Sygn. akt: KIO 2885/24

Wyrok

Warszawa, dnia 10 września 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca:

Katarzyna Poprawa

Protokolantka:

Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 września 2024 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 sierpnia 2024 roku przez Odwołującego wykonawcę RELOBUS Transport Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Toruniu w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Gminę Szczutowo

przy udziale Uczestnika po stronie Zamawiającego P. O. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą P. O. Firma Usługowo-Handlowa Kondrajec Szlachecki 8, 06450 Glinojeck w postępowaniu o sygn. akt: KIO 2885/24

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz dokonanie ponownej oceny i badania ofert w tym odrzucenie oferty złożonej przez wykonawcę P. O. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą P. O. Firma Usługowo-Handlowa Kondrajec Szlachecki 8, 06-450 Glinojeck na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8) w związku z art. 224 ust. 6 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo Zamówień Publicznych (t.j. Dz. U. 2023 r., poz. 1605 ze zm.) jako oferty, zawierającej rażąco niską cenę,

2. kosztami postępowania odwoławczego obciąża Zamawiającego Gminę Szczutowo 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 wykonawcę RELOBUS Transport Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością

z siedzibą w Toruniu tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Zamawiającego Gminy Szczutowo na rzecz

Odwołującego wykonawcy RELOBUS Transport Polska Spółka z ograniczoną

odpowiedzialnością z siedzibą w Toruniu kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) poniesioną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie -Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca:

Sygn. akt: KIO 2885/24

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Szczutowo prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Dowóz dzieci z terenu gminy Szczutowo do szkół w Szczutowie i Gójsku w roku szkolnym 2024/2025". Sprawa nr: RI.271.11.2024 (dalej „Postępowanie" lub „Zamówienie”).” Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień

Publicznych nr 2024/BZP 00408322 z dnia 11 lipca 2024 r.

Postępowanie prowadzone jest w trybie podstawowym, zgodnie z ustawą z dnia 11 września 2019 r. Prawo Zamówień Publicznych (t.j. Dz. U. 2023 r., poz. 1605 ze zm.) zwanej dalej „Ustawą" lub „Pzp".

W dniu 12 sierpnia 2024 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zostało wniesione odwołanie przez wykonawcę RELOBUS Transport Polska Sp. z o. o. z siedzibą w Toruniu zwanego dalej „Odwołującym" od niezgodnych z przepisami Ustawy czynności Zamawiającego, podjętych oraz zaniechanych w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego tj:

dokonanie nieprawidłowej oceny i badania ofert, a w konsekwencji niezasadne dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez wykonawcę "O. F.U.H. P. O.„, 06-450 Glinojeck, Kondrajec Szlachecki (dalej zwany jako „wykonawca O.i") i zaniechanie odrzucenia jego oferty, pomimo, iż ww. wykonawca nie wykazał rentowności swojej oferty w toku procedury wyjaśniania ceny mimo, że był do tego zobowiązany co oznacza, że nie obalił domniemania, że cena jego oferty jest rażąco niska co powinno skutkować odrzuceniem jego oferty.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, naruszenie następujących przepisów:

naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 5 i 6 ustawy PZP oraz art. 2 ust. 5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2020 r. poz. 2207 oraz z 2023 r. poz. 1667) („ustawa o minimalnym wynagrodzeniu") w zw. z Rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 14 września 2023 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2024 r. (Dz. U. poz. 1893) („Rozporządzenie o płacy minimalnej") przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy O., mimo, że wykonawca ten w toku procedury wyjaśniania ceny o której mowa w art. 224 ust. 1 ustawy PZP nie wykazał rentowności swojej oferty i nie przedstawił dowodów na jej rentowność tym samym nie obalił domniemania, że cena jego

oferty jest rażąco niska co oznacza, że Zamawiający naruszył ww. przepisy nie odrzucając oferty wykonawcy O. jako rażąco niskiej mimo, że w tych okolicznościach był zobowiązany dokonać tej czynności.

Wobec powyższego Odwołujący wniósł o unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz dokonanie ponownej oceny i badania ofert w tym odrzucenia oferty wykonawcy O. jako zawierającej rażąco niską cenę.

Odwołujący wniósł również o przeprowadzenie dowodu z:

1) Wydruku z kalkulatora wynagrodzeń z 2024 r. oraz Wydruku z kalkulatora wynagrodzeń z 2025 r. ze strony internetowej (dostęp z dnia 11.08.2024) r. w zakresie kosztów pracodawcy z tytułu zatrudnienia pracownika na umowę o pracę w roku 2024 oraz 2025 r.;

2) Kalkulacji rentowności usługi przewozu wg. oferty O.F.U.H. dla Gminy Szczutowo 2024 r.;

3) Historia autobusów zgłoszonych w ofercie FHU O., wraz z wydrukami

z : IRISBUS SFR 150/01 CROSSWAY, IRISBUS

RECREO oraz VDL FHD 2;

4) Analizy wartości autobusów FHU O. oraz kosztów amortyzacji

Na fakt rażąco niskiej ceny wykonawcy O., braku rentowności oferty wykonawcy O., braku wykazania przez wykonawcę O.przestrzegania przepisów

w zakresie płacy minimalnej, prawa pracy i zaopatrzenia społecznego, zaniżenia przez wykonawcę O. kosztów amortyzacji autobusów.

Odwołujący wskazał, że ma interes we wniesieniu odwołania. Jest przedsiębiorcą prowadzącym działalność w zakresie objętym przedmiotem Zamówienia. Odwołujący jako wykonawca znajdujący się na 2 miejscu w rankingu oceny ofert ma interes we wniesieniu odwołania, gdyż zaniechania Zamawiającego skutkują niemożnością udzielenia Zamówienia Odwołującemu, co powoduje jego szkodę w postaci utraconych korzyści.

