Sygn. akt KIO 198/23

WYROK

z dnia 7 lutego 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Rafał Malinowski

Protokolant: Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie dnia 3 lutego 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej dnia 23 stycznia 2023 r. przez wykonawcę W. B. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą FIRMA BERYLBOLA B. W. ul. Orla 1a, 41407 Imielin, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Miejski Zarząd Ulic i Mostów w Tychach

przy udziale wykonawcy A. F.-T. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą AN-EKO A. F.-T. z siedzibą w Tychach, zgłaszającej przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołującego i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

3. Zasądza od odwołującego W. B. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą FIRMA BERYLBOLA B. W. na rzecz zamawiającego Miejski Zarząd Ulic i Mostów w Tychach kwotę 3600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez zamawiającego z tytułu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 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 198/23

Uzasadnienie

Miejski Zarząd Ulic i Mostów w Tychach, dalej jako: „Zamawiający”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1710), dalej jako: „ustawa PZP”, którego przedmiotem jest Naprawa dróg gruntowo- żużlowych na terenie miasta Tychy w 2023 r. - sprawa 53/DZP/22.

Wartość przedmiotowego zamówienia nie przekracza progów unijnych, o których mowa w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy PZP.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 8 listopada pod numerem 2022/BZP 00426090/01.

W dniu 23 stycznia do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy W. B. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą FIRMA BERYLBOLA B. W., dalej jako: „Odwołujący”, wobec czynności Zamawiającego polegających na odrzuceniu oferty Odwołującego oraz wyboru jako najkorzystniejszej oferty Wykonawcy AN-EKO A. F. .

Kwestionując ww. czynności Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP poprzez odrzucenie oferty Odwołującego jako zawierającej rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia, podczas gdy oferta Odwołującego nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu w stosunku do przedmiotu zamówienia, a Odwołujący w sposób prawidłowy skalkulował cenę, która jest realistyczna i pozwala na prawidłowe wykonanie umowy, a przedstawione przez niego wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny są rzetelne, natomiast zgłoszone przez Zamawiającego zastrzeżenia co do kalkulacji ceny nie znajdują uzasadnienia w dokumentacji postępowania;

2. art. 224 ust. 1 i 3 pkt 4 i 6 w zw. z art. 6 ustawy PZP poprzez uznanie, że Odwołujący nie sprostał obowiązkowi wykazania prawidłowego skalkulowania ceny oraz jej realności, podczas gdy Odwołujący w swoich wyjaśnieniach

wykazał, że przy ustalaniu ceny uwzględnił koszty pracy oraz wysokość minimalnego wynagrodzenia za pracę, a także przedstawił szczegółową kalkulację poszczególnych punktów kosztorysu, natomiast zgłoszone przez Zamawiającego zastrzeżenia co do kalkulacji ceny nie znajdują uzasadnienia w dokumentacji postępowania;

3. art. 224 ust. 1 i 2 ustawy PZP w zw. z art. 16 pkt 2 ustawy PZP poprzez zaniechanie sformułowania przez Zamawiającego wezwania do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny w sposób konkretny, co spowodowało, że Odwołujący musiał się

domyślać które elementy wyceny oferty Zamawiający zakwestionował (które budzą jego wątpliwości);

4. art. 224 ust. 1 i 2 ustawy PZP w zw. z art. 16 pkt. 1 ustawy PZP poprzez zaniechanie ponownego wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień w sprawie rażąco niskiej ceny, pomimo, że Odwołujący w sposób wyczerpujący wyjaśnił sposób skalkulowania ceny, a ewentualne wątpliwości Zamawiającego powinny zostać przez niego wyjaśnione oraz w głównej mierze wynikają z niesformułowania przez

Zamawiającego wezwania do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny w sposób konkretny;

5. art. 239 ustawy PZP w zw. z art. 17 ust. 2 ustawy PZP poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Wykonawcę AN-EKO, podczas gdy zgodnie z kryteriami oceny ofert określonymi przez Zamawiającego, jako najkorzystniejsza powinna zostać wybrana oferta Odwołującego;

6. art. 239 ust. 1 i 2 ustawy PZP w zw. z art. 16 pkt 1 i art. 17 ust. 2 ustawy PZP, poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób naruszający obowiązek zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wszystkich wykonawców, w szczególności poprzez stosowanie różnych kryteriów oceny ofert wobec wykonawców biorących udział w postępowaniu, co przejawia się odrzuceniem oferty Odwołującego i wyborem jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy AN-EKO, pomimo, że ww. wykonawca:

a) kalkulując koszty pracy nie uwzględnił dwóch stawek minimalnego wynagrodzenia za pracę jakie obowiązywać będzie w roku 2023 r.

b) złożył ogólne wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny, z których nie wynika w jaki sposób cenę skalkulował.

7. art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP w zw. z art. 17 ust. 2 ustawy PZP poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy AN-EKO, pomimo że oferta ww. wykonawcy nie spełnia określonego w pkt VIII SWZ wymogu zatrudniania na podstawie stosunku pracy osób wykonujących pracę na stanowiskach: pracownicy fizyczni/budowalni, operatorzy maszyn i urządzeń budowlanych, kierowcy.

8. art. 554 ust. 3 pkt a i b ustawy PZP w zw. z art. 223 ustawy PZP oraz art. 239 ustawy PZP poprzez zaniechanie ponownego badania i oceny ofert w postępowaniu zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 stycznia 2023 r. sygn. akt KIO 3381/22.

W związku z postawionymi zarzutami Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty złożonej przez Odwołującego oraz czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez

Wykonawcę AN-EKO (1), przeprowadzenia ponownie czynności badania i oceny ofert oraz dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej oraz odrzucenie oferty złożonej przez Wykonawcę AN-EKO (2).

Stanowisko Odwołującego:

Argumentując postawione zarzuty, Odwołujący wskazywał, co następuje:

Odwołujący w pierwszej kolejności zwrócił uwagę na okoliczności faktyczne zaistniałe na kanwie niniejszej sprawy, tj.:

- wezwanie Zamawiającego z dnia 28 listopada 2022 r. do złożenia przez Odwołującego oraz przez wykonawcę AN-EKO wyjaśnień ceny,

- odpowiedź Odwołującego z dnia 5 grudnia 2022 r., w której przedstawił on stosowne wyjaśnienia,

- wybór oferty wykonawcy AN-EKO jako najkorzystniejszej oraz odrzucenie oferty Odwołującego w dniu 14 grudnia 2022 r. z powodu rażąco niskiej ceny jego oferty. Czynność ta została następnie zaskarżona przez Odwołującego do Krajowej Izby Odwoławczej. Sprawa odwoławcza prowadzona była pod sygnaturą KIO 3381/22. Wyrokiem z dnia 2 stycznia 2023 r. KIO nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności wyrobu oferty najkorzystniejszej w postępowaniu, unieważnienie czynności odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę W. B. oraz dokonanie ponownego badania i oceny ofert w postępowaniu. W uzasadnieniu orzeczenia wskazano, że nie wystarczy przedstawienie jakiegokolwiek uzasadnienia, czy to tak skrótowego, że nie wynikają z niego faktyczne motywy podjęcia decyzji, czy to lakonicznego, niewskazującego sedna problemu. Takie uzasadnienie nie spełnia bowiem kryteriów pełnego i wyczerpującego motywów działania zamawiającego, w tym w szczególności odrzucenia oferty, która jest o tyle istotna, iż to właśnie uzasadnienie stanowi punkt odniesienia zarówno dla podejmowania przez wykonawcę decyzji o skorzystaniu ze środka ochrony prawnej, jak i dla formułowania zarzutów odwołania. W dalszej części uzasadnienia wskazane zostało, że Izba nie odniosła się do stanowiska zawartego w pkt II uzasadnienia odwołania oraz do dowodów złożonych przez odwołującego, w związku z tym, że

główny zarzut został uwzględniony nie było konieczności zajmowania stanowiska wobec argumentacji podniesionej wyłącznie z ostrożności. Odwołujący nie znał faktycznych powodów odrzucenia jego oferty, ponieważ zamawiający nie podał ich w zawiadomieniu.

