania zamówienia w przyszłości”. Z kolei wyrok KIO z dnia 26.11.2010r sygn. akt KIO 2498/10 wyraża, że „wyjaśnienia zawierające niekonkretne i ogólnikowe stwierdzenia, należy uznać za niezłożone”. Podziela to również Sąd Okręgowy w Częstochowie w wyroku z dnia 12.08.2005r sygn. akt VI Ca 464/05. Zatem z powyższego wynika wprost, że wyjaśnienia wybranego wykonawcy MPA wręcz muszą być konkretne, jasne, spójne i adekwatne do danego przedmiotu zamówienia, uwzględniające założenia opisu przedmiotu zamówienia, a także szczegółowo wskazujące na czynniki "mieralne", które pozwoliły obniżyć cenę oferty, a udzielane wyjaśnienia powinny w sposób wyczerpujący na pierwsze wezwanie Zamawiającego wykazać że zaoferowana cena nie tylko z punktu ekonomicznego jest realna. Zatem podczas czyści wyjaśnienia »»rażąco nisko ceny«« należy bezwzględnie unikać ogólnikowych stwierdzeń, ponadto w rozległych wyjaśnieniach niewystarczającym jest podawanie wyłącznie informacji ogólnych sprowadzających się np. „oświadczenia, że cena nie jest rażąco niska”, czy „potwierdzenia możliwości wykonania zamówienia za wskazaną cenę”, lecz warunkiem koniecznym jest wskazanie sposobu kalkulacji cenowej oferty wraz z uwzględnieniem jej wpływu na obliczenie ceny niedopuszczalnym jest wskazywanie, iż straty wynikające z niskiej ceny zostaną pokryte z innej działalności lub innego majątku firmy (m.in. KIO 216/14, KIO 32/14) jak może to mieć miejsce w przedmiotowej sytuacji.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z Pzp, cena oferty rozumiana jako w myśl art. 7 pkt 1 Pzp w zw. z art. 7 pkt 32 Pzp powinna stanowić cenę rynkową, za którą, uwzględniając koszty wykonania zamówienia oraz konieczność osiągnięcia przez wykonawcę chociażby niewielkiego zysku (który winian być wykazany fizycznie tj. w sposób mierzalny w wyjaśnieniach a nie jedynie nadmieniony dla formalizmu bez podania konkretnej wartości jak ma to miejsce w stanie faktyczny w wyjaśnieniach firmy MPA), którego wielkości również powinien zostać pokazana Zamawiającemu w sposób "mierzalny" [samo zapewnienie że osiąga się zysk, w obecnym stanie prawnym to za mało - brak dowodu np. w postaci wyliczenia a tym samym namacalnej wielkości] , że wybrany wykonawca MPA jest w stanie w sposób prawidłowy, terminowy i zgodny z przewidzianą do zawarcia umowy oraz z oczekiwaniami Zamawiającego, wykonać przedmiot zamówienia.

W ocenie Odwołującego, wybrany wykonawca - firma MPA ewidentnie w ramach ceny ofertowej nie pokazuje w sposób "mierzalny" zysku, ani kosztów ogólnych czy też kosztów ryzyka - tak przynajmniej wynika z wyjaśnień wybranego wykonawcy. Zatem wybrany wykonawca - firma MPA z Kielc nie przedstawił żadnych dowodów na poparcie swoich wyjaśnień, nadmienia jedynie, że w ofercie zawarty jest zysk firmy, koszty ogólne, koszty ryzyka, lecz przywołane elementy nie poparte są żadną miarą wielkości a jedynie ogólnikowym poinformowaniem Zamawiającego że cena ofert zawiera zysk, koszty ogólne, koszt ryzyka, a tym samym brak jest dowodu na poparcie tegoż twierdzenia. Poniżej wycinek w zakresie oświadczenia wykonawcy MPA w poruszanej sprawie zysku

Wycinek nr 2 wyjaśnień dot. zysku, kosztów ogólnych oraz kosztów ryzyka firmy MPA z dnia 28.08.2022r.

Przedstawiona przeze mnie oferta na wykonanie w/w zadania w pełni pokrywa koszty realizacyjne robót z kosztami ogólnymi, ryzykami i zyskiem oraz zapewnia pełne i terminowe wykonanie zadania, zgodnie ze wszystkimi wymaganiami Zamawiającego określonymi w SWZ, projekcie umowy.

Zdaniem Odwołującego, z powyższego oświadczenia wykonawcy MPA wynika, że w zaoferowanej cenie zawarty jest

- 1]. zysk [w wyjaśnieniach brak jest miary jego wielkości a tym samym dowodu];
- 2]. koszty ogólne [w wyjaśnieniach brak jest miary jego wielkości a tym samym dowodu];
- 3]. koszt ryzyka [w wyjaśnieniach brak jest miary jego wielkości a tym samym dowodu];

gdzie faktycznie w treści wyjaśnień wykonawcy - firmy MPA nie można się doszukać w żaden sposób jego miary, poza słowną deklaracją osiągnięcia zysku. Zatem brak wskazania miary czyli wielkości czy to wyrażonej w układzie procentowym, czy też w konkretnej kwocie ewidentnie wskazuje na brak materiału dowodowego na poparcie złożonej informacji. Ważne przy tym było, aby Zamawiający zwracał na przytoczone okoliczności uwagę, albowiem nie tylko wykonawcy są zobowiązani do należytej staranności w sporządzaniu wyjaśnień oraz dowodów, ale również Zamawiający oceniając przedłożone wyjaśnienia i materiały dowodowe są również ustawowo zobowiązani do należytej staranności podczas ich weryfikacji a przy tym również równego traktowania wykonawców składających przedmiotowe wyjaśnienia.

W ocenie Odwołującego, przy tak nie uczciwym podejściu jakie prezentuje wybrany wykonawca - firma MPA w swoich wyjaśnieniach, Odwołujący mógłby poprzez nieuwzględnienie wielu czynników które wymagał Zamawiający w SWZ, czy też po przez nieuczciwą praktykę przerzucania kosztów w inne realizowane zamówienia dla Zamawiającego zaoferować cenę poniżej ceny ofertowej wybranego wykonawcy - firmy MPA, ale przecież nie oto chodzi w istocie zamówień publicznych art. 7 pkt 32 Pzp w zw. z art. 17 ust. 2 Pzp oraz art. 16 Pzp.