Odwołujący przedstawił następujący stan faktyczny:

Przedmiotem Zamówienia jest świadczenie w ramach regularnych przewozów osób, usług w zakresie dowozu dzieci uczęszczających do placówek oświatowych Gminy Szczutowo na trasie z domu do szkoły i z powrotem począwszy od dnia 02 września 2024 r. do dnia 27 czerwca 2025 r. Warto zwrócić uwagę, że w świetle § 5 ust. 1 Wzoru Umowy stanowiącego Załącznik nr 7 SWZ, wykonawca realizujący Zamówienie zobowiązany jest do

zatrudnienia na podstawie umowy o pracę w myśl art. 22 § 1 ustawy z 26 czerwca 1974r. -Kodeks pracy (Dz.U. 2023 poz. 1465 ze zm.) kierowców autobusów. Zobowiązanie to stosuje się również

do podwykonawców Wykonawcy, jeśli będą uczestniczyli w realizacji zamówienia. Do zrealizowania Zamówienia konieczne jest zatrudnienie co najmniej 3 kierowców na pełen etat.

W dniu 29 lipca 2024 r., Zamawiający wezwał Wykonawcę O.

do wyjaśnienia ceny. Zamawiający szczególną uwagę zwrócił na konieczność wykazana kosztów pracy zgodnych z przepisami prawa pracy w tym ustawy o minimalnym wynagrodzeniu oraz przepisów w zakresie zabezpieczenia społecznego. Wykonawca O. nie sprostał obowiązkowi wykazania i udowodnienia rentowności swojej oferty. Wykonawca O. przedstawił szereg informacji o charakterze ogólnym, uniwersalnym,

w żaden sposób nie wykazującym rentowności oferty. Złożone w toku postępowania wyjaśnienia nie obaliły domniemania rażąco niskiej ceny, a co za tym idzie Zamawiający zobowiązany był ofertę tego wykonawcy odrzucić. Co więcej kalkulacja stanowiąca część złożonych przez wykonawcę O.i wyjaśnień potwierdza, że skalkulował on swoją ofertę w sposób sprzeczny z przepisami o płacy minimalnej oraz, że koszty przewidziane na zatrudnienie kierowców nie zawierają wszystkich kosztów pracodawcy niezbędnych do poniesienia w związku z zatrudnieniem.

Wykonawca O. wskazał w kalkulacji, że koszty pracownicze wyniosą 157 500 zł brutto. Czyli na miesiąc na kierowcę przypada 5250 zł (157 500/10/3). Koszt ten nie pokrywa wszystkich wydatków pracodawcy związanych z zatrudnieniem pracownika.

W tym miejscu należy zwrócić uwagę, że Zamówienie będzie realizowane przez 10 miesięcy. Przewozy będą realizowane od września 2024 do czerwca 2025 roku zgodnie z SWZ. Minimalna pensja od 1 lipca to 4300 zł brutto, od stycznia to 4626 zł brutto.

Odwołujący podnosi, że wykonawca O. powinien kalkulować w cenę swojej oferty nie tylko koszty wynagrodzenia zasadniczego ale również koszty związane z zatrudnieniem ponoszone przez pracodawcę.

Koszty pracodawcy oprócz podstawowych składników ujętych w stawce minimalnej obejmują ponadto:

1) Ubezpieczenie emerytalne
2) Ubezpieczenie rentowe
3) Ubezpieczenie wypadkowe
4) Fundusz Pracy
5) Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych
6) Fundusz Emerytur Pomostowych
7) Absencję chorobową

<u>Tych kosztów nie ujął O.i.</u>

Koszty pracodawcy dla miesięcznego wynagrodzenia 4 300,00 PLN brutto

kwota brutto 4 300,00 PLN

ubezpieczenie emerytalne 419,68 PLN

ubezpieczenie rentowe 279,50 PLN

ubezpieczenie wypadkowe 71,81 PLN

Fundusz Pracy 105,35 PLN

FGśp 4,30 PLN koszty pracodawcy 5 180,64 PLN

Koszty pracodawcy dla miesięcznego wynagrodzenia 4 626,00 PLN

brutto kwota brutto 4 626,00 PLN

ubezpieczenie emerytalne 451,50 PLN

ubezpieczenie rentowe 300,69 PLN

ubezpieczenie wypadkowe 77,25 PLN

Fundusz Pracy 113,34 PLN

FGśp 4,63 PLN

koszty pracodawcy 5 573,41 PLN

Powyższe obliczenia zostały poczynione na podstawie kalkulatora wynagrodzeń: Sedlak & Sedlak(wydruk w załączeniu).

Wobec tego że w 2024 r. Zamówienie będzie realizowane przez 4 miesiące, a w 2025 r. przez 6 miesięcy minimalny koszt zatrudnienia kierowcy na umowę o pracę powinien się kształtować w sposób następujący:

54 164,02 zł koszt brutto zatrudnienia jednego pracownika przez 10 miesięcy.

(4 x 5180,64 + 6 x 5 573,41= 20 722,56 + 33 440,46).

Wobec tego, że Zamówienie będzie realizowane przez co najmniej 3 kierowców zatrudnionych na pełen etat koszty pracownicze to co najmniej: 162 489,06 zł (54 162,02 zł x 3)

a nie jak wskazał O. 157 500 złotych.

Kalkulacja wykonawcy O. jest niezgodna z przepisami prawa pracy i zabezpieczenia społecznego.

Ponad powyższe, Odwołujący podnosi, że koszty pracodawcy obejmują również:

1) premie regulaminowe;

2) dodatkowe składniki wynagrodzenia (dodatki za staż pracy, inne dodatki przysługujące zgodnie z postanowieniami regulaminu pracy);

3) inne świadczenia związane z pracą (wynagrodzenia za czas urlopu wypoczynkowego i za czas innej usprawiedliwionej nieobecności w pracy, zasiłki za czas niezdolności do pracy wskutek choroby, odprawy emerytalne, nagrody jubileuszowe);

4) obligatoryjne obciążenia płac;

5) odpisy na zakładowy fundusz świadczeń socjalnych.

6) koszty zastępstwa w przypadku nieobecności spowodowanej chorobą (wykonawca O. kalkuluje koszty wyłącznie 3 kierowców, czyli tylu ile jest koniecznych do bieżącej realizacji zamówienia)

Kalkulacja kosztów pracowniczych wykonawcy O. nie obejmuje ww. składników.