- w dniu 18 stycznia 2023 r. Zamawiający ponownie dokonał wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy AN-EKO oraz odrzucił ofertę Odwołującego z powodu rażąco niskiej ceny.

Decyzja ta, zdaniem Odwołującego, nie jest prawidłowa.

W pierwszej kolejności Odwołujący odniósł się do decyzji o odrzuceniu jego oferty z uwagi na rażąco niską cenę, wskazując, że:

Cena, która została zaoferowana przez Odwołującego w toku niniejszego postępowania nie odbiega od cen jakie oferowali wykonawcy, których oferty zostały wybrane jako najkorzystniejsze w toku wcześniejszy postępowań przetargowych. Powyższe prowadzi do wniosku, że cena zadeklarowana przez Odwołującego jest realna i wiarygodna, a we wcześniejszym okresie Zamawiający zlecał wykonanie tych samych pracę za kwotę znacznie niższą niż ta, którą oferuje obecnie Odwołujący. Odwołujący powołał się w tym zakresie na postępowanie prowadzone przez Zamawiającego pod numerem 16/DZP/22 z maja 2022 r., w którym za najkorzystniejszą wybrano jego ofertę opiewającą na kwotę 98.283,15 zł brutto. W ramach zwartej z Odwołującym umowy Zamawiający odebrał pracę i nie zgłaszał do nich zastrzeżeń.

Również w styczniu 2022 r. prowadzone było przez Zamawiającego tożsame postępowanie, w którym jako najkorzystniejsza wybrana została oferta wykonawcy AN-EKO opiewająca na kwotę 65 177,77 zł.

Następnie Odwołujący zwrócił uwagę na wzrost kosztów poszczególnych elementów składających się na realizację przedmiotowego zamówienia w ofercie wykonawcy AN-EKO. Porównując kosztorys ofertowy Wykonawcy AN-EKO z listopada 2022 r. oraz stycznia 2022 r., oferta tego wykonawcy wzrosła ponad 2.5 krotnie. Ponadto jeszcze w maju 2022 r. Wykonawca AN-EKO deklarował wykonanie przedmiotu umowy za kwotę 108.516,75 zł. Cena Wykonawcy AN-EKO w stosunku do maja 2022 r. wzrosła 1.6 krotnie.

Z powyższego wynika, że to nie cena zaoferowana przez Odwołującego jest nierealna, ale cena zaoferowana przez wykonawcę AN-EKO jest zawyżona. W poprzednio prowadzonych postępowaniach ceny oferowane przez wykonawcę AN-EKO w sposób istotny odbiegały od ceny zaproponowanej w toku niniejszego postępowania. Takiego wzrostu cen nie uzasadnia nawet obecnie występująca sytuacja gospodarcza.

Następnie Odwołujący wskazywał, że Zamawiający zakwestionował kalkulację ceny przyjętą przez Odwołującego. Zastrzeżenia zostały zgłoszone do pozycji od 1 do 13 kosztorysu. Jednocześnie Odwołujący zwrócił uwagę, że w stosunku do pozycji nr 3, 10, 11, 12 skalkulował je na kwotę wyższą niż Zamawiający, a zatem twierdzenia Zamawiającego w tym zakresie muszą budzić wątpliwości.

Odwołujący odniósł się także do pozostałych pozycji kosztorysowych kwestionowanych przez Zamawiającego. I tak, w odniesieniu do pozycji nr 1 Odwołujący nie był zobowiązany

do uwzględnienia kosztów materiału. Nie zostały one przez Zamawiającego wymienione w Specyfikacji technicznej, co wynika z faktu, że przy wykonywaniu przedmiotowych prac wykorzystuje się ziemię otrzymaną z ścięcia poboczy. Zamawiający zarzuca Odwołującemu, że w sposób błędny skalkulował on cenę, ponieważ nie uwzględnił kosztów materiałów, podczas gdy w dokumentacji z postępowania nie wymagano, aby cena z wykonanie 1 $m^2$ obejmowała koszty materiałów.

Odnosząc się do pozycji nr 2 w kosztorysie, Odwołujący wyjaśnił, że kwota 1320 zł stanowi dla niego zysk, ponieważ nie musi kupować tłucznia, z uwagi na fakt, że już go posiada na stanie magazynowym. Tłuczeń pozostał Odwołującemu z wcześniejszych zleceń jakich udzielał mu Zamawiający.

Jak kontynuował Odwołujący, niezasadnie wskazuje również Zamawiający, że Odwołujący w pozycji nr 4 nie uwzględnił kosztów pracy operatora koparki. Zamawiający pominął, że od kwoty zysku obliczonej po podsumowaniu wyliczeń poszczególnych pozycji, Odwołujący na stronie 4 złożonych wyjaśnień odjął koszty pracy pracowników. Odwołujący nie odejmował kosztów pracy kalkulując każdą pozycję, a dokonał tego w sposób zbiorczy. Przyjęta w pozycji kwota 120 zł to koszty koparki firmy Odwołującego, co wynika wprost z informacji wskazanych przy pozycji nr 4.

W zakresie pozycji nr 5 i 6 Odwołujący wyjaśnił, że nadmiaru gruntu nie traktuje jako odpadu, a wykorzysta go w prowadzonej przez siebie działalności. Z uwagi na niniejsze Odwołujący wskazał, że koszt transportu gruntu jest równy wartości gruntu i dlatego wskazana w kosztorysie pozycja jest dla niego zyskiem.

W zakresie pkt 7 Zamawiający wskazał, że wyjaśnienia Odwołującego są niejasne, ale nie wezwał Odwołującego do złożenia ponownych wyjaśnień. Nawet w uzasadnieniu odrzucenia oferty Zamawiający nie wskazał, co jest dla niego niejasne, więc trudno ustosunkować się do tego zarzutu.

W zakresie pozycji nr 8 i 9 Odwołujący wyjaśnił, że odnoszą się one do pozycji nr 2. W ramach złożonych wyjaśnień. Odwołujący wskazał, że posiada na magazynie tłuczeń, dlatego nie ponosi kosztów zakupu materiałów. Wskazana przez Odwołującego kwota jest zyskiem.

W odniesieniu do pozycji nr 13 Odwołujący wskazał, że nie prawdą jest, że dokonując kalkulacji ceny Odwołujący nie

skalkulował kosztów pracy pracowników zatrudnionych na umowie o pracę. Od wykazanej przez Odwołującego w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny kwoty zysku w wysokości 48 009,40 zł Odwołujący odjął koszty pracy osób zatrudnionych w oparciu o umowę o pracę w wysokości 27 920,00 zł. Wyjaśniając pozycję 13 kosztorysu,

Odwołujący podał stawkę 22.80 zł ale jedynie w celu zobrazowania, ile czasu zajmie wykonanie prac.

Następnie Odwołujący podkreślił, że Zamawiający zarzuca Odwołującemu, że nie wyjaśnił w sposób wystarczający prawidłowości sporządzonej przez siebie kalkulacji, ale w samej treści wezwania do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny, Zamawiający nie wskazał, które jej elementy budzą jego wątpliwości. Z treści wezwania Zamawiającego wynika, że Odwołujący został wezwany do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny w szczególności w zakresie określonym w art. 224 ust. 3 i 6 ustawy PZP. Zamawiający nie wezwał wykonawcy do złożenia wyjaśnień w innym zakresie, aniżeli powyżej. Okoliczność ta powinna więc podlegać uwzględnieniu przy ocenie wyjaśnień przedłożonych przez Odwołującego.

Dodatkowo Odwołujący podniósł, że wykonawca AN-EKO, który został wezwany do złożenia wyjaśnień w tym samym zakresie co Odwołujący, w ogóle nie przedstawił wyjaśnień w zakresie sporządzonej przez siebie kalkulacji, a pomimo to Zamawiający uznał jego wyjaśnienia za wystarczające.