Odwołujący wskazał, że przed dalszym precyzowaniem uzasadnienia w sprawie dla

porządku konieczne jest ustalenie faktu czy wybrany wykonawca MPA jest czynnym podatnikiem VAT czy też nie z uwagi na poniższe uzasadnienie. Jak wynika ze złożonej oferty dla rozważanej części 5 wynika że tak.

Wycinek nr 4 Oferta => cena oferty firmy MPA

Powyższe również potwierdza również portal podatkowy. Poniżej wyciek.

Zatem mamy wyjaśnioną kwestię czy wybrany wykonawca jest podatnikiem podatku od

towarów i usług tzw. VAT czy też nie. Jak się okazuje rzeczywiście wybrany wykonawca jest czynnym płatnikiem VAT.

Zatem po ustaleniach jw. Odwołujący wskazuje że kolejną sprawą jest uwidocznienie miary poszczególnych czynników cenotwórczych pozwalających ustalić cenę oferty wybranego

wykonawcy - firmę MPA co przedstawia wycinek nr 5

Wycinek nr 5 wyjaśnień dot. kosztów pracy inspektora nadzoru inwestorskiego firmy MPA z dnia 28.08.2022r.

Odnosząc się kolejno do punktów wyszczególnionych w Państwa piśmie wyjaśniam:

Pkt 1

Poniżej przedstawiam szczegółowe koszty pracy związane z wykonaniem zadania;

KOSZTY PRACY (WYNAGRODZENIE)

Założony czas prowadzenia robót	M-cy	15
Wynagrodzenie inspektora drogowego za jedną wizytę	2"	1,5h*20,00 zł/h = 30,00zł
Ilość wizyt w trakcie budowy inspektora drogowego	wizyta	66 tygodni x 1 wizyta Tygodniowo = 66 wizyt
SUMA KOSZTÓW WYNAGRODZENIA INSPEKTORA NADZORU BRANŻA DROGOWA; wynagrodzeń e brutto	i	66 x 30,00 27 = 1 980,00 zł
KOSZTY ZWIĄZANE Z WYNAGRODZENIEM INSPEKTORÓW NADZORU (brutto)	zł	1 980,00 zł

Zgodnie z przedstawioną kalkulacją wynagrodzenie inspektora nadzoru wynosi 1 980,00 zł brutto

Wycinek nr 6 wyjaśnień dot. kosztów usługi nadzoru inwestorskiego firmy MPA z dnia 28.08.2022r.

KOSZTY ZWIĄZANE Z REALIZACJĄ ZAMÓWIENIA		
Założony v czas prowadzić" a robót	M-cy	15
Kosa jednej wizyty inspektora drogowego f koszt paliwa)	a	30,00 a
Ilość wizyt w trakcie budowy inspektora drogowego	wizyta	66 Tygodni x 1 wizyta tygodniowo = 66 wizyt
Kosa związane z ciężarem na budowę inspektora drogowego	a	66 x 30,00 a = 1 980,00 zł
Kosa związane z przepłacami gwarancyjnym	a	500,00 zł
KOSZTY ZWIĄZANE Z REALIZACJĄ ZADANIA ZGODNIE Z SIWZ 1 OFERTA (brutto)	a	1 980,00 zł + 1 980,00 zł + 500,00 zł = 4 460,00 zł

Podsumowując łączna suma kosztów związanych z realizacją zamówienia to 1 980,00 zł + 1 980,00 zł + 500,00 zł = 4 460,00 zł brutto

Zatem, w ocenie Odwołującego, jak wynika z przedłożonego powyżej wycinka nr 5 z wyjaśnień wybranego wykonawcy - firmy MPA z Kielc przyjął za koszt za godzinę pracy inspektora nadzoru na poziomie 20,00zł brutto [koszt pracownika] co jest zgodne z ustawą z dnia 10.10.2002r. z późniejszymi zmianami ws. minimalnego wynagrodzenia o pracę, oraz akcie wykonawczym w tym zakresie tj. Rozporządzeniu Rady Ministrów z dnia 15.09.2021r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę w 2022r. gdzie określono koszt za godzinę pracy pracownika na poziomie ustawowym wynoszącym 19,70zł brutto. Odwołujący w tym miejscu zwraca uwagę że koszt pracy uwidoczniony przez wybranego wykonawcę - firmę MPA na poziomie 20,00zł brutto [tj. koszt zawierający podatek VAT 23% jak wynika z wyjaśnień - patrz wycinek 5 jw.] a tym samym faktyczny koszt pracownika jest na poziomie 16,23zł = 20,00zł/1.23; a nie 20,0zł [koszt pracodawcy przed dodaniem podatku VAT]; a co już jest niezgodne z obowiązującą stawką określoną ww. rozporządzeniu jw. czyli ewidentnie kwota wykonawcy = 16,23zł/godz. < 19,70zł/godz. = kwota ustawa, gdyż kwoty wynikające z rozporządzenia jw. są kwotami nie zawierającymi podatku VAT albowiem są to kwoty minimalne jakie należne są ustawowo pracownikom rozumianych zgodnie z kodeksem pracy; poniżej rozporządzenie, oraz wyliczenie kosztu pracownika.