Jak wynika z jednolitego orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej, wykonawca powinien uwzględnić całość kosztów, jakie pracodawca ponosi w związku z zatrudnieniem pracowników. Tytułem przykładu należy wskazać na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11.stycznia 2023 r. o sygn.. akt KIO 3482/22 w świetle którego „Przede wszystkim wykonawca błędnie skalkulował koszty pracownicze, które stanowią w przedmiotowym zamówieniu najistotniejszy element kosztotwórczy, Przystępujący uwzględnił w kalkulacji jedynie kwotę minimalnego wynagrodzenia, pomijając całkowicie koszty zatrudnienia obciążające pracodawcę. Już tylko z tego powodu kalkulację należy uznać za nierzetelną. Nie ma przy tym znaczenia podniesiona przez Zamawiającego okoliczność, że minimalne wynagrodzenie

w wysokości 3600 zł obowiązywać będzie od 1 lipca 2023 r., a do 30 czerwca 2023 r. wynagrodzenie to będzie wynosiło 3.490 zł brutto. Jest to różnica, która w żadnej mierze nie czyni kalkulacji dotyczącej kosztów pracy wiarygodną, istotną część tych kosztów stanowią bowiem pochodne od wynagrodzeń, które nie zostały przez wykonawcę uwzględnione. Nie zasługuje również na uwzględnienie argumentacja Zamawiającego, że w jego ocenie założenia dotyczące etatów są zawyżone, a wykonawca jest w stanie zrealizować zamówienie przy mniejszej liczbie osobogodzin.

Z uwagi na to, że w złożonych wyjaśnieniach ceny oferty wykonawca O. nie odniósł się do kosztów związanych z zatrudnieniem pracowników, nie wyjaśnił na jakim poziomie owe koszty ponosi i nie wykazał prawdziwości przyjętych założeń kalkulacyjnych należy

uznać, że utracił w związku z tym możliwość ponownego wezwania do wyjaśnień. Zamawiający musiałby bowiem wzywać ponownie w tym samym zakresie. Kolejne wezwanie do wyjaśnień byłoby próbą ratowania oferty wykonawcy O.Krajowa Izba Odwoławcza wielokrotnie wypowiadała się na temat tego, że gdy na pierwsze wezwanie do wyjaśnień ceny wykonawca odpowiada lakonicznie i nie przedstawiając żadnych dowodów Zamawiający powinien odrzucić jego ofertę, a nie ponownie wzywać go do wyjaśnień. Jak wskazało KIO 107/24 w wyroku z dnia 2 lutego 2024 r . „Z samej treści drugiego wezwania do wyjaśnień jasno wynika, że Zamawiający miał świadomość tego, że pierwsze wyjaśnienia nie stanowiły faktycznej odpowiedzi na zadane Przystępującemu pytania. W konsekwencji Zamawiający nie powinien kierować do Przystępującego ponownego wezwania, tylko zastosować art. 224 ust. 6 p.z.p., zgodnie z którym 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.” W ocenie Odwołującego powyższe orzeczenie ma zastosowanie w niniejszej sprawie.

Ponadto, stwierdzić należy, że złożone wyjaśnienia są ogólnikowe, lakoniczne i w istocie nie wynikają z nich żadne okoliczności świadczące o wypływie na wysokość zaoferowanej ceny.

Odwołujący zwraca uwagę, na zaniżone koszty związane z utrzymaniem taboru i amortyzacja które wg. kalkulacji wykonawcy O. mają wynosić zaledwie 7500 zł brutto.

Wobec tego, że Zamówienie ma być realizowane przez 10 miesięcy przez 3 autobusy to miesięczny koszt założony przez ww. wykonawcę to jedynie 250 zł na autobus. To kwota nierealna, już chociażby biorąc pod uwagę koszty amortyzacji.

Wykonawca O. wskazuje, że kupuje pojazdy bez korzystania z usług pośredników, a dzięki temu ma niższe ceny.

Przyjmując najbardziej optymistyczny wariant dla wykonawcy O. ceny zakupu bezpośredniego dla pojazdu Irisbus Recreo nr rej WC189874 rok produkcji 2011 na poziomie odpowiednio 94 600,- zł oraz 98 470,00 zł dla pojazdu Irisbus Crossway nr rej WCI 89586 rok produkcji 2012, koszt amortyzacji (zakładając standardowy 5 letni okres amortyzacji) powinien wynieść odpowiednio 1576,67 zł i 1641,17 zł m- cznie. Pojazd VDL WPL 69843 rok prod. 2012 - zakupiony przez wykonawcę O. w maju 2021 (w Polsce), przyjmując okres amortyzacji jako standardowy 5 lat - także nie jest jeszcze amortyzowany. Koszt amortyzacji tego pojazdu przy założeniu ceny zakupu na poziomie 193 285 zł powinien wynieść 3 221,42 zł/miesięcznie.

Przyjęta przez wykonawcę O. kwota 7500 zł na koszty utrzymania i taboru zaledwie starcza na pokrycie kosztów obowiązkowych ubezpieczeń, przeglądów i podatków:

Ubezpieczenie OC i NNW (wymagane przez Zamawiającego)	4250 zł (i to przy założeniu bardzo niskiej składki OC)
Obowiązkowe przeglądy okresowe (co 6 m-cy)	995 zł
Podatek transportowy	650 zł
Opłaty środowiskowe	116,47 zł
Przeglądy , utrzymanie i naprawa kas fiskalnych	116, 88 zł
Legalizacja i naprawa tachografów	300,00 zł
RAZEM	6 428,35 zł

Czyli na amortyzacje i koszty związane ze stricte technicznym utrzymaniem taboru tj. opony, płyny i smary, części zamienne, mycie i sprzątanie pojazdów, koszt pracownika własnego lub usługi zewnętrznej, pozostaje kwota 107,17 zł na autobus miesięcznie.

Ta kwota nie wystarczy nawet na 3 h pracy mechanika zatrudnionego na umowę zlecenia według stawki minimalnej.