Następnie odwołujący odniósł się do kalkulacji kosztów minimalnego wynagrodzenia za pracę. W złożonych wyjaśnieniach Odwołujący wykazał, że przy obliczaniu ceny wziął pod uwagę wysokość minimalnego wynagrodzenia za pracę obowiązującego od 1 stycznia 2023 r. w wysokości 3490 zł brutto, dlatego koszty pracownicze wyliczył na kwotę 27920,00 zł. Tymczasem Wykonawca AN-EKO całkowite koszty pracownicze wyliczył na kwotę 25.228,50 zł. Co istotne obydwoje wykonawcy obliczając cenę wzięli pod uwagę minimalne wynagrodzenie brutto obowiązujące od 1 stycznia 2023 r. w wysokości 3490 zł brutto, ponieważ doświadczenie wykonawców pokazuje, że pracę są realizowane maksymalnie przez pierwsze 4 miesiące obowiązywania umowy, co wynika z zakresu prac określonego przez Zamawiającego. Z powyższego wynika, że przy kalkulacji kosztów pracowniczych związanych z realizacją zamówienia, Odwołujący uwzględnił koszty pracy zgodnie z obowiązująca stawką minimalnego wynagrodzenia, a kalkulacji dokonał uwzględniając swoje doświadczenie przy realizacji zamówienia o tym samym przedmiocie w ramach współpracy z Zamawiającym.

Jak kontynuował Odwołujący, z przedstawionych przez wykonawcę AN-EKO wyliczeń nie wynika, aby uwzględnił on dwie stawki minimalnego wynagrodzenia obowiązujące w 2023 r. Do kalkulacji kosztów pracowniczych przedmiotowy wykonawca wziął pod uwagę jedną stawkę minimalnego wynagrodzenia. Łączne koszty pracownicze zostały przez wykonawcę AN-EKO skalkulowane na kwotę 25.228,50 zł. Z powyższego wynika, że Zamawiający stosuje w stosunku do wykonawców biorących udział w postępowaniu rożne standardy i reguły. W przypadku Odwołującego Zamawiający przyjął, że powinien on uwzględnić dwie

stawki minimalnego wynagrodzenia obowiązujące w 2023 roku, a w przypadku wykonawcy AN-EKO, Zamawiający takiego wymogu nie postawił.

Zdaniem Odwołującego wykonawca AN-EKO składając wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny oświadczył, że wynagrodzenie za pracę pracowników przyjęte do kalkulacji ceny oferty jest większe w skali miesiąca niż 3490 zł brutto. Jako dowód ww. wykonawca przedstawił dwa rozliczenia pracowników.

Z treści przedłożonych dokumentów wynika, że osoby, które wedle oświadczenia wykonawcy AN-EKO wykonywać miałyby przedmiot zamówienia, nie są zatrudnione na podstawie umowy o pracę, a na podstawie umowy zlecenia, W przypadku umowy o pracę koszty uzyskania przychodów wynoszą stałą kwotę 250 zł lub 300 zł. Tymczasem z przedstawionych przez wykonawcę AN-EKO rozliczeń wynika, że koszty uzyskania przychodu nie są uwzględnione w stałej wysokości, a stanowią 20 % kwoty wynagrodzenia brutto. Niniejsze dowodzi temu, że przedstawione wyliczenia dotyczą umów zlecenia. Z rozliczenia przedstawionego przez wykonawcę AN-EKO wynika, że w ogóle nie zapewnia on osobą mającym wykonywać przedmiot zamówienia zapłatę składek na ubezpieczenie emerytalne, rentowe, wypadkowe, fundusz pracy, F.G.Ś.P. Takie pozycje w ogóle nie zostały ujęte w przedstawionym przez wykonawcę AN-EKO rozliczeniu.

Odwołujący dodał, że jako najkorzystniejsza wybrana została oferta wykonawcy AN-EKO, która nie spełnia określonych w pkt VIII SWZ warunków, w którym wskazano, że „Zamawiający w myśl art. 95 ustawy PZP wymaga zatrudnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie stosunku pracy osób wykonujących wszystkie prace fizyczne związane z wykonywaniem wszystkich robót objętych przedmiotem zamówieniem, których wykonanie polega na wykonywaniu pracy w sposób określony w art. 22 § 1 ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. - Kodeks pracy, tj. wykonywanie czynności opisanych w Specyfikacji technicznej na stanowiskach: pracownicy fizyczni/budowlani (robotnik budowlany, pomocnik budowlany, brygadzista, majster itp.). operatorzy maszyn i urządzeń budowlanych, kierowcy.”

Tymczasem z rozliczeń przedstawionych przez wykonawcę AN-EKO wynika, że przedmiotowy wykonawca zatrudnia osoby, które mają być zaangażowane w wykonanie przedmiotu zamówienia w oparciu o umowę zlecenia, a nie umowę o pracę. Oferta wykonawcy AN-EKO powinna zostać zatem odrzucona na podstawie art. 226 ust 1 pkt 5 ustawy PZP.

Odwołujący dodał, że ze złożonych przez niego wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny wynika, że określając cenę ofertową przyjęto stawkę wynagrodzenia obowiązującą od 1 stycznia 2023 r. przy umowie o pracę w pełnym etacie w wysokości 3490 zł brutto. Ponadto

Odwołujący wskazał, że jego oferta cenowa uwzględnia wszystkie koszty wynikające z przepisów z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego. Jednocześnie ze złożonych wyjaśnień wynika, jakie koszty pracy uwzględniał wykonawca

przy obliczaniu ceny. Z wyjaśnień wynika, ze uwzględnił koszty pracy sporządzając ofertę. Okoliczność, że dokonując wyliczeń Odwołujący oparł się na wysokości wynagrodzenia brutto nie oznacza, że nie uwzględnił kosztów pracy, które Odwołujący zamierzał pokryć z wypracowanego przez niego zysku. Odwołujący uwzględnił również dodatkowe koszty związane z realizacją umowy w wysokości 5% tj. w kwocie 1004,46 zł.

Z treści przytoczonych powyżej okoliczności w sposób jednoznaczny wynika, że cena zaproponowana przez Odwołującego nie jest niewiarygodna czy nierealistyczna, ponieważ jest zbliżona do cen występujących na rynku za wykonanie tych samych usług. Dotychczas ceny te były akceptowane przez Zamawiającego, który także nie zgłaszał zastrzeżeń co do sposobu wykonania przedmiotu umowy przez Odwołującego jak i wcześniejszych wykonawców. Odwołujący przedstawił Zamawiającemu szczegółowe wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny. Jeżeli jednak Zamawiający miał wątpliwości co do poszczególnych kwestii to mógł wezwać Odwołującego do ponownego złożenia wyjaśnień, czego nie uczynił. Ewentualne wątpliwości Zamawiającego w zakresie przyjętych przez Odwołującego całkowitych kosztów pracodawcy mogły zostać wyjaśnione w ramach ponownego wezwania do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny.

Odwołujący dodał również, że analiza czynności podjętych przez Zamawiającemu wskazuję, że wbrew obowiązkowi wynikającemu z wyroku KIO z dnia 2 stycznia 2023 r. Zamawiający nie dokonał ponownego badania i oceny ofert w postępowaniu. Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, że Zamawiający powinien dokładnie przeanalizować całość okoliczności dotyczących złożonych przez Odwołującego wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny i w następstwie tego podjąć odpowiednie jego zdaniem działanie.

Zmawiający w dniu 17 stycznia 2023 r. unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej oraz odrzucenie oferty złożonej przez Odwołującego. W tym samym dniu Zamawiający wystosował do wykonawcy AN-EKO wezwanie do złożenia podmiotowych środków dowodowych, a w dniu 18 stycznia 2023 r. dokonał ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej i odrzucenia oferty Odwołującego.

Z powyższego wynika, że Zamawiający nie dokonał analizy całości wyjaśnień Odwołującego w zakresie rażąco niskiej ceny oraz okoliczności występujących w sprawie, a ograniczył się do ponownego automatycznego wyboru oferty AN-EKO oraz odrzucenia oferty Odwołującego.