Odwołujący wskazał, że z powyższego uzasadnienia wynika iż wybrany wykonawca MPA w swojej analizie kosztów dopuścił się zastosowania dumpingowej stawki za godzinę pracy inspektora nadzoru wynoszącej faktycznie 16,23zł gdzie ustawowa stawka jest na poziomie 19,70zł za godzinę pracy. Ponadto wybrany przez Zmawiającego wykonawca -firma MPA nie wskazał w swoich wyjaśnieniach rażąco nisko ceny żadnej miary zysku, miary kosztów ogólnych, miary kosztów ryzyka jakie rzekomo uwzględnił ustalając cenę oferty, co w powiązaniu z w skazanym faktem realizowanych innych usług dała Zamawiającego. Zysk firmy MPA; koszty ogólne oraz koszt ryzyka upatrywany jest w źródłach nie związanych bezpośrednio z wykonaniem wycenianej usługi, lecz w usługach już realizowanych co jest ewidentnym przerzucaniem kosztów w inne usługi (zawarte umowy) a co jest zakazywane przez orzecznictwo KIO jako niedozwolona praktyka wykonawców prowadząca do nieuczciwej konkurencji w stosunku do innych wykonawców biorących udział w przedmiotowym postępowaniu i jest czynem niedozwolonym. Ponadto przyrównanie zaoferowanej ceny przez wybranego wykonawcę - firmę MPA do innego wykonawcy nie jest żadnym dowodem w sprawie, że zaoferowaną ceną nie jest rażąco niska, albowiem może się zdarzyć że oferta cenowa do której się przyrównuje się wybrany wykonawca może zostać uznana za nisko rażącą i odrzucona. Wyjaśnienia wybranego wykonawcy - firmy MPA w kontekście uzasadnienia powyższej informacji wskazują wprost że cena każdej z ofert odpowiednio nie została skalkulowana w sposób należyty albowiem wybrany wykonawca MPA świadomie zaniżył koszt pracy inspektora nadzoru wprowadzając przy tym w błąd Zmawiającego poprzez podanie że kwota 20,00zł brutto zawiera podatek VAT gdzie na pierwszy „rzut oka” okazuje się że jest wszystko w porządku, dopiero przechodząc do analizy stanu faktycznego okazuje się że kwota za pracę w wysokości 20,00zł zawiera w sobie podatek VAT czego konsekwencją jest że faktyczna godzina pracy inspektora nadzoru jest na poziomie 16,23zł a ty samym jest niższa od ustawowej kwoty 19,70zł wynikającej z rozporządzenia jw.

W ocenie Odwołującego, wyjaśnienia wybranego wykonawcy wskazują wprost iż cena oferty:

- 1] . jest niższa niż koszt faktyczny wykonania zamówienia;
- 2] . nie zaistniałaby na wolnym rynku;
- 3] . zysk, koszt ogólny; koszt ryzyka upatrywany jest w źródłach nie związanych bezpośrednio z wykonaniem usługi;
- 4] . kształtowanie ceny w oparciu o przyjęcie założeń nie zgodnych nie zgodnym ze stanem faktycznym i prawnym w tym zakresie;
- 5] . wskazuje na obniżenie kosztów wykonania zamówienia przez nierespektowanie wymogów SWZ i dokumentów związanych, jak również wymogów prawa czy zasad sztuki zawodowej w tym zakresie;

Odwołujący wskazał, że przed odwołaniem poinformował pisemnie Zamawiającego o czynnościach niezgodnych z ustawą (informacja pismo z dnia 17.09.2022r) iż Zamawiający ma możliwość kontrolowania swoich czynności i w razie wątpliwości [czy to na skutek własnych przemyśleń, czy też powiadomienia przez wykonawców w postaci informacji], poza niewielkimi wyjątkami może wycofać się z podjętej decyzji i powtórzyć daną czynność. Niemniej jednak Zamawiający nie podjął w tym zakresie żadnych kroków dlatego też Odwołujący zmuszony został do złożenia odwołania do Krajowej Izby Odwoławczej.

Jednocześnie Odwołujący wskazał, że mechanizm kontrolowania procedury przez Zamawiającego i w konsekwencji naprawianie popełnionych błędów należy rozpatrywać w kategorii obowiązków, a nie uprawnień Zamawiającego. W tej kwestii wielokrotnie wypowiedała się KIO, wskazując, że w ocenie Izby Zamawiający ma każdorazowo prawo do samostanowienia podjęcia decyzji o powtórzeniu dokonanych przez siebie czynności, o ile uzna, że dokonane uprzednio czynności są obciążone wadą lub zachodzą inne okoliczności

uzasadniające ich unieważnienie. Ponadto KIO stwierdziła, że w przeciwnym wypadku,

mogłoby dojść do sytuacji, w której pomimo wiedzy Zamawiającego o dokonaniu czynności z naruszeniem prawa, Zamawiający utrzymałby taką czynność w mocy, pomimo jej oczywistej wadliwości. Nie sposób nie zgodzić się z arbitrami UZP, którzy podkreślają, że „nadrzędną zasadą dotyczącą wszelkiego rodzaju czynności podejmowanych przez instytucje zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest ich zgodność z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych” a tym samym zasadą

wyrażoną w art. 17 ust. 2 Pzp w zw. z art. 16 Pzp.

Z ustawy Pzp wynika wprost, że skoro Zamawiający może zostać zobligowany do zmiany własnej decyzji przez KIO lub przez wyrok sądu, to tym bardziej, w razie dostrzeżenia nieprawidłowości w swoim działaniu [samodzielnie albo w związku z otrzymaniem informacji np. od Wykonawcy], samodzielnie może dokonać jej naprawy - powyższe nie stoi bowiem w sprzeczności z ustawą Pzp a wręcz przeciwnie, jest zgodne z literą prawa.

Odwołujący wskazał, że brak należytej staranności i bierność Zamawiającego podczas badania wyjaśnień wybranego wykonawcy - firmy MPA w zakresie »»rażąco nisko ceny«« powoduje nie równe traktowanie Odwołującego. Ponadto skutkiem nierównego traktowania jest również wybór Wykonawcy z naruszeniem art. 17 pkt 2 Pzp poprzez udzielenia zamówienia nie zgodnie z ustawą wykonawcy którego oferta powinna być odrzucona z uwagi na art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp w zw. z art. 224 ust. 5 oraz ust. 6 Pzp.

Reasumując, przywołane powyżej okoliczności faktyczne dowodzą niezbicie, że Zamawiający

dopusił się naruszenia art. art. 16 pkt 1 oraz art. 17 pkt 2 Pzp podając, iż wybór najkorzystniejszej oferty został dokonany niezgodnie z ustawą, przy tym powodując nierówne traktowanie wykonawców którzy złożyli oferty w niniejszym postępowaniu w tym Odwołującego.

Izba ustaliła co następuje:

Izba ustaliła, że Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Modernizacja dróg na terenie miasta Starachowice wraz infrastrukturą podziemną”.

Pełnienie nadzoru inwestorskiego - Część nr 1: „Przebudowa ulic: Kpt. Mariańskiego, Wąsika - Kowalskiego, Porucznika Robota, Ignacego Zaczekiewicza w Starachowicach”.