Odwołujący zwraca uwagę na dowód w postaci Kalkulacji rentowności usługi przewozu wg. oferty O. F.U.H. dla Gminy Szczutowo 2024 r.

Dokument ten w jasny sposób pokazuje, że cena ofertowa wykonawcy O. jest zaniżona. Wykonawca ten w sposób drastyczny zaniżył koszty związane z amortyzacją autobusów oraz ich utrzymaniem.

Dowód:

1) Kalkulacja rentowności usługi przewozu wg. oferty O. F.U.H. dla Gminy Szczutowo 2024 r.;

2) Historia autobusów zgłoszonych w ofercie FHU O.i, wraz z wydrukami z : IRISBUS SFR 150/01 CROSSWAY, [RISBUS RECREO oraz VDL FHD 2;

3) Analizy wartości autobusów FHU O.oraz kosztów amortyzacji.

Mając na uwadze powyższe w dwóch najistotniejszych elementach składowych ceny, tj. kosztów pracowniczych i kosztów związanych z utrzymaniem taboru wykonawca O.nie doszacował swojej oferty.

Należy również wskazać, że wykonawca O. nie złożył żadnych dowodów potwierdzających prawidłowość wyliczenia ceny, zaś art. 224 ust. 1 ustawy PZP stanowi o złożeniu dowodów w zakresie wyliczenia ceny, czego również żądał Zamawiający w wezwaniu do wyjaśnień. Tym samym, wyjaśnienia wykonawcy O. nie odpowiadają ani przepisom ustawy PZP dot. wyjaśnień rażąco niskiej ceny, ani wezwaniu Zamawiającego, gdyż w żaden sposób nie potwierdzają i nie urealniają przyjętych kosztów. Jak wielokrotnie podkreślała Krajowa Izba Odwoławcza, „zamawiający nie może zastępować wykonawcy w wykazywaniu, że cena jego ofertyjest realna. To wykonawca ma udowodnić realność tej ceny, a nie zamawiający ma poszukiwać, czy domniemywać informacji w tym zakresie. Rolą zamawiającego jest wyłącznie ocena przedstawionych przez wykonawcę wyjaśnień wraz z ewentualnymi dowodami [...]. Jeśli zatem wykonawca nie udzieli wyjaśnień lub udzieli wyjaśnień, w których nie udowodni, że cena jego oferty nie jest rażąco niska, zamawiający zobligowany jest do odrzucenia oferty. Tym samym od rzetelności wyjaśnień wykonawcy zależy jego dalszy udział w postępowaniu" (KIO 2747/22) oraz że „przepisy ustawy PZP wskazują jednoznacznie, że obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy, który złożył ofertę z ceną budzącą wątpliwości. W przepisie mowa jest o „wykazaniu", czyli udowodnieniu, że cena nie jest rażąco niska. Tym samym wyjaśnienia wykonawcy nie mogą stanowić jedynie formalnej odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, zawierającej ogólne informacje o działalności wykonawcy lub deklaracje co do realizacji zamówienia za zaoferowaną cenę, niepoparte stosownymi dowodami. Wyjaśnienia wykonawcy muszą 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, w jaki sposób okoliczności te spowodowały obniżenie ceny i jakich

oszczędności wykonawca mógł dzięki nim dokonać" (KIO 2200/22).

Wobec powyższej argumentacji Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania.

W dniu 14 sierpnia 2024 roku do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca Piotr O. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Piotr O. Firma Usługowo-Handlowa, zwany dalej Przystępującym, wnosząc o oddalenie odwołania.

Zamawiający pismem z dnia 20 sierpnia 2024 roku, wniósł o oddalenie odwołania.

Odwołujący w dniu 5 września 2024 roku złożył pismo procesowe, w którym podtrzymał zarzuty podniesione w odwołanie, oraz wniósł o przeprowadzenie następujących dowodów:

Porównanie ofert wykonawcy O. oraz parametrów mających wpływ na cenę oferty i warunków zamówienia w przetargach 2022/2023, 2023/2024 i 2024/2025 - na fakt zaoferowania rażąco niskiej ceny przez wykonawcę O.w postępowaniu będącym przedmiotem odwołania, braku wykazania przez wykonawcę O. przestrzegania przepisów w zakresie płacy minimalnej, prawa pracy i zaopatrzenia społecznego, niedoszacowania oferty w elementach związanych z używaniem taboru (m.in. amortyzacja, podatki, utrzymanie).

Przystępujący w dniu 5 września 2024 roku przedstawił pisemne stanowisko w sprawie, podtrzymując jednocześnie wniosek o oddalenie Odwołania w całości.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron oraz Uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń i stanowisk Stron złożonych pisemnie oraz ustnie do protokołu, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła co następuje:

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 roku, poz. 1605 ze zm.) skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 sierpnia 2024 roku wobec czynności Zamawiającego z dnia 7 sierpnia 2024 roku.

Izba ustaliła, że Odwołujący przekazał w ustawowym terminie kopię odwołania Zamawiającemu. Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 505 ust 1 ustawy – środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów niniejszej ustawy - to jest posiadania interesu w uzyskaniu

danego

zamówienia

oraz możliwości poniesienia szkody.

Izba za skuteczne uznała zgłoszone przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego i dopuściła wykonawcę P. O. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą P.O. Firma Usługowo Handlowa Kondrajec Szlachecki 8, 06- 450 Glinojeck do udziału w postępowaniu w charakterze Uczestnika postępowania odwoławczego.

Izba ustaliła i zważyła:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba wskazuje, że rozpoznając zarzuty podniesione w odwołaniu ocenia czynności podjęte przez Zamawiającego odpowiadając na pytanie, czy Zamawiający poprzez ich wykonanie lub zaniechanie czynności do których wykonania był zobowiązany na podstawie ustawy Pzp, naruszył przepisy prawa zamówień publicznych. W analizowanym stanie faktycznym w ocenie Izby, Zamawiający naruszył przepisy prawa zamówień publicznych

w zakresie podnoszonym w odwołaniu.

Przywołując regulacje prawne stanowiące podstawę zarzutów wniesionego odwołania należy wskazać, iż:

> zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp Zamawiający odrzuca ofertę jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

> zgodnie z art. 224 ust. 5 Pzp Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.