Stanowisko Zamawiającego:

Pismem z dnia 2 lutego 2023 r., stanowiącym odpowiedź na odwołanie, stanowisko w sprawie zajął Zamawiający, wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

W pierwszej kolejności Zamawiający podkreślił, że w jego opinii oferta Odwołującego zawiera rażąco niską cenę. Oferta jest zdaniem Zamawiającego nierealistyczna i nie pozwala na prawidłowe wykonanie umowy, a przedstawione przez niego wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny nie tylko nie rozwiały, ale wręcz potwierdziły w sposób niebudzący wątpliwości Zamawiającego, że zaproponowana przez Odwołującego cena oferty wyczerpuje zakres pojęcia „ceny rażąco niskiej".

Zamawiający podkreślił, iż wyjaśnienia Odwołującego złożone w reakcji na wezwanie były lakoniczne i ogólnikowe, nie zawierały szczegółowej kalkulacji przyjętych wartości, a nade wszystko nie zawierały żadnych dowodów uzasadniających przyjęte przez Wykonawcę wartości, natomiast zgłoszone przez Zamawiającego zastrzeżenia, co do kalkulacji ceny znajdują uzasadnienie w dokumentacji postępowania.

Odnosząc się do argumentu Odwołującego dotyczącego postępowań historycznych, Zamawiający stwierdził, że oferty w rzeczonych postępowaniach składane były w zupełnie odmiennych realiach i nie uwzględniały takich okoliczności jak np. woja w Ukrainie, wzrost inflacji oraz wskaźników obrazujących rynek. Nie sposób rozsądnie odnosić cen sprzed kilku czy nawet kilkunastu miesięcy do obecnych realiów rynkowych.

Zamawiający dodał, że Odwołujący w zakresie formułowanych przez siebie zarzutów zdaje się zupełnie abstrahować od treści uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty. Z samej systematyki uzasadnienia wynika, że Zamawiający w pierwszej kolejności wskazał niewłaściwe przyjęcie przez Wykonawcę dla zamówienia udzielanego na cały rok wyłącznie jednej stawki minimalnego wynagrodzenia oraz nieuwzględnienie w kalkulacji pełnych kosztów zatrudnienia pracowników niejako dodatkowo wskazując również, że wyjaśnienia dotyczące pozycji kosztorysowych są lakoniczne i ogólnikowe.

Jak kontynuował Zamawiający, do określenia ceny ofertowej Odwołujący przyjął tylko jedną stawkę minimalnego wynagrodzenia obowiązującą od 1 stycznia 2023 r. – stawkę w wysokości 3.490,00 zł. Zauważyć jednak wypada, że zgodnie z Rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 13 września 2022 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2023 r. (Dz. U. z 2022 r., poz. 1952), w roku 2023 obowiązywać będą dwie stawki: - od 1 stycznia 2023 r. minimalne wynagrodzenie wynosić będzie 3.490,00 zł, - od 1 lipca 2023 r. minimalne wynagrodzenie wynosić będzie 3.600,00 zł.

Okoliczność, że historycznie prace polegające na realizacji analogicznych zadań wykonywane były efektywnie przez kilka miesięcy nie oznacza, że wykonywanie umowy zakończy się po okresie pierwszych 3-4 miesięcy. To Zamawiający będzie decydował o postępie realizacji umowy, a Odwołujący nie ma żadnego wpływu na to, czy nastąpi to w okresie przed 1 lipca 2023 r., czy po 1 lipca 2023 r. Biorąc pod uwagę powyższe, oczywistym jest, że Odwołujący kalkulując koszty pracy, zobowiązany był do uwzględnienia w/w dwóch stawek minimalnego wynagrodzenia za pracę, jakie obowiązywać będzie w roku 2023.

W zakresie kosztów pracy, Odwołujący (na drugiej stronie złożonych przez siebie wyjaśnień) wskazał, że „Całkowity koszt pracodawcy, zatrudniający pracownika na pełnym etacie, uwzględniający wszystkie składki to koszt w kwocie 3.490,00 zł brutto." Twierdzenie powyższe w sposób oczywisty nie polega na prawdzie. Całkowity koszt pracodawcy zatrudniającego pracownika na pełnym etacie, uwzględniający wszystkie składki, to kwota w wysokości 4.204,75 zł w pierwszym półroczu 2023 roku oraz 4.337,28 zł w drugim półroczu. W punkcie 1 oraz 2 swych wyjaśnień, Odwołujący wskazał, iż składki te mają być opłacone przez pracodawcę, natomiast sam nie był łaskaw ich wliczyć do całkowitego kosztu zatrudnienia pracownika na podstawie umowy o pracę.

Odwołujący w swych wyjaśnieniach wskazuje również minimalną stawkę godzinową obowiązującą w umowach zlecenia, którą przyjął do kalkulacji kosztów pracy dotyczących pozycji nr 13 kosztorysu ofertowego, co pozostaje w sprzeczności z zapisami pkt VIII SWZ. Odwołujący nie tyle nawet nie wykazał, że dokonując kalkulacji uwzględnił zgodność z przepisami dotyczącymi kosztów pracy oraz zgodność z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego miejscu, w którym realizowane będzie zamówienia co wręcz przeciwnie – wskazał wyraźnie, że nie uwzględnił w swej kalkulacji zgodności z w/w przepisami.

Zamawiający odniósł się także do poszczególnych pozycji kosztorysowych opisanych w wyjaśnieniach Odwołującego, wskazując na ich lakoniczność.

Zdaniem Zamawiającego zarzut naruszenia art. 224 ust. 1 i 2 w związku z art. 16 pkt 2 ustawy PZP jest w zarzutem spóźnionym. Zauważyć wypada, iż wezwanie Odwołującego do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny zostało przesłane w dniu 28.11.2022 roku, w związku z czym termin na wniesienie odwołania w zakresie zaniechania sformułowania przez Zamawiającego wezwania do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny w sposób konkretny upłynął mu w dniu 05.12.2022 roku.

Zamawiający dodał, że ujawnione nieprawidłowości w złożonych przez Odwołującego wyjaśnieniach (w szczególności w zakresie przyjęcia jednej stawki wynagrodzenia minimalnego oraz nieuwzględnienia wszystkich kosztów zatrudnienia pracownika)

spowodowały, że Zamawiający nie mógł zwrócić się do Odwołującego o złożenie dodatkowych wyjaśnień, albowiem odpowiedź Odwołującego mogłaby spowodować jedynie zmianę ich pierwotnej treści, co jak przyjmuje się w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, uznać należy za niedopuszczalne. Przedstawione przez Odwołującego wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny potwierdziły w sposób nie tylko nie budzący wątpliwości, ale też taki, który wykluczał konieczność, czy wręcz możliwość zwracania się do niego o złożenie dodatkowych wyjaśnień, że zaproponowana przez niego cena oferty wyczerpuje zakres pojęcia „ceny rażąco niskiej".

W zakresie zarzutów skierowanych wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej Zamawiający wskazał, czynność ta została dokonana przez Zamawiającego zgodnie z kryteriami oceny ofert w niniejszym postepowaniu, jak również zgodnie z przepisami ustawy PZP oraz treścią SWZ.

Przystępujący A. F.-T. AN-EKO został wezwany przez Zamawiającego do udzielenia wyjaśnień, w tym do złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny na mocy art. 224 ust. 2 ustawy Pzp. W opinii Zamawiającego cena oferty nie wydaje się być rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i nie budzi wątpliwości Zamawiającego, co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia. Przystępujący został wezwany do złożenia wyjaśnień bowiem zaoferowana przez Przystępującego cena oferty jest niższa o 38,55% od wartości zamówienia i zgodnie z art. 224 ust. 2 ustawy Pzp Zamawiający miał obowiązek zwrócenia się o udzielnie wyjaśnień. Przystępujący w złożonych wyjaśnieniach oświadczył, że wynagrodzenie za pracę pracownika przyjęte do kalkulacji ceny oferty jest większe w skali miesiąca niż 3490,00 zł brutto oraz oświadczył, że wynagrodzenie za pracę pracownika zawiera w sobie również wszelkie koszty zabezpieczenia społecznego uwzględnione w narzutach. Przystępujący oświadczył również, że całkowity minimalny koszt pracodawcy uwzględniający wszystkie składki od 01.01.2023 roku to koszt w kwocie 4204,75 zł brutto. W związku z czym wskazane koszty pracy w wysokości 25.228,50 zł są minimalnymi kosztami pracodawcy. Przystępujący załączył do wyjaśnień dokument o nazwie – informacje ogólne – koszt pracodawcy_2023 określający koszty pracodawcy przy minimalnym wynagrodzeniu w 2023 r. Złożony dokument utwierdził Zamawiającego w przekonaniu, że Przystępujący ma świadomość występujących w 2023 roku dwóch stawek minimalnego wynagrodzenia za pracę. Zarzut, że oferta Przystępującego nie spełnia wymogu określonego w pkt VIII SWZ jest nietrafiony, bowiem Przystępujący w złożonych wyjaśnieniach w żadnym miejscu nie wskazuje, że ofertę skalkulował uwzględniając minimalną stawkę godzinową obowiązującą w umowach zlecenia. Przystępujący na dzień złożenia wyjaśnień nie miał obowiązku zatrudnienia na umowę o pracę osób, które ma zamiar skierować do realizacji zamówienia w