Pełnienie nadzoru inwestorskiego - Część nr 2: „Budowa ulicy Ustronie wraz z odwodnieniem w Starachowicach”.

Pełnienie nadzoru inwestorskiego - Część nr 3: „Budowa ulicy Spokojnej w Starachowicach”.

Pełnienie nadzoru inwestorskiego - Część nr 4: „Wykonanie ciągu pieszo-jezdniowego z odwodnieniem w ul. Słowackiego w Starachowicach”.

Pełnienie nadzoru inwestorskiego - Część nr 5: „Budowa ciągu pieszo-rowerowego na odcinku od ul. Szkolnej do ul. Partyzantów w Starachowicach”.

Izba ustaliła, że do upływu terminu składania ofert na część 1-5 złożono niżej wymienione

oferty:

Nr oferty	Firma (nazwa) lub nazwisko oraz adres Wykonawcy	Część zamówienia	Cena oferty /zł/	Termin realizacji zamówienia	Doświadczenie inspektora nadzoru w branży drogowej
-----------	---	------------------	------------------	------------------------------	--

1	Arkadis Sp. z o. o.	1	34.570,38 zł	15 miesięcy	5
	S1 Sp. k. ul. Jasielska 11, 38-120 Czudec	2	24.616,50 zł	15 miesięcy	5
		3	13.213,39 zł	15 miesięcy	5
		4	18.659,57 zł	15 miesięcy	5
		5	7.859,58 zł	15 miesięcy	5
2	MCAA Ł.	1	49.446,00 zł	15 miesięcy	7
	ul. Kowalczewskiego 5/16	2	28.413,00 zł	15 miesięcy	7

Nr oferty	Firma (nazwa) lub nazwisko oraz adres Wykonawcy	Część zamówienia	Cena oferty /zł/	Termin realizacji zamówienia	Doświadczenie inspektora nadzoru w branży drogowej
	25-635 Kielce	3	11.685,00 zł	15 miesięcy	7
		4	17.343,00 zł	15 miesięcy	7
		5	5.535,00 zł	15 miesięcy	7
3	Nadzory Budowlane - Obsługa Inwestycji MJJ M. J. Oś. Na Stoku 35B/32 25-437 Kielce	1	52.890,00 zł	15 miesięcy	5
		2	46.371,00 zł	15 miesięcy	5
		3	19.680,00 zł	15 miesięcy	5
		4	33.210,00 zł	15 miesięcy	5
	5	9.225,00 zł	15 miesięcy	5	
4	Specjalistyczne Biuro Inwestycyjno - Inżynierskie PROSTA-PROJEKT Piotrkowice, ul. Kielecka 37 26-020 Chmielnik	1	60.885,00 zł	15 miesięcy	5
		2	36.365,20 zł	15 miesięcy	5
		3	17.589,00 zł	15 miesięcy	5
		4	28.167,00 zł	15 miesięcy	5
		5	9.717,00 zł	15 miesięcy	5

W zakresie kosztów realizacji części 4 zamówienia, Izba ustaliła, że Zamawiający ustalili

wartości zamówienia (brutto) na kwotę 40.070,94 - 30% = 28.049,66 zł. Średnia arytmetyczna cen wszystkich złożonych ofert: 97.379,57 zł : 4 = 24.344,89 zł - 30% = 17.041,42 zł.

Izba ustaliła, że Zamawiający pismem z dnia 22 sierpnia 2022 r. wezwał Przystępującego do złożenia wyjaśnień dotyczących ceny wskazanej w ofercie za realizację zamówienia. Zamawiający wskazał: „(...) celu ustalenia, czy oferty na cz. 1-5 zamówienia zawierają rażąco niskie ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia, zwraca się do Wykonawcy o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów w zakresie wyliczenia cen ofertowych. Podane ceny ofertowe na cz. 1-5 zamówienia budzą wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymogami określonymi przez Zamawiającego, gdyż są niższe o ponad 30% od wartości zamówienia na poszczególną

część zamówienia ustalonej przed wszczęciem postępowania, powiększonej o należny

podatek od towarów i usług, tj. od kwot: cz. 1 - 78.578,55 zł brutto, cz. 2 - 51.950,28 zł brutto, cz. 3 - 21.905,07 zł brutto, cz. 4 - 40.070,94 zł brutto, cz. 5 - 10.526,34 zł brutto oraz na cz. 5 jest również niższa o ponad 30% od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert. Proszę o wyjaśnienie jakie czynniki miały wpływ na obliczenie cen ofertowych, z uwzględnieniem:

1. kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie;

2. zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;
3. wszelkich kosztów niezbędnych do zrealizowania pełnego zakresu zamówienia, wynikającego z opisu przedmiotu zamówienia i załączników do Specyfikacji warunków zamówienia (SWZ).

Wyjaśnienie wraz z dowodami opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym, podpisem zaufanym lub podpisem osobistym, należy przesłać za pomocą poczty elektronicznej na adres e - mail: , w terminie do dnia

25.08.2022 r. w sposób określony w pkt. 7 ppkt 5 Specyfikacji Warunków Zamówienia.

Jednocześnie Zamawiający informuje, iż zgodnie z art. 224 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych, obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa na Wykonawcy. Zamawiający zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 8) ww. ustawy, w związku z art. 224 ust. 6 tej ustawy, odrzuci ofertę Wykonawcy, który nie udzieli wyjaśnień w wyznaczonym terminie lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny."