> zgodnie z art. 224 ust. 6 Pzp 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,

> zgodnie z art. 224 ust.1 Pzp jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych.

> Zgodnie z art. 2 ust. 5 ustawy z dnia 10 października 2002 roku o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2020 r. poz. 2207 oraz 2023 r. poz. 1666) jeżeli Rada Dialogu Społecznego nie uzgodni w terminie, o którym mowa w ust. 3, wysokości minimalnego wynagrodzenia w roku następnym oraz nie ustali wysokości minimalnej stawki godzinowej w roku następnym, Rada Ministrów ustala, w drodze

rozporządzenia, w terminie do dnia 15 września każdego roku, wysokość minimalnego wynagrodzenia w roku następnym, a także wysokość minimalnej stawki godzinowej

w roku następnym wraz z terminem zmiany tych wysokości. Wysokość minimalnego wynagrodzenia, a także wysokość minimalnej stawki godzinowej ustalone przez Radę Ministrów nie mogą być niższe od wysokości minimalnego wynagrodzenia oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej, o których mowa w ust. 2 pkt 1.

> Zgodnie z Rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 14 września 2023 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2024 r. (Dz. U. poz. 1893) („Rozporządzenie o płacy minimalnej”):

§ 1 Od dnia 1 stycznia 2024 r. ustala się minimalne wynagrodzenie za pracę

w wysokości 4242 zł.

§ 2 Od dnia 1 stycznia 2024 r. ustala się minimalną stawkę godzinową w wysokości 27,70 zł.

§ 3 Od dnia 1 lipca 2024 r. ustala się minimalne wynagrodzenie za pracę w wysokości 4300 zł.

§ 4 Od dnia 1 lipca 2024 r. ustala się minimalną stawkę godzinową w wysokości 28,10 zł.

Odnosząc się do zarzutu podniesionego w odwołaniu, dotyczącego naruszenia przywołanych powyższej przepisów prawa, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego, mimo że wykonawca ten w toku procedury wyjaśnienia ceny nie wykazał rentowności swojej oferty i nie przedstawił dowodów na jej rentowność, tym samym nie obalił domniemania, że cena jego oferty jest rażąco niska, w ocenie Izby zarzut należy uznać za zasadny.

Izba podkreśla, że w zakresie możliwości uznania ceny oferty lub jej elementów składowych za rażąco niskie wskazać należy za ugruntowaną linią orzeczniczą Krajowej Izby Odwoławczej i sądów, że za rażąco niską cenę należy uznać taką cenę, która jest niewiarygodna dla wykonania przedmiotu zamówienia i jest całkowicie oderwana od realiów rynkowych. Jednakże ocena tej okoliczności zawsze powinna być dokonana z uwzględnieniem przedmiotu zamówienia, jego specyfiki i towarzyszących mu realiów rynkowych, w oparciu o dostępne Zamawiającemu informacje, które uzyskał w wyniku przedstawienia przez wezwanego wykonawcę wyjaśnień.

Wraz z wezwaniem przez Zamawiającego wykonawcy, do złożenia wyjaśnień w zakresie złożonej przez niego ceny lub kosztu powstaje domniemanie, że zaoferowana cena lub koszt są rażąco niskie. Domniemanie to może zostać obalone przez wykonawcę w

wyniku złożenia odpowiednich wyjaśnień ceny (art. 224 ust. 5 ustawy Pzp). W ramach złożonych wyjaśnień, Wykonawca winien podać Zamawiającemu wszystkie informacje dotyczące kalkulacji zaoferowanej ceny, w tym informacje dotyczące sposobu kalkulacji, uwarunkowań w jakich dokonywał kalkulacji, szczególnych przesłanek warunkujących przyjęty sposób kalkulacji (jeśli takie zaistniały) oraz innych istotnych elementów mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny, jak np. korzystne upusty, sprzyjające w oparciu o konkretne informacje warunki finansowe, uzyskane specjalne oferty, a dowodzące możliwości zrealizowania zamówienia za zaoferowaną cenę, na poziomie znacznie niższym, niż pozostali wykonawcy ubiegający się o zamówienie. Wyjaśnienia wykonawcy stanowiące informacje w zakresie ceny powinny umożliwić Zamawiającemu podjęcie decyzji, co do przyjęcia bądź odrzucenia oferty.

Podkreślenia wymaga, że informacje dotyczące indywidualnych elementów kalkulacji danej ceny jak również okoliczności, które wpływają na daną kalkulację, Zamawiający uzyskuje od danego wykonawcy w wyniku wezwania do złożenia wyjaśnień w określonym, wskazanym przez Zamawiającego zakresie i terminie. Tym samym wykonawca składający wyjaśnienia Zamawiającemu, winien wskazać wszystkie okoliczności, które stanowiły podstawę dokonanej wyceny. Wyjaśnienia winny być jasne, konkretne, spójne i rzetelne. Winny być adekwatne do przedmiotu zamówienia, uwzględniać jego założenia oraz specyfikę właściwą np. dla danej branży. Ponadto winny wskazywać okoliczności i podstawę obniżenia przez wykonawcę ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia. Tym samym wykonawca składający wyjaśnienia Zamawiającemu, już w ramach swoich wyjaśnień winien wskazać

na te okoliczności, które stanowiły podstawę dokonanej wyceny, bowiem to na wykonawcy spoczywa obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, wynikający z art. 224 pkt 5 Pzp. W treści tego artykułu, ustawodawca wprowadził odwrócony ciężaru dowodu. Oznacza to, że w odniesieniu do oceny wystąpienia ceny rażąco niskiej (lub rażąco niskiego kosztu) to wykonawca musi wykazać (za pomocą wyjaśnień lub stosownych dokumentów), że taka cena nie wystąpiła. Jeżeli wykonawca nie wykaże, że złożona przez niego oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej, jego oferta będzie podlegała odrzuceniu.