związku z czym złożony przez Przystępującego dowód nie posiada żadnej wartości. Zamawiający w żaden sposób dokonując oceny złożonych wyjaśnień nie naruszył art. 16 ustawy Pzp, bowiem przy ocenie samych wyjaśnień uwzględnił treść wezwania skierowanego do wykonawcy (wskazany przez Odwołującego wyrok KIO 58/22 z dnia 27.01.2022 r.).

W zakresie zarzutu naruszenia art. 554 ust. 3 pkt a i b w zw. z art. 223 oraz art. 239 ustawy PZP Zamawiający wskazał, że zarzut ten uznać wypada jako całkowicie gołosłowny i nie poparty absolutnie żadną argumentacją. Trudno nawet dociec, w jaki sposób Odwołujący miałby poczynić ustalenia, jakoby Zamawiający nie dokonał ponownego badania i oceny ofert w postępowaniu. Zamawiający wbrew twierdzeniom Odwołującego oczywiście dokonał ponownego badania i oceny ofert w postępowaniu, dokładnie przeanalizował całość okoliczności dotyczących złożonych przez Odwołującego wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, w następstwie czego podjął odpowiednie działanie (protokół prac komisji z dnia 17.01.2023 r.).

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron i uczestników postępowania, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie Zamawiającego wykonawcę A. F.-T. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą AN-EKO A. F.-T., dalej jako: „Przystępujący". Wszystkie warunki formalne związane ze zgłoszonym przystąpieniem zostały spełnione, a zatem należało uznać je za skuteczne.

Izba nie stwierdziła istnienia przesłanek do odrzucenia odwołania, o których mowa w art. 528 ustawy PZP. Zdaniem Izby nie potwierdził się wniosek Przystępującego o odrzucenie odwołania w zakresie zarzutu nr 3 na podstawie art. 528 pkt 3 ustawy PZP. Wskazać należy, że mając na uwadze treść uzasadnienia odwołania, zdaniem Izby, zarzut powyższy opiera się raczej na kwestionowaniu czynności Zamawiającego jaką była ocena wyjaśnień Odwołującego. Odwołujący kwestionuje tak naprawdę ocenę przedłożonych wyjaśnień, która powinna była uwzględnić treść skierowanego wezwania, a które zdaniem Odwołującego było ogólne i nie wymagało wyjaśnienia poszczególnych pozycji kosztorysowych, co przesądza jego zdaniem o braku konieczności szczegółowego ich wyjaśniania. Tak zdaniem Izby należy odczytywać treść przedmiotowego zarzutu przez pryzmat treści petitum odwołania oraz jego uzasadnienia. Wskazać bowiem należy, że o treści zarzutu decyduje nie tylko przypisana im kwalifikacja prawna lecz także okoliczności faktyczne, którym Odwołujący powinien dać wyraz w treści uzasadnienia odwołania. Tak też powyższy zarzut odczytała

Izba uznając, że nie ma tutaj mowy o przekroczeniu terminu na jego wniesienie. Odwołujący zapoznał się bowiem ze skutkami oceny przedłożonych przez niego wyjaśnień dopiero w momencie udostępnienia mu informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz odrzuceniu jego oferty. Zarzut został więc postawiony w terminie.

Ponadto Izba ustaliła, że Odwołujący nie posiadał interesu we wniesieniu odwołania w zakresie, w jakim dotyczy ono zarzutów skierowanych wobec zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego. Oczywistym jest, że Odwołujący ma interes w popieraniu zarzutów dotyczących nieuprawnionego odrzucenia jego oferty. W razie ich uwzględnienia, Odwołujący zostałby przywrócony do postępowania i miałby szansę na uzyskanie zamówienia. Interes w tym przypadku jest niewątpliwy.

Z kolei to czy oferta Przystępującego pozostanie w postępowaniu pozostaje bez znaczenia w kontekście szans Odwołującego na uzyskanie zamówienia. Ewentualne odrzucenie oferty Przystępującego pozostaje bez wpływu na to czy Odwołujący uzyska zamówienie, gdyż według ustalonych kryteriów oceny ofert to oferta Odwołującego znalazłaby się na pierwszym miejscu rankingu ofert w razie przywrócenia jej do postępowania. To czy Odwołujący podtrzyma możliwość uzyskania zamówienia zależy tylko i wyłącznie od zasadności zarzutów dotyczących odrzucenia jego oferty.

Odwołujący nie ma więc interesu w popieraniu zarzutów skierowanych wobec czynności zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego. Ich uwzględnienie nie prowadziłoby do ewentualnego unieważnienia postępowania, co uzasadniałoby istnienie tego interesu w rozumieniu szerokim, tj. możliwości ubiegania się o dane zamówienie w hipotetycznym, przyszłym postępowaniu. Wskazać należy, że wyrok TSUE, na który powołał się Odwołujący uzasadniając istnienie interesu, dotyczył zgoła innej sytuacji niż w niniejszym postępowaniu. To prawda, że „odrzucony oferent powinien mieć możliwość żądania odrzucenia oferty wygrywającego oferenta, a pojęcie danego zamówienia może dotyczyć ewentualnego wszczęcia nowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego", jednak stwierdzenie to dotyczy postępowań, w których złożono dwie oferty, a instytucja zamawiająca wydała jednocześnie dwie decyzje, odpowiednio, o odrzuceniu oferty jednego z oferentów i o udzieleniu zamówienia drugiemu. W takiej sytuacji oferent odrzucony może kwestionować nie tylko czynność jego odrzucenia, ale również podnosić zarzuty wobec oferty konkurenta, których uwzględnienie mogłoby doprowadzić (w razie nieuwzględnienia zarzutów wobec czynności odrzucenia skarżącego) do unieważnienia postępowania. Do takiej sytuacji odnosił się w ww. wyroku Trybunał, dopuszczając istnienie interesu w kwestionowaniu zaniechania odrzucenia oferty konkurenta, uznając, że w takiej sytuacji interes przejawia się

w hipotetycznej możliwości uzyskania przedmiotu w ramach postępowania, które zostanie wszczęte w przyszłości, gdyby obecnie prowadzone zostało unieważnione.

Sytuacja w rozpatrywanym postępowaniu jest jednak inna, gdyż jednoczesne nieuwzględnienie zarzutów odwołania w zakresie odrzucenia oferty Odwołującego oraz uwzględnienie zarzutów wobec oferty Przystępującego, nie doprowadzi do unieważnienia postępowania i hipotetycznej możliwości ubiegania się o jego udzielenie przez Odwołującego w przyszłości. Zatem Odwołujący posiada interes jedynie w domaganiu się przywrócenia do postępowania jego oferty. Nie ma jednak interesu w kwestionowaniu zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego.