Izba ustaliła, że Przystępujący złożył wyjaśnienia pismem z dnia 25 sierpnia 2022 r. Wykonawca wskazał, że „(...) wskazana cena zaoferowana przez moją firmę jest ceną rzetelnie obliczoną i zawierającą wszystkie składniki oraz koszty niezbędne dla prawidłowego wykonania zamówienia w zakresie określonym w Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej SWZ). Ponadto obliczona cena zapewni uzyskanie przez MPA A. Ł. zysku, także nie istnieją podstawy do uznania jej za rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Przedstawiona przeze mnie oferta na wykonanie w/w zadania w pełni pokrywa koszty realizacyjne robót z kosztami ogólnymi, ryzykami i zyskiem oraz zapewnia pełne i terminowe wykonanie zadania, zgodnie ze wszystkimi wymaganiami Zamawiającego określonymi w SWZ, projekcie umowy. Odnosząc się kolejno do punktów wyszczególnionych w Państwa

piśmie wyjaśniam:

Pkt 1

Poniżej przedstawiam szczegółowe koszty pracy związane z wykonaniem zadania:

KOSZTY PRACY (WYNAGRODZENIE)		
Założony czas prowadzenia robót	M-cy	7
Wynagrodzenie inspektora drogowego i inspektora branży sanitarnej za jedną wizytę	zł	2h x 20,00 zł/h = 40,00zł
Ilość wizyt w trakcie budowy inspektora drogowego	wizyta	32 tygodni x 2 wizyty tygodniowo = 64 wizyt
Ilość wizyt w trakcie budowy inspektora branży sanitarnej	wizyta	32 tygodni x 2 wizyty tygodniowo = 64 wizyt
SUMA KOSZTÓW WYNAGRODZENIA INSPEKTORA NADZORU BRANŻA DROGOWA (wyn	a zł	64 x 40,00 zł = 2 560,00 zł
SUMA KOSZTÓW WYNAGRODZENIA INSPEKTORA NADZORU BRANŻA SANITARNA (wyn	zi	64 x 40,00 zł = 2 560,00 zł
KOSZTY ZWIĄZANE Z WYNAGRODZENIEM INSPEKTORÓW NADZORU (brutto)	zł	2 560,00 + 2 560,00 = 5 120,00 zł

Zgodnie z przedstawioną kalkulacją wynagrodzenie inspektora nadzoru wynosi 5 120,00 zł brutto. Od kwoty podanej w ofercie cenowej będą częściowo odprowadzone składki z tytułu obowiązujących przepisów z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego.

Poniżej przedstawiam szczegółowe koszty związane z wykonaniem zadania:

KOSZTY ZWIĄZANE Z REALIZACJĄ ZAMÓWIENIA		
Założony czas prowadzenia robót	Mcy	7
Koszt jednej wizyty inspektora drogowego i inspektora branży sanitarnej (koszt paliwa)	zł	30,00 zł
Ilość wizyt w trakcie budowy	wizyta	32 tygodni x 2 wizyty tygodniowo = 64 wizyt
Koszt związane z dojazdem na budowę	zł	64 x 30,00 zł = 1 920,00 zł
Koszt związany z przeglądami gwarancyjnymi	zł	1 000,00 zł
KOSZTY ZWIĄZANE Z REALIZACJĄ ZADANIA ZGODNIE Z SIWZI OFERTA (brutto)	zł	5 120,00 + 1 920,00 + 1 000,00 = 8 040,00 zł

Podsumowując łączna suma kosztów związanych z realizacją zamówienia to: 5 120,00 zł + 1 690,00 zł + 1 000,00 zł = 8 040,00 zł brutto. Dodatkowo wyjaśniamy, iż cena zaoferowana przez MPA A. Ł. nie spełnia przesłanek do uznania jej za cenę rażąco niską ponieważ

- cena oferty uwzględniła wszystkie wymagania SWZ oraz obejmuje wszelkie koszty z tytułu należytej oraz zgodnej z umową i z obowiązującymi przepisami realizacji przedmiotu zamówienia;
- cena oferty została przeze mnie wyliczona w oparciu o dokumentację projektową, zgodnie z warunkami realizacji przedmiotu zamówienia oraz warunkami Umowy,
- w oparciu o własną kalkulację i rachunek ekonomiczny, wyceniona tak, aby w pełni odpowiadała wartości robót;
- cena oferty obejmuje wszystkie koszty i składniki związane z wykonaniem zamówienia oraz warunkami stawianymi przez Zamawiającego, została wyliczona rzetelnie, z uwzględnieniem poziomu istniejących i przewidywanych cen rynkowych przy założeniu uzyskania dodatniego wyniku na zadaniu;
- dokonałem wizji lokalnej i szczegółowo zapoznałem się z warunkami terenowymi, dokumentacją projektową oraz z zakresem przewidzianych do wykonania robót budowlanych oraz przeanalizowałem wszystkie dostępne okoliczności związane z przyszłą realizacją zadania. Zleceniobiorca wyjaśnia, że wpływ na wysokość jego ceny miały niewątpliwie m.in. nadzór nad innymi budowlami w sąsiedztwie Starachowic jak i w samych Starachowicach (Pełnienie nadzoru inwestorskiego nad realizacją zadania pn.: Budowa ścieżek rowerowych: Zadanie 1: w rejonie ul. 1 Maja i ul. Stromej w Starachowicach. Zadanie 2: przy ul. Kopalnianej i ul. Złotej w Starachowicach w ramach tytułu budżetowego: „Poprawa komunikacji publicznej w Starachowicach poprzez modernizację infrastruktury i zakup taboru niskoemisyjnego - etap II” oraz Pełnienie nadzoru inwestorskiego nad realizacją zadania pn.: „Remont ulic: Słonecznej, Śląskiej i Dubois’a w Starachowicach”), wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla Wykonawcy robót oraz inne elementy, które mają bezpośredni lub pośredni wpływ na dokonaną kalkulację ceny oferty.
- Budując cenę przetargową bardzo dokładnie przeanalizowałem wszystkie dokumenty opisujące przedmiot zamówienia tj. SWZ, dokumentację projektową, specyfikacje techniczne, przedmiary robót, a także zapisy zawarte we wzorze umowy.

Ponadto, zgodnie z przyjętym stanowiskiem doktryny za rażąco niską ceną można uznać ofertę z ceną niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień. Oznacza to cenę znacząco odbiegającą od cen przyjętych, wskazującą na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów realizacji usług nadzoru. Podana przeze mnie kwota jest w pełni przemyślana i nie grozi nienależytym wykonaniem zamówienia w przyszłości. Zaoferowana cena przez moją firmę jest bardzo zbliżona do oferty firmy Arkadis Sp. Z o.o. Sp. Sp. K która opiewa na kwotę 18 659,57 zł brutto. Informuję również, iż inspektor nadzoru z branży drogowej będzie pełnił funkcję specjalisty w zakresie kosztorysowania, pomiarów i obmiarów robót.