Izba podziela stanowisko wypracowane w dotychczasowym orzecznictwie Izby i sądów powszechnych, wskazujące że Izba może ocenić i stwierdzić jedynie czy wyjaśnienia w przedmiocie elementów zaoferowanej ceny były wystarczające, a ich ocena dokonana przez Zamawiającego prawidłowa. Konsekwencją utrzymywanej wykładni przepisów jest słuszne stanowisko w sprawie, odnoszące się do konieczności odrzucenia oferty, w przypadku

gdy złożone wyjaśnienia cenowe były zbyt niekonkretne, lakoniczne i generalnie nie wykazywały możliwości zaoferowania przez danego wykonawcę ceny tak niskiej. Mając

na uwadze brzmienie art. 224 ust. 5 ustawy, zachowuje swoją aktualność wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 30 lipca 2014 r. (sygn. akt XXIII Ga 1293/14), w którym pokreślono znaczenie staranności wykonawcy w składaniu wyjaśnień, a także wskazano na konieczność uznania, że cena ofertowa jest ceną rażąco niską, w przypadku braku przedstawienia przez wykonawcę takich wyjaśnień, które wykażą że oferowana przezeń cena rażąco niską nie jest.

Podane tezy odnoszące się do wymaganej zawartości i "jakości" wyjaśnień składanych Zamawiającemu zostały sformułowane przez orzecznictwo jeszcze na gruncie uprzednio obowiązujących przepisów. Natomiast w obowiązującym na dzień wszczęcia przedmiotowego postępowania stanie prawnym ustawodawca właściwie przesądził o ich słuszności wprost wskazując w ww. przepisie ustawy, że to wykonawca powinien wykazać Zamawiającemu, że cena jego oferty lub cena istotnej części składowej oferty nie jest rażąco niska, i musi wykazać to na etapie postępowania o udzielenie zamówienia. Tym samym jak najbardziej aktualna i wymagająca podkreślenia jest wyrażana w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej i sądów powszechnych teza o wymaganej staranności wykonawcy w składaniu wyjaśnień ceny, a tym samym ryzyku jakie ponosi wykonawca w przypadku uznania, że wyjaśnienia są niewystarczające do wykazania realnego charakteru jego ceny.

Izba wskazuje, że nie istnieje jeden optymalny i właściwy kształt czy sposób dowodzenia okoliczności związanych z kalkulacją ceny dokonanej przez wykonawcę i sposobu prezentowania okoliczności umożliwiających mu jej zaoferowanie. Sposób wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny zależy od indywidualnych okoliczności sprawy, zwłaszcza w związku z rodzajem podawanych informacji, będzie można ocenić i przyjąć konieczny sposób i stopień uwiarygodnienia podawanych danych. Niewątpliwie można natomiast sformułować jeden generalny postulat, który przy ocenie wyjaśnień wykonawców powinien być bezwzględnie egzekwowany - wyjaśnienia powinny być konkretne, jasne, spójne i adekwatne do danego przedmiotu zamówienia. Stosowanie ogólników traktujących o doświadczeniu wykonawcy, jego znakomitej organizacji produkcji, optymalizacji kosztów, wdrożeniu niezwykle nowoczesnych i energooszczędnych technologii, posiadaniu wykwalifikowanej acz taniej kadry, korzystnych warunkach finansowych pozyskanych od dostawców, położeniu siedziby etc… przeważnie nic nie wnosi do sprawy i nie niesie informacji o żadnych możliwych do uchwycenia wartościach ekonomicznych. Jako taka, może być traktowana jedynie jako dopełnienie i tło dla bardziej konkretnych i wymiernych danych podawanych w ramach wyjaśnień, a nie jako ich podstawa czy zasadnicza treść.

Informacje podawane w wyjaśnieniach powinny być więc konkretne, tak aby możliwe było ich przynajmniej przybliżone przełożenie na uchwytne i wymierne wartości ekonomiczne, a także możliwa była ich weryfikacja oraz ocena wiarygodności.

Odnośnie kwestii dotyczącej składanych przez wykonawców wraz z wyjaśnieniami dowodów Izba wskazuje, że z samego braku dowodu nie można jeszcze wywodzić, że cena jest rażąco niska, a w takiej sytuacji przedmiotem oceny pozostają wówczas wyjaśnienia samego wykonawcy. Podkreślenia jednak wymaga fakt, że jeżeli wykonawca powołuje się na właściwe tylko jemu okoliczności powodujące możliwość znacznego obniżenia ceny oferty (np. upusty dedykowane tylko temu wykonawcy, szczególne oferty jakie uzyskał wykonawca odnośnie świadczonych usług czy realizowanych etc…) i możliwe jest wsparcie tej argumentacji dowodem, to wówczas taki dowód powinien być złożony Zamawiającemu, aby uczynić wyjaśnienia przekonującymi dla Zamawiającego, a jednocześnie pełnymi.

Zaznaczenia wymaga, że o tym czy, dany dowód jest możliwy do uzyskania decydować będzie charakter okoliczności powoływanych przez wykonawcę. Jeżeli są one obiektywnie możliwe do stwierdzenia w postaci zaświadczeń, oświadczeń, ofert, umów i innych informacji wytworzonych przez podmioty niezależne od wykonawcy to wówczas taki dokument będzie miał walor dowodowy, wykraczający poza samą treść wyjaśnień wykonawcy

(np. zaświadczenie o zwolnieniu podmiotowym, uzyskanych upustach od dostawców, i inne wpływające na cenę). Pamiętać należy, że to wykonawca został zobowiązany do wykazania, że oferowana przez niego cena nie jest rażąco niska, tym samym załączenie dowodów do składanych wyjaśnień odnośnie okoliczności, które nie są zależne od wykonawcy, a które udało mu się pozyskać (wynegocjować, ustalić, wypracować w kontaktach gospodarczych i innych formach etc…) na potrzeby wyceny danego zamówienia jest w zasadzie niezbędne i konieczne, aby owo wykazanie realności zaoferowanej ceny było rzeczywiste.

To wykonawca musi wykazać rzeczywistość i realność zaoferowanej ceny w postępowaniu.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt rozpoznawanej sprawy, w ocenie Izby wyjaśnienia ceny złożone przez Przystępującego nie potwierdziły, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska.