Izba dokonała ustaleń faktycznych w oparciu o zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, tj. w szczególności dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, której treść była kluczowa dla rozstrzygnięcia sprawy. Dodatkowo w ramach postępowania odwoławczego składane były następujące dowody:

A. Dowody złożone przez Odwołującego:

1. Informacja z otwarcia ofert z dnia 28.01.2022 r. dotycząca postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn. Naprawa dróg gruntowo żużlowych na terenie miasta Tychy w 2022 roku, sprawa nr 1/DZP/22

2. Plan postępowań o udzielenie zamówień przez Miejski Zarząd Ulic i Mostów w Tychach na rok 2022, wersja 33,

3. Informacja z otwarcia ofert z dnia 31.05.2022 r. dotycząca postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn. Naprawa dróg gruntowo żużlowych na terenie miasta Tychy w 2022 roku – 2 postępowanie, sprawa nr

16/DZP/22,

4. Kosztorys inwestorski dla sprawy 53/DZP/22 pn. Naprawa dróg gruntowo-żużlowych na terenie miasta Tychy w 2023 r.,

5. Lista płac nr 1 dot. pracownika biurowego,

6. Lista płac nr 2 dot. pracownika biurowego,

7. Plan postępowań o udzielenie zamówień przez Miejski Zarząd Ulic i Mostów w Tychach na rok 2021, wersja 25,

8. Zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 22.06.2022 r. dla

postępowania prowadzonego pod numerem 16/DZP/22,

9. Zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 17.02.2022 r. dla

postępowania prowadzonego pod numerem 1/DZP/22,

10. Protokoły odbioru wykonanych robót (budowlano-remontowych) dotyczące naprawy dróg gruntowo-żużlowych na terenie miasta Tychy w 2022 r. zgodnie z umową nr 70/DDT/2022,

11. Wyjaśnienia ceny Odwołującego z dnia 09.02.2022 r. złożone w postępowaniu prowadzonym pod numerem 1/DZP/2022.

12. Część dokumentacji postępowania pn. „Bieżące utrzymanie w 2022 r. elementów, kładek, ławek i poręczy na terenie miasta Tychy", numer postępowania ZL.DIR.231.15.2022/DDT (zaproszenie ofertowe, formularz ofertowy, wzór oświadczenia stanowiącego załącznik nr 3 do oferty, wzór kosztorysu ofertowego, wzór umowy, oferta wykonawcy E. K. Usługi Sprzętowo-Transportowe, zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej).

13. Część dokumentacji postępowania pn. „Bieżące utrzymanie w 2023 r. elementów, kładek, ławek i poręczy na terenie miasta Tychy", numer postępowania: ZI.DAO.231.109.2022/DDT (zaproszenie ofertowe, formularz ofertowy, wzór oświadczenia stanowiącego o niepodleganiu wykluczeniu, wzór kosztorysu ofertowego, wzór umowy, oferta wykonawcy E. K. Usługi Sprzętowo-Transportowe, zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej).

Izba uznała przedłożone dowody za nieprzydatne do wydania rozstrzygnięcia. Zdaniem Izby charakter rozpatrywanej sprawy i postawione zarzuty sprowadzają się do weryfikacji dokumentacji postępowania, tj. w szczególności wezwania Zamawiającego do złożenia wyjaśnień ceny oraz odpowiedzi wykonawcy wezwanego do złożenia tychże wyjaśnień. Już na podstawie tych dokumentów można ocenić czy wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień obalił ciążące na nim domniemanie rażąco niskiej ceny, a tym samym czy Zamawiający prawidłowo ocenił przedłożone wyjaśnienia.

Wskazać bowiem należy, że mając na uwadze treść zarzutów postawionych w odwołaniu nie jest zadaniem Izby badanie ceny oferty w pełnym aspekcie i ustalanie w postępowaniu odwoławczym, czy cena rzeczywiście umożliwi realizację zamówienia. Obowiązkiem Izby jest natomiast wyrażenie opinii, czy Zamawiający w sposób prawidłowy ocenił złożone przez wykonawcę wyjaśnienia (tak: wyrok z dnia 15 kwietnia 2022 r., KIO 835/22).

Izba ustaliła następujący stan faktyczny sprawy:

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest Naprawa dróg gruntowo - żużlowych na terenie miasta Tychy w 2023 r. -sprawa 53/DZP/22.

Kryteria oceny ofert w niniejszym postępowaniu zostały określone przez Zamawiającego w rozdziale XXII SWZ. Oprócz ceny (60%), oferty rywalizowały okresem rękojmi w zakresie wykonania nawierzchni tłuczniowej (20%) oraz terminem przystąpienia do usunięcia robót awaryjnych (20%).

Zgodnie z informacją z dnia 23 listopada 2022 r., oferty w postępowaniu złożyło 5 wykonawców.

Oferty Przystępującego i Odwołującego w ramach pozacenowych kryteriów oceny ofert wskazywały na te same wartości, tj. wykonawcy ci zaoferowali udzielenie rękojmi w zakresie wykonania nawierzchni tłuczniowej na okres 90 dni licząc od daty odbioru robót oraz termin do przystąpienia do usunięcia robót awaryjnych na poziomie 30 minut.

Oferta Odwołującego opiewała na kwotę 97.446,75 zł brutto, zaś oferta Przystępującego na kwotę 174.635,40 zł brutto. Ceny pozostałych ofert kształtowały się na poziomie: 218.908,64 zł brutto, 172.027,80 zł brutto oraz 625.455,00 zł brutto.

W dniu 28 listopada 2022 r. Odwołujący został wezwany przez Zamawiającego do udzielenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny jego oferty. Jako podstawę prawną wezwania Zamawiający wskazał art. 224 ust. 1 i 2 ustawy PZP. W treści wezwania Zamawiający wskazał m. in., że: „Zamawiający ustalił, że wartość elementów przedstawionych w załączonym formularzu Kosztorys ofertowy mających wpływ na wysokość ceny pozostaje w dysproporcji do żądanej za wykonanie przedmiotu zamówienia ceny. W związku z powyższym Zamawiający wzywa Państwa do udzielenia wyjaśnień, w tym do złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny, co najmniej w zakresie określonym w art. 224 ust. 3

pkt 4 i 6 tj. (…).”.

Odpowiedzią z dnia 5 grudnia 2022 r. Odwołujący udzielił stosownych wyjaśnień.

W dniu 14 grudnia 2022 r. Zamawiający powiadomił o wyborze oferty najkorzystniejszej, za którą uznana została oferta Przystępującego oraz o odrzuceniu ofert, w tym m. in. oferty Odwołującego.

Decyzja ta została przez Odwołującego zaskarżona do Krajowej Izby Odwoławczej. Wyrokiem z dnia 2 stycznia 2023 r. sygn. akt KIO 3381/22 Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła wniesione odwołanie w zakresie zarzutu głównego, dotyczącego braku podania przez Zamawiającego uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego oraz nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu, unieważnienie czynności odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę W. B. prowadzącą

działalność gospodarczą pod nazwą Firma BERYLBOLA B. W. z siedzibą w Imielinie oraz dokonanie ponownego badania i oceny ofert w postępowaniu.

W dniu 18 stycznia 2023 r. Zamawiający dokonał ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej, za którą uznano ofertę Przystępującego. Oferta Odwołującego została odrzucona w oparciu o art. 226 ust. 1 pkt 8 oraz art. 224 ust. 6 ustawy PZP. Zamawiający przedstawił stosowne uzasadnienie przedmiotowej decyzji.

Izba zważyła, co następuje:

Zdaniem Izby odwołanie podlegało oddaleniu.

W zakresie zarzutów skierowanych wobec zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego, powodem oddalenia odwołania jest stwierdzenie braku interesu w jego wniesieniu. Zgodnie przyjmuje się, że istnienie interesu jest materialnoprawną przesłanką dopuszczalności wniesienia odwołania, która musi zostać przez odwołującego wykazana w momencie jego wniesienia. Brak wykazania przesłanek materialnoprawnych uzasadnia oddalenie odwołania bez konieczności merytorycznego odnoszenia się do treści zarzutów. Wobec powyższego Izba oddaliła zarzuty oznaczone w odwołaniu numerami 6 – w zakresie w jakim zarzut ten dotyczył błędnej oceny wyjaśnień Przystępującego oraz zarzut nr 7 w całości. Stosowne uzasadnienie dotyczące przedmiotowej kwestii znalazło się w pierwszej części niniejszego uzasadnienia.