Izba ustaliła, że pismem z dnia 12 września 2022 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wynikach postępowania. W zakresie części 4 zamówienia, Zamawiający uznał, że oferta Przystępującego jest ofertą najkorzystniejszą.

Izba zważyła co następuje:

Zdaniem Izby odwołanie podlegało uwzględnieniu. Zgodnie z art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, w przypadku gdy cena całkowita oferty złożonej w terminie jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia. Stosownie do art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Art. 224 ust. 6 ustawy Pzp stanowi, że 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. Należy wskazać, że wyjaśnienia wykonawcy składane w trybie art. 224 ust. 2 ustawy Pzp nie mogą ograniczyć się do ogólnych stwierdzeń o doświadczeniu i organizacji pracy, przeanalizowaniu zakresu obowiązków wynikających z postanowień SWZ. Czynniki te winny zawsze znaleźć odniesienie do opisu przedmiotu zamówienia zawartego w SWZ i przedstawienia konkretniej, a zarazem wiarygodniej i rzetelnej analizy, potwierdzonej odpowiednimi dowodami, iż wykonawca ma możliwość wykorzystania posiadanej wiedzy, doświadczenia, kardy w warunkach konkretnego postępowania przetargowego. Tylko bowiem w takiej sytuacji zamawiający będzie miał możliwość rzeczywistego zweryfikowania realności zaproponowanej ceny. Wyeleminowanie z postępowania ofert zawierających rażąco niskie ceny jest istotne z uwagi na znaczną szkodliwość takich ofert, które mogą opierać się na nieracjonalnych pod względem technicznym, ekonomicznym lub prawnym założeniach lub praktykach, co może w konsekwencji skutkować uchybienia na etapie realizacji zamówień. Oczywistym jest bowiem, że rażąco niska cena uderza w uczciwych, działających zgodnie z przyjętymi praktykami rynkowymi wykonawców, którzy rzetelnie wycenili swoją ofertę. Oferta zawierająca nieprawidłową wycenę zakresu usług wskazanych w SWZ naraża równocześnie zamawiającego na ryzyko wykonania zamówienia na niższym niż wymagany poziom jakości, ponieważ wykonawca na etapie realizacji umowy, szukając oszczędności, próbuje działać niezgodnie z wytycznymi SWZ. To zaś może również skutkować opóźnieniami w realizacji inwestycji, a niejednokrotnie koniecznością odstąpienia od realizacji umowy. Z powyższymi okolicznościami zamawiający borykają się na co dzień, szczególnie w sytuacji zmiennej rzeczywistości gospodarczej i sytuacji ekonomicznej. Czynniki obecne na rynku tj. wzrost cen, inflacja, niepewność, przewidywany dalszy wzrost kosztów pracy musi być uwzględnionym w kosztach realizacji zamówienia w całym okresie jego realizacji, nie zaś tylko w określonym wycinku czasowym, przedstawionym na potrzeby złożenia wyjaśnień zamawiającemu. Dlatego też tak istotne jest, w ocenie Izby, aby wyjaśnienia składane przez wykonawców oraz dowody nie ograniczały się do generalnych stwierdzeń, niemających żadnego przełożenia na realia konkretnego postępowania przetargowego. To wykonawca obarczony jest ciężarem wykazania, iż oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Zamawiający zaś ze złożonych wyjaśnień winien mieć możliwość dokonania rzetelnej analizy realności założeń przyjętych przez wykonawcę przy szacowaniu ceny za realizację zamówienia. Wykonawca winien w treści złożonych wyjaśnień udowodnić zamawiającemu, że w realiach tego konkretnego postępowania przetargowego, mając na uwadze istniejące i wykazane indywidualne uwarunkowania wykonawcy możliwe jest obniżenie kosztów realizacji zamówienia. Bez takiej analizy, wyjaśnienia wykonawcy pozostają wyłącznie nic nieznaczącymi ogólnikowymi zapewnieniami o chęci realizacji zamówienia na najwyższym poziomie.

Jednocześnie Izba wskazuje, że rozstrzygając sprawę w kontekście przywołanych wyżej przepisów Izba bada czynność Zamawiającego polegającą na ocenie złożonych przez wykonawcę wyjaśnień i prawidłowość decyzji o odrzuceniu oferty tego wykonawcy. Przedmiotem odwołania może być bowiem czynność lub zaniechanie zamawiającego (art. 513 ust. 1 ustawy Pzp). Rozstrzygnięcie przedmiotowej sprawy wymagało zatem odpowiedzi na pytanie, czy na podstawie złożonych przez Przystępującego wyjaśnień z dnia 25 sierpnia 2022 r. dotyczących części 4 zamówienia, Zamawiający był uprawniony do wniosku, że cena zaoficerowana nie jest rażąco niska. Niewykazanie w tych wyjaśnieniach, że cena jest realna, powoduje po stronie Zamawiającego obowiązek odrzucenia oferty. Nie jest natomiast zadaniem Izby badanie ceny oferty w pełnym aspekcie i ustalanie w postępowaniu odwoławczym, czy cena rzeczywiście umożliwi realizację zamówienia. Ponadto podkreślenia wymaga, że w świetle przywołanych wyżej przepisów ustawy skierowanie wezwania do wyjaśnienia ceny oferty powoduje powstanie po stronie wykonawcy obowiązku przedstawienia rzetelnych, wyczerpujących i popartych dowodami wyjaśnień co do sposobu kalkulacji ceny, przyjętych założeń, uwzględnionych czynników kosztotwórczych i innych okoliczności mających wpływ na wysokość zaoficerowanej ceny. Jak bowiem wynika z przepisów art. 224 ust. 5 ustawy Pzp, na wykonawcy spoczywa ciężar wykazania

prawidłowości ceny, a niewywiązanie się z tego obowiązku skutkuje koniecznością odrzucenia oferty. Zatem konsekwencją złożenia wyjaśnień, które nie pozwalają stwierdzić, że zaofferowana cena jest realna, nie są wyczerpujące i poparte dowodami, jest - w świetle przywołanych przepisów ustawy - obowiązek odrzucenia oferty. Wobec powyższego należy stwierdzić, że o ocenie zasadności przedmiotowego zarzutu decyduje merytoryczna jakość wyjaśnień złożonych przez wykonawcę, którego cena jest kwestionowana.