W kontekście odwróconego ciężaru dowodowego, to wyjaśnienia Przystępującego co do możliwości wykonania zamówienia za zaoferowaną cenę, winny być opracowane w sposób szczegółowy, rzetelny, przy uwzględnieniu należytej staranności w taki sposób, aby rozwiać wszelkie wątpliwości co do możliwości wykonania przez niego zamówienia, za cenę wskazaną w ofercie.

Przede wszystkim, Przystępujący winien przekazać informację, że oprócz przedmiotowego zamówienia będzie realizował jeszcze inne zamówienia, w ramach których rozliczane będą wynagrodzenia pracowników oraz pozostałe koszty. Okoliczność, że Zamawiający dopuścił taką możliwość, nie oznacza, że Przystępujący z niej skorzystał. Informacja ta, przekazana dopiero podczas rozprawy jest informacją spóźnioną, bowiem winna zostać wskazana Zamawiającemu w wyjaśnieniach ceny, w terminie do tego wyznaczonym.

Określenie np. procentowego udziału w przedmiotowym zamówieniu oraz innych zamówieniach, winno stanowić podstawowe założenie co do sposobu kalkulacji ceny. Bez takiej informacji ze strony Przystępującego, kalkulacja Odwołującego opierająca się o założenie, że wszystkie koszty Przystępującego - w tym dotyczące kosztów pracy oraz zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego (których wymagał Zamawiający) muszą być ujęte i wykazane w kalkulacji ceny oferty, była w pełni uprawniona i zasadna. Tym bardziej, że Zamawiający wymagał zatrudnienia kierowców na umowę o pracę w wymiarze czasu pracy na pełen etat (SWZ Rozdział III, pkt 25.1 s. 4). Przyjmując powyższe założenia Odwołujący wykazał, przedstawiając stosowną kalkulację, że wyliczenia ceny Przystępującego w zakresie kosztów pracy, w oparciu o wymagania Zamawiającego i minimalne wynagrodzenie za pracę, nie potwierdzają zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy

i zabezpieczenia społecznego. Odwołujący przedstawił kalkulację, z której wynika, że Przystępujący nie uwzględnił wszystkich wydatków pracodawcy związanych z zatrudnieniem pracowników oraz nie uwzględnił zmiany minimalnego wynagrodzenia od stycznia 2025 roku.

Izba nie odniosła się do argumentacji Odwołującego dotyczącej zaniżonych kosztów utrzymania taboru i amortyzacji, bowiem nie były one objęte treścią wezwania do wyjaśnienia ceny. W wyjaśnieniach ceny Przystępujący winien przede wszystkim odnieść się do wszystkich kwestii i okoliczności wskazanych przez Zamawiającego w wezwaniu.

Zamawiający zwrócił się do Przystępującego o wyjaśnienie i złożenie dowodów dotyczących kalkulacji uśrednionej ceny jednostkowej biletu miesięcznego dla ucznia, zaznaczając że wyjaśnienia mają być wyczerpujące, w celu kompletnej oceny złożonej oferty. Wyjaśnienia winny w szczególności odnosić się do kwestii objętych regulacją art. 224 ust. 3 pkt 4 i 6 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 właściwych przepisów oraz zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienia.

Przystępujący poza lakonicznymi i bardzo ogólnymi stwierdzeniami dotyczącymi jego doświadczenia, bliskości tras, wysokich cen paliw, niskich kosztów obsługi technicznej i organizacyjnej, niewysokich kosztów działalności przy rozsądnych marżach handlowych, dobrej jakości usług i dopłatach z urzędu Marszałkowskiego, nie przedstawił żadnego sposobu wyliczenia i kalkulacji wymaganej ceny biletu. Dodać należy, że obszerność tych wyjaśnień

sprowadza się do niecałej jednej strony.

Załączona tabela z rozbiciem ceny na 5 pozycji w żaden sposób nie obrazuje w jaki sposób Przystępujący kalkulował cenę, jakie założenia przyjął, ile osób zatrudnia na umowę o pracę i za jakie wynagrodzenie, oraz przede wszystkim w jaki sposób doszedł do ceny końcowej.

W wyjaśnieniach próżno również szukać odpowiedzi na wymagane kwestie dotyczące kosztów pracy oraz zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy czy zabezpieczenia społecznego.

W dwuzdaniowym oświadczeniu, że Przystępujący ma na względzie zgodność z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość nie jest niższa od obowiązującego minimalnego wynagrodzenia oraz, że przestrzega zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, zawarł on całość wyjaśnień w zakresie żądanym przez Zamawiającego.

Zamawiający zastrzegł ponadto, że złożone wyjaśnienia powinny być przedłożone w sposób wyczerpujący w celu kompleksowej oceny złożonej oferty i pozwolić na ocenę jej zgodności z SWZ. Zastrzegł także, że wyjaśnienia powinny być poparte dowodami.

Podkreślenia wymaga, że złożone wyjaśnienia nie tylko nie dają możliwości oceny czy oferta uwzględnia wszystkie wymagania zawarte w SWZ, ale wykonawca nawet nie złożył oświadczenia o takiej treści.

W odniesieniu do braku dowodów, to w zakresie w którym Przystępujący odniósł się do zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, prawa pracy i zabezpieczenia winien wykazać się dowodami w postaci np. kopii umów o pracę. Takich dowodów nie załączył do wyjaśnień ceny, co więcej nie przedłożył ich nawet podczas rozprawy.

Izba podkreśla, że załączone do wyjaśnień ceny referencje nie mogą być uznane jako dowód na potwierdzenie że cena biletów nie jest rażąco nisko. Pozostają one całkowicie bez związku z treścią wezwania skierowanego przez

Zamawiającego, nie dowodząc niczego, co

ma wpływ na kalkulację ceny w przedmiotowym zamówieniu. Nie odnoszą się do żadnej wartości ekonomicznej.

Koniecznym jest wskazanie, że Zamawiający dokonuje oceny wyjaśnień ceny, wyłącznie na podstawie tego co wykonawca zawarł w swoich wyjaśnieniach.