Odnosząc się do pozostałego zakresu, tj. zarzutów dotyczących czynności odrzucenia oferty Odwołującego, Izba pragnie stwierdzić, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba pragnie zwrócić uwagę na pewne naczelne zasady dotyczące składania wyjaśnień rażąco niskiej ceny oraz ich późniejszej oceny przez instytucję zamawiającą.

Przede wszystkim wyjaśnienia składane przez wykonawców ubiegających się o uzyskanie zamówienia w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 224 ust. 1 ustawy PZP powinny w sposób wyczerpujący i konkretny wykazywać możliwość wykonania zamówienia na warunkach określonych w SWZ za cenę wskazaną w ofercie. Wykonawca wezwany w trybie art. 224 ust. 1 ww. ustawy jest zobowiązany na tyle szczegółowo wyjaśnić względy, dla których był uprawniony zaoferować taką cenę, by Zamawiający nie miał już podstaw mieć w tej sprawie wątpliwości (tak: wyrok z dnia 27 stycznia 2022 r., KIO 113/22).

Po drugie, wyjaśnienia powinny być poparte dowodami. Dowody te powinny potwierdzać ponoszone przez wykonawcę koszty i okoliczności umożliwiające ich obniżenie o konkretną

wartość w stosunku do poziomu rynkowego/oszacowanego przez zamawiającego (tak: wyrok z dnia 4 lutego 2022 r., KIO 115/22).

Po trzecie, składane wyjaśnienia powinny być precyzyjne i rzeczowe. Mnożenie ogólników o wielkim doświadczeniu wykonawcy, jego znakomitej organizacji produkcji, optymalizacji kosztów, wdrożenia niezwykle nowoczesnych i energooszczędnych technologii, posiadaniu wykwalifikowanej acz taniej kadry, korzystnym położeniu jego bazy czy siedziby, etc. (...) przeważnie nic nie wnosi do sprawy i nie niesie informacji o żadnych możliwych do uchwycenia wartościach ekonomicznych. Informacja taka może być traktowana jedynie jako dopełnienie i tło dla bardziej konkretnych i wymiernych danych podawanych w ramach wyjaśnień, a nie ich podstawa czy zasadnicza treść. Informacje podawane w wyjaśnieniach powinny być więc na tyle konkretne, aby możliwe było ich przynajmniej przybliżone przełożenie na uchwytne I wymierne wartości ekonomiczne, a także możliwa ich weryfikacja oraz ocena wiarygodności (tak: wyrok z dnia 25 lutego 2015 r., KIO 178/15).

Istotną okolicznością jest również to, że wyjaśnienia mają odpowiadać treści wezwania sformułowanego przez Zamawiającego. Ze względu na doniosłe skutki, jakie wywołać może procedura wyjaśniania rażąco niskiej ceny (odrzucenie oferty, następstwem czego jest brak możliwości uzyskania zamówienia i zysku z jego realizacji) wykonawca nie może się domyślać podstaw skierowanego do niego wezwania. Przeciwnie - treść wezwania powinna wykonawcy pozwolić na dobór odpowiedniej argumentacji i dowodów, które łącznie pozwolą przekonać zamawiającego o braku podstaw do odrzucenia oferty z uwagi na rażąco niską cenę (tak: wyrok z dnia 17 marca 2021 r., KIO 520/21).

W związku z powyższym, wyjaśnienia wykonawcy w zakresie ceny winny być na tyle konkretne i szczegółowe, aby na ich podstawie zamawiający był w stanie dowiedzieć się, jakie okoliczności właściwe wzywanemu do wyjaśnień

wykonawcy, spowodowały obniżenie ceny jego oferty i w jaki sposób przekładają się one na poziom kosztów, czy jakich oszczędności wykonawca mógł dzięki nim dokonać (tak: wyrok z dnia 16 marca 2021 r., KIO 293/21). Przy czym nie można wyciągać negatywnych konsekwencji wobec wykonawcy, który zaniechał wyjaśnienia składników ceny w określony sposób, w sytuacji gdy treścią wezwania Zamawiającego nie był do tego zobowiązany. Innymi słowy, wyjaśnienia ceny wraz z dowodami muszą skłonić Zamawiającego do przekonania, że generowane oszczędności czy też szczególne warunki wpływające na obniżenie ceny, pozwalają na zrealizowanie zamówienia za cenę wskazaną w ofercie, przy czym wykonawca nie musi w szczegółach wyjaśniać każdej pozycji kosztowej, jeśli nie został do tego zobowiązany treścią wezwania.

Przechodząc od powyższych ogólnych uwag na grunt analizowanej sprawy, w pierwszej kolejności należy zwrócić uwagę na treść wezwania skierowanego przez Zamawiającego do Odwołującego. Zamawiający wymagał od Odwołującego tak naprawdę wyjaśnienia dwóch elementów, o których mowa w art. 224 ust. 3 pkt 4 i 6 ustawy PZP, tj.:

- zgodności z przepisami dotyczącymi 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 (Dz.U. z 2020 r. poz. 2207) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie oraz

- zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie.

Wskazać należy, że Zamawiający nie wymagał od Odwołującego wyjaśnienia poszczególnych pozycji kosztorysowych. Zobowiązanie takie nie płynie z treści wezwania. Powyższe w zasadzie przyznał Zamawiający przedstawiając stanowisko w trakcie rozprawy. Skoro jednak Odwołujący wyjaśnienia w tym zakresie sformułował, to Zamawiający wziął je pod uwagę, jednak jak wynika z treści uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego oraz stanowiska Zamawiającego przedstawianego w trakcie postępowania odwoławczego, nie treść wyjaśnień w zakresie poszczególnych pozycji kosztorysowych tkwiła u podstaw odrzucenia oferty Odwołującego. Powodem odrzucenia oferty Odwołującego była niedostateczna treść wyjaśnień w zakresie skalkulowania w ramach ceny oferty elementów, o których mowa w art. 224 ust. 3 pkt 4 i 6 ustawy PZP, do których odnosiła się również treść wezwania Zamawiającego.

Odnosząc się zatem do ww. elementów Izba zgodziła się z Zamawiającym, że wyjaśnienia Odwołującego złożone w reakcji na wezwanie były lakoniczne i ogólnikowe, nie zawierały szczegółowej kalkulacji przyjętych wartości, a nade wszystko nie zawierały żadnych dowodów uzasadniających przyjęte przez Wykonawcę wartości. Złożone wyjaśnienia oparte były również na błędnych ustaleniach, że kwota 3490 zł brutto stanowi całkowity koszt pracodawcy związany zatrudnieniem pracownika w oparciu o umowę o pracę.

Oprócz podania przez Odwołującego kwoty 3490 zł brutto i przeliczeniu na jej podstawie całkowitych kosztów pracodawcy w okresie wykonywanych prac w przeliczeniu na dwóch pracowników przyjętych na umowę o pracę w pełnym wymiarze, wyjaśnienia nie zawierają żadnej treści merytorycznej.

Na pierwszej stronie pisma stanowiącego wyjaśnienia, Odwołujący oświadcza, że cena jego oferty nie nosi znamion rażąco niskiej ceny i wskazuje na ogólniki traktujące na temat jego doświadczenia związanego z realizacją podobnych zamówień na rzecz Zamawiającego. Następnie wskazuje na stawkę 3490 zł brutto, którą przyjął przy określaniu ceny ofertowej dla skalkulowania kosztów pracowników zatrudnionych w oparciu o umowę o pracę.

W kolejnym akapicie Odwołujący oświadcza, że jego cena ofertowa uwzględnia wszystkie koszty wynikające z przepisów prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, przywołując treść stosownych przepisów i podsumowując to stwierdzeniem, że całkowity koszt pracodawcy, zatrudniającego pracownika na pełnym etacie, uwzględniający wszystkie składki to koszt w kwocie 3490 zł brutto, z czym oczywiście nie można się zgodzić.