W ocenie Izby wyjaśnienia złożone przez Przystępującego nie uprawniały Zamawiającego do stwierdzenia, że złożone przez wykonawcę wyjaśnienia uzasadniały podaną w ofercie cenę za realizację zamówienia w części 4. Odnosząc się kolejno do okoliczności wskazanych w wyjaśnieniach, należy stwierdzić, że nie potwierdzają one realności ceny.

Po pierwsze, znaczna część wyjaśnień to nieskonkretyzowane zapewnienia wykonawcy o tym, że zaofferowana cena daje pewność należytego wykonania przedmiotu zamówienia. Są to twierdzenia, które nie dają Zamawiającemu żadnej wiedzy na temat sposobu kalkulacji ceny oraz przyjętych do tego celu założeń. Ponadto wykonawca powołał się na dokonaną przez siebie szczegółową analizę wymagań Zamawiającego. Twierdzenia tego nie sposób uznać za jakąś okoliczność szczególną, wyróżniającą tego wykonawcę spośród innych. Analiza przedmiotu zamówienia i wymagań Zamawiającego to jeden z podstawowych obowiązków każdego wykonawcy przystępującego do postępowania przetargowego.

Dalej wskazać należy, że Przystępujący zawarł w wyjaśnieniach informacje dotyczące rzekomych kosztów pracy związanych z wykonaniem zamówienia. Izba wskazuje, że sposób wyliczenia tych kosztów został przedstawiony w oderwaniu do czasookresu realizacji zamówienia. Wykonawca uwzględnił wyłącznie koszt najniższego wynagrodzenia za jedną godzinę pracy obowiązujący w 2022 r. Jak Izba wskazała powyżej, koszty realizacji zamówienia muszą obejmować swoim zakresem cały okres obowiązywania umowy. W analizowanym stanie faktycznym, umowa będzie realizowana do 10.2023 r., a więc wykonawca winien uwzględnić w kosztach realizacji zamówienia wzrost minimalnego wynagrodzenia za pracę. Ponadto, zdaniem Izby, Przystępujący w żaden sposób nie wykazał, że będzie miał możliwość zatrudnienia inspektora drogowego oferując stawkę wynagrodzenia na poziomie 20 zł brutto za godzinę pracy. Okoliczność taką wykonawca mógł wykazać poprzez złożenia Zamawiającemu kopii umów dotychczas zawartych z pracownikami. Wykonawca również nie wskazał czy on sam osobiście będzie realizował usługi czy z pomocą osób trzecich. Izba podkreśla, że zadaniem Zamawiającego nie jest wyłącznie zbadanie czy stawka wynagrodzenia za jedną godzinę pracy odpowiada stawce wskazanej w obowiązującym Rozporządzeniu Rady Ministrów z dnia 14 września 2021 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2022 r. Zadaniem Zamawiającego jest również weryfikacja czy przyjęte przez wykonawcę koszty są realne, w znaczeniu czy wykonawca rzeczywiście, mając na uwadze miejsce wykonywania zamówienia, zakres obowiązków, uwarunkowania na rynku pracy jest w stanie zaangażować niezbędny potencjał kadrowy do wykonania zamówienia na warunkach wskazanych w wyjaśnieniach. Zdaniem Izby ani z treści wyjaśnień Przystępującego ani z ustaleń Zamawiającego nie wynika w jaki sposób Zamawiający ustalił realność stawki wynagrodzenia za godzinę pracy przyjętą przez wykonawcę. Ponadto Izba wskazuje, że Przystępujący nie wyjaśnił jakie koszty zostały uwzględnione w przyjętej stawce 20 zł wynagrodzenie za godzinę pracy wskazanej w tabeli na stronie 1 wyjaśnień. Nie zostało wyjaśnienie, gdzie zostały uwzględnione dodatkowe koszty pracy ubezpieczeniem społecznym.

Odnosząc się do wyliczeń zawartych w tabeli nr 2, zdaniem Izby, informacje zawarte w tabeli nie uzasadniały wniosku Zamawiającego, że wykonawca uzasadnił podaną w ofercie cenę za realizację zamówienia. Izba wskazuje, że Przystępujący w żaden sposób nie sprecyzował swoich założeń co do kosztów związanych z wizytami inspektora drogowego na miejscu realizacji inwestycji. Wykonawca wyłącznie wskazał kwotę 30 zł., bez jakiegokolwiek rozbicia tej kwoty na poszczególne elementy kosztotwórcze. Jak słusznie wskazał Odwołujący przyjmując koszt dojazdu z okolic Kielc, gdzie mieści się siedziba Przystępującego, przyjęcie kosztów paliwa na poziomie 30 zł, oznaczałoby konieczność poruszenia się pojazdem spalającym 3.5 l na 100 km. Przystępujący nie wskazał, że dysponuje tak ekonomicznym pojazdem, jak również nie zawarł żadnych informacji co stanowiło podstawę do przyjęcia stawki 30 zł.

Zdaniem Izby pozostałe okoliczności wskazane przez Przystępującego w dalszej części wyjaśnień tj.: dokonanie wizji lokalnej, nadzór nad innymi budowlami i inne bliżej nieokreślone przez wykonawcę korzystne uwarunkowania stanowią wyłącznie ogólne twierdzenia wykonawcy, które nie zostały w żaden sposób odniesione do kosztów realizacji tego konkretnego zamówienia. Z treści wyjaśnień nie wynika czy przywołane przez wykonawcę

inwestycje są nadal realizowane, a jeśli tak, to w jaki sposób ich realizacji ma związek z planowanymi kosztami realizacji niniejszego zamówienia, w jaki sposób ich realizacji wpływa na zmniejszenie kosztów przedmiotowego zamówienia. Nie jest niczym nadzwyczajnym na rynku, że wykonawcy wykonują równoległe kilka zleceń. Natomiast okoliczność ta, sama w sobie, nie uzasadnia prawidłowości wyceny kosztów realizacji zamówienia w danym postępowaniu. Co więcej, taka okoliczność może również utrudniać prawidłową realizację. Konieczność szybkiego i sprawnego przemieszczania się do różnych miejsc może wiązać się ze zwiększeniem właśnie kosztów dojazdu na miejsce poszczególnych inwestycji. Wykonawca zatem winien wykazać w sposób konkretny jakie inwestycje realizuje lub będzie realizował równoległe z przedmiotowym zamówieniem i w jaki konkretnie sposób taka okoliczność wpływa na wysokość kosztów wykonania zamówienia. Tego, zdaniem Izby, Przystępujący nie uczynił. Ograniczenie się do ogólnych stwierdzeń czyni wyjaśnienia wykonawcy niewiarygodnymi i niewystraszającymi do wykazania realności podanej w ofercie ceny.