W tym kontekście, biorąc pod uwagę wyjątkowo oszczędną w słowach i liczbach treść wyjaśnień Przystępującego, zdziwienie Izby wzbudziło stanowisko Zamawiającego wyrażone w piśmie procesowym, zgodnie z którym Biorąc powyższe na wzgląd Odwołujący w swych kalkulacjach i założeniach, które legły u podstaw odwołania, czyni uproszczenia i nie uwzględnia wszystkich aspektów prowadzenia działalności gospodarczej, które mogą mieć wpływ na kalkulację ceny oferty. Gdyby bowiem Odwołujący wziął na wzgląd, że obecne regulacje prawne nie nakładają na wykonawcę zatrudniania osób wyłącznie w wieku przedemerytalnym, to zwróciłabym uwagę na możliwość zatrudnienia także kierowców w wieku emerytalnym. W takim przypadku na wniosek zatrudnionego emeryta, pracodawca może nie pobierać zaliczek na podatek dochodowy od wynagrodzenia. Tzw. „PIT-O dla seniora" obowiązuje do osiągnięcia przez niego limitu przychodów w wysokości 85 528 zł. Także w kwestii składek na Fundusz Pracy i Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych obowiązek ich opłacania uzależniony jest od wieku. Składki nie są bowiem opłacane dla pracujących emerytów, którzy ukończyli 60 lat. Tak więc przy szacowaniu udziału wynagrodzenia w całkowitej cenie oferty brutto kierowanie się wyłącznie ustawowym minimalnym wynagrodzeniem nie ma odzwierciedlenia w rzeczywistości i, jak wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w zacytowanym powyżej wyroku, proste arytmetyczne porównanie nie przesądza o konieczności odrzucenia jednej z ofert tym bardziej, jeśli porównanie to jest oparte na wadliwych założeniach. Zamawiający dostrzega zatem, że w zgodzie z powszechnie obowiązującymi przepisami prawa można zaoferować świadczenie odpowiadające wymogom SWZ i ustawy PZP, co zdaniem Zamawiającego uczynił wykonawca O. F.U.H. Powyższe okoliczności są faktami notoryjnymi i nie wymagają dowodu (zob.

np.).

Analiza powyższego stanowiska Zamawiającego, nie pozwala oprzeć się wrażeniu, że Zamawiający swoje wnioski opiera na całkowicie innych informacjach, niż te, które zostały przedłożone przez Przystępującego w procedurze wyjaśnienia ceny, bowiem wnioski Zamawiającego nie wynikają z treści wyjaśnień.

To zadaniem Przystępującego – a nie Odwołującego, było ujęcie w wyjaśnieniach ceny tych wszystkich aspektów prowadzenia działalności gospodarczej, które mogły mieć wpływ na kalkulację ceny oferty, na które powołuje się Zamawiający. Niezrozumiałą dla Izby jest

okoliczność, że braku takich informacji Zamawiający nie dostrzegł w wyjaśnieniach ceny złożonych przez Przystępującego, natomiast obecnie, kieruje zarzut uproszczenia i nieuwzględniania takich aspektów w podstawach odwołania.

Zamawiający zdaje się nie dostrzec, że obowiązek wynikający z art. 224 ust. 5 Pzp, polegający na wykazaniu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa na wykonawcy wyjaśniającym cenę, a nie na Odwołującym, kwestionującym prawidłowość czynności Zamawiającego.

Przechodząc dalej, argumentacja Zamawiającego dotycząca możliwości zatrudnienia kierowców w wieku emerytalnym, całkowicie rozmija się z treścią wyjaśnień ceny Przystępującego, nie znajdując w nich odzwierciedlenia.

Prowadzi jednak do wniosku, że to sam Zamawiający próbuje dokonać za Przystępującego takich interpretacji wyjaśnień jego ceny, aby wykazać, że cena ta może być realna.

Co więcej stanowisko Zamawiającego zaprezentowane podczas rozprawy potwierdziło, że to właśnie sam Zamawiający, oceniając wyjaśnienia ceny Przystępującego, brał pod uwagę rożne scenariusze zatrudnienia kierowców, w taki sposób, aby dostosować otrzymane wyjaśnienia ceny do różnych sposobów realizacji zamówienia, wykazując realność zaoferowanej ceny.

Takie działanie Zamawiającego nie może podlegać ochronie.

Ponadto, stanowi potwierdzenie, i przyznanie przez Zamawiającego, że wyjaśnienia ceny Przystępującego nie odpowiadały żądaniu skierowanym w wezwaniu do ich złożenia.

Po pierwsze, nie dawały możliwości potwierdzenia, że cena uwzględnia wszystkie wymagania zawarte w SWZ, tj. czy jest to cena realna za wykonanie przedmiotowego zamówienia.

Po drugie, nie zostały poparte żadnymi dowodami. Po trzecie – najistotniejsze, okoliczność że Zamawiający próbował sam przyporządkować rożne modele właściwe dla sposobu wykonania tego zamówienia potwierdza, że nie były one wyczerpujące i kompletne.

Powyższe dowodzi zasadności zarzutu podniesionego w odwołaniu.

Stanowisko Zamawiającego zaprezentowane w podsumowaniu pisma procesowego, prowadzi do wniosku, że zdaniem Zamawiającego, Odwołujący upatruje naruszenia przepisów w okoliczności, że cena zaoferowane przez Przystępującego odbiega od ceny zaoferowanej przez Odwołującego. W ocenie Izby stanowisko to jest niezasadne, bowiem Odwołujący zarzuca Zamawiającemu zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego, nie z uwagi na niższą

cenę, ale z uwagi na brak wykazania, że cena zaoferowana przez Przystępującego nie jest rażąco niska – czego Zamawiający najwyraźniej nie dostrzegł.

Ponadto dotychczasowa współpraca z Przystępującym nie stanowi dowodu, że cena oferty zaoferowana w tym postępowaniu o udzielenia zamówienia publicznego nie jest rażąco niska.

Wobec powyższego należało orzec jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp w zw. z § 5 pkt 1) oraz § 8 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodnicząca: …….