Kwoty minimalnego wynagrodzenia za pracę określone w Rozporządzeniu Rady Ministrów w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej (Dz. U. z 2022 r. poz. 1952) są kwotami brutto, nie uwzględniają jednak wszystkich kosztów jakie ponosi pracodawca w związku z zatrudnianiem pracowników w oparciu o umowę o pracę. Nieuprawnionym jest zatem kalkulowanie kosztów związanych z zatrudnieniem pracowników tylko i wyłącznie w oparciu o tę stawkę bez doliczenia obowiązkowych składek, do których odprowadzania zobowiązany jest pracodawca. Odwołujący opierając się zatem tylko na ww. kwocie popełnił oczywisty błąd w swojej kalkulacji, którego Zamawiający nie mógł pominąć. Już tylko na tej podstawie Zamawiający miał prawo uznać, że złożone przez Odwołującego wyjaśnienia nie uzasadniają zaoferowanej przez niego ceny.

Poza tym wyjaśnienia Odwołującego w ww. zakresie nie zostały poparte absolutnie żadnymi dowodami. Wskazać należy, że dowody załączane do przedkładanych wyjaśnień mają na celu potwierdzenie, że koszty na jakie wskazuje wykonawca w wyjaśnieniach faktycznie ponoszone są przez niego na takim poziomie. Natomiast Odwołujący w zakresie dowodów dotyczących kosztów pracy przedstawił zrzut ekranu z kalkulatora wynagrodzeń, z wyliczeniem jakie elementy składają się na kwotę 3490 zł brutto. Dowód ten może potwierdzać jedynie to, jaką kwotę netto otrzyma pracownik zatrudniony za wynagrodzeniem 3490 zł brutto, nie zaś faktyczną wysokość kosztów jaką dany wykonawca będzie ponosić przy zatrudnieniu pracownika w oparciu o taką stawkę.

Pozostałe dowody załączone do wyjaśnień w ogóle nie odnoszą się do treści wezwania Zamawiającego i okoliczności, które miały być wyjaśnione przez Odwołującego. Zdaniem Izby dowody te nic nie wnoszą do sprawy i nie przedstawiają żadnej wartości merytorycznej, która byłaby przydatna dla wykazania zasadności ceny zaoferowanej przez Odwołującego.

Zdaniem Izby nie było w niniejszej sprawie podstaw do skierowania ponownego wezwania do złożenia wyjaśnień ceny. Jak przyjmuje się w orzecznictwie, skierowanie powtórnego wezwania do złożenia wyjaśnień możliwe jest tylko w szczególnie uzasadnionych przypadkach i może dotyczyć wykonawcy, który rzetelnie złożył pierwsze wyjaśnienia, np. gdy w świetle złożonych wcześniej wyjaśnień pojawiły się u zamawiającego nowe wątpliwości. Ponowienie wezwania nie może stanowić próby ratowania oferty, wówczas gdy wykonawca składa wyjaśnienia zbyt ogólne, niekonkretne, nierzeczowe, niepoparte faktami, wykonawca ma bowiem obowiązek dołożyć wszelkich starań, aby na pierwsze wezwanie zamawiającego rzetelnie wyjaśnić okoliczności, które uzasadniają wysokość ceny jego oferty. Zamawiający nie może wzywać jednak wykonawcy kilkakrotnie do uszczegółowienia i skonkretyzowania ogólnikowych twierdzeń podanych wcześniej, gdyż prowadziłoby to do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, polegającego na sugerowaniu wykonawcy, jakie wyjaśnienia powinien ostatecznie złożyć (tak też: Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 kwietnia 2022 r., sygn. akt KIO 859/22).

Wyjaśnienia Odwołującego nie spełniały ww. kryteriów, a zatem brak było podstaw do kierowania kolejnego wezwania.

Dodać również należy, że według normy art. 537 pkt 1 ustawy PZP ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego. Jednocześnie zgodnie z art. 224 ust. 5 ustawy PZP wynika, że obowiązek ten spoczywa na wykonawcy już na etapie składania wyjaśnień zamawiającemu. Oznacza to, że w toku postępowania odwoławczego Izba bada prawidłowość dokonanej przez zamawiającego oceny złożonych mu wyjaśnień i dowodów, a dodatkowe okoliczności i dowody zgłoszone na ich potwierdzenie przez odwołującego co do zasady nie mogą być brane pod uwagę. Z tego względu część uzasadnienia odwołania należy uznać za spóźnioną na obecnym etapie, gdyż wszystkie argumenty przemawiające za tym, że cena zaoferowana przez Odwołującego nie jest rażąco niska, powinny były znaleźć się w treści wyjaśnień składanych Zamawiającemu. W piśmie stanowiącym wyjaśnienia Odwołujący miał szansę na przekonanie Zamawiającego o zasadności jego kalkulacji, a obecnie, tj. na etapie postępowania odwoławczego, Izba bada jedynie prawidłowość oceny tychże wyjaśnień przez Zamawiającego.

Przechodząc w następnej kolejności do podnoszonych przez Odwołującego twierdzeń, jakoby Zamawiając swoimi czynnościami naruszał zasadę równego traktowania wykonawców, Izba pragnie stwierdzić, iż nie zgadza się z takim stanowiskiem Odwołującego.

W pierwszej kolejności odnosząc się do kwestii dwóch stawek minimalnego wynagrodzenia za pracę, które obowiązywać będą w 2023 roku, wskazać należy, że treść wyjaśnień Odwołującego i Przystępującego w tym zakresie znacząco się różni. Odwołujący przede wszystkim błędnie przyjął, że kwota 3490 zł brutto stanowi całość kosztów jakie poniesie pracodawca przy zatrudnianiu pracownika na podstawie umowy o pracę, o czym mowa była wcześniej. Zatem nie dość, że Odwołujący w tym zakresie poczynił błędne ustalenia, to próżno w jego wyjaśnieniach szukać jakiejkolwiek treści świadczącej o tym, że był on świadomy obowiązku uwzględnienia w kalkulacjach dwóch stawek minimalnego wynagrodzenia. Słusznie zwrócił uwagę Zamawiający, że Przystępujący załączył do wyjaśnień dokumenty, z których wynika, że ma świadomość występujących w 2023 roku dwóch stawek minimalnego wynagrodzenia za pracę. Dodatkowo Przystępujący oświadczył, odmiennie od Odwołującego, że wynagrodzenie za pracę pracownika przyjęte do kalkulacji ceny oferty jest większe w skali miesiąca niż 3490,00 zł brutto. Przystępujący w prawidłowy sposób określił również wysokość kosztów jakie ponoszone są przez pracodawcę przy zatrudnianiu pracownika w oparciu o ww. stawkę. Zdaniem Izby, łącznie uwzględnienie ww. elementów mogło przekonać Zamawiającego, że wyjaśnienia ceny oferty Przystępującego potwierdzają realność zaoferowanej przez niego ceny.

Wobec powyższego, zdaniem Izby Zamawiający nie naruszył swoimi czynnościami zasady równego traktowania wykonawców. Podkreślić bowiem należy, że treść wyjaśnień Odwołującego i Przystępującego znacząco od siebie odbiegała. Zamawiający miał zatem prawo odmiennie je ocenić i zdaniem Izby uczynił to w sposób prawidłowy.

Niezasadnym był również, zdaniem Izby, zarzut zaniechania ponownego badania i oceny ofert w postępowaniu z uwzględnieniem wyroku KIO o sygn. akt KIO 3381/22. Wskazać należy, że ww. wyrokiem Izba nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i odrzucenia oferty Odwołującego z powodu niedostatecznego uzasadnienia dokonania tej czynności. Izba podkreśliła również, że w wyniku wydania przez Izbę wyroku o takiej treści Zamawiający powinien dokładnie przeanalizować okoliczności sprawy oraz podjąć odpowiednie jego zdaniem działania. Izba nie przesądziła jednak o zasadności złożonych przez Odwołującego wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Z tego względu Zamawiający miał wolną rękę w zakresie dalszego procedowania, z zastrzeżeniem, że wynik jego oceny powinien zostać należycie umotywowany. Zamawiający dokonując ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej oraz odrzucając ofertę Odwołującego przedstawił stosowne uzasadnienie dla dokonania tej czynności, a zatem zastosował się do dyrektyw ww. wyroku.

Z powyższych względów orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 557 w zw. z art. 575 ustawy PZP oraz w oparciu o § 2 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).

Przewodniczący: ……