Bez znaczenia dla sprawy jest wycena kosztów realizacji zamówienia przez Odwołującego. Przedmiotem zarzutu jest ocena wyjaśnień złożonych przez Przystępującego, jego kosztów i jego indywidualnych uwarunkowań.

Zdaniem Izby przedstawione przez Przystępującego dwie tabele stanowią ogólne rozbitcie ceny ofertowej, co nie może być uznane za wystarczające wyjaśnienie sposobu kalkulacji ceny. Jest to jedynie zaprezentowanie podziału ceny na główne elementy kosztotwórcze. Wykonawca, prezentując szacunkowe koszty poszczególnych rodzajów, nie wyjaśnił, jakie założenia do tego szacowania przyjął. Wykonawca nie wykazał, że przyjął jakąkolwiek rezerwę na waloryzację wynagrodzeń związanych ze wzrostem płacy minimalnej w 2023 r. Wskazana w wyjaśnieniach kalkulacja nie zawiera takiej pozycji. Wykonawca nie wyjaśnił ani nie wykazał założeń jakimi kierował się szacując poziom kosztów związanych z realizacją zamówienia w tabeli nr 2.

W ocenie Izby złożone przez Przystępującego wyjaśnienia nie zawierają informacji koniecznych do stwierdzenia czy zaoferowana przez niego cena nie nosi znamion rażąco niskiej. Brak szczegółów dotyczących poszczególnych elementów kosztotwórczych uniemożliwia przeprowadzenia weryfikacji założeń finansowych Przystępującego. Za takie założenia finansowa nie można uznać kilku ogólnych zdań wykonawcy dotyczących jego uwarunkowań związanych z realizacją zamówienia. W konsekwencji uznać należy, że złożone przez Przystępującego wyjaśnienia nie uzasadniają podanej w ofercie ceny za realizację zamówienia. Podkreślić należy, że Przystępujący, jako profesjonalista działający na rynku, winien mieć świadomość, iż wyliczając koszty realizacji zamówienia zobowiązany jest udowodnić realny charakter przyjętych stawek kosztowych. Treść zaś złożonych wyjaśnień opiera się na ogólnych stwierdzeniach wykonawcy o zapoznaniu się z zakresem wymagań Zamawiającego, doświadczeniu czy rzekomych szczególnych okolicznościach, których Przystępujący nie wykazał.

Mając na uwadze powyższe, Izba uznała za zasadne nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty Przystępującego na podstawie art. 224 ust. 6 ustawy Pzp. Ustawodawca w sposób jednoznaczny wskazał w przepisach ustawy Pzp, że odrzuceniu podlega oferta w sytuacji, w której złożone przez wykonawcę wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu, z czym mamy do czynienia w analizowanym stanie faktycznym. Izba podkreśla, że proces badania przez Zamawiającego sposobu wyceny przez poszczególnych wykonawców kosztów realizacji zamówienia stanowi narzędzie zabezpieczające Zamawiającego przed ewentualnymi nieprawidłowościami w procesie realizacji zamówienia. Rzetelna analiza kosztów uwzględnionych przez poszczególnych wykonawców w kalkulacjach cenowych, poparta obiektywnymi dowodami, potwierdzającymi okoliczności na jakie powołują się wykonawcy minimalizuje ryzyko odstąpienia od umowy przez Zamawiającego z powodu nieprawidłowego wykonania zamówienia i jednocześnie gwarantuje, że zamówienie będzie wykonane na poziomie wymaganym przez Zamawiającego. Z tego względu, Zamawiający nie może ograniczać się do formalnego wezwania wykonawcy w celu uczynienia zadość obowiązkowi wynikowemu z art. 224 ust. 2 ustawy Pzp. Obowiązkiem Zamawiającego jest upewnienie się, że wykonawca uwzględnił wszystkie koszty, mając na uwadze zakres obowiązków wynikających z postanowień SWZ, zaś koszty związane z wykonaniem poszczególnych usług mają charakter rynkowy. Zdaniem Izby, w analizowanej sprawie, Zamawiający dokonał nieprawidłowej oceny wyjaśnień złożonych przez wykonawcę w dniu 25 sierpnia 2022 r. Złożone wyjaśnienia po pierwszy nie były poparte żadnymi dowodami, które wykonawca, zdaniem Izby, mógł i powinien był złożyć. Po drugie, twierdzenia Przystępującego były ogólne i nie poparte żadną szczegółową analizą poszczególnych pozycji kosztowych zawartych w tabelach. Tym samym, Zamawiający zaniechał odrzucenia oferty wykonawcy Przystępującego na podstawie art. 224 ust. 6 ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe, Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 575 ustawy Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2022 r., poz. 1710) stosownie do wyniku postępowania oraz na podstawie § 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 od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437). Izba uznała, że zasadne jest zasądzenie na rzecz Odwołującego kosztów związanych z wynagrodzeniem pełnomocnika Odwołującego. Zgodnie z art. 109¹ kodeksu cywilnego prokura jest pełnomocnictwem udzielonym przez przedsiębiorcę podlegającego obowiązkowi wpisu do Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej albo do rejestru przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego, które obejmuje umocowanie do czynności sądowych i pozasądowych, jakie są związane z prowadzeniem przedsiębiorstwa. Tym samym, działający w imieniu Odwołującego, prokurent, jest pełnomocnikiem wykonawcy i przysługuje mu prawo żądania zwrotu kosztów

wynagrodzenia pełnomocnika określonych w przepisach ustawy Pzp i przepisach wykonawczych do ustawy.

Przewodniczący: