Sygn. akt: KIO 3508/24

WYROK

Warszawa, dnia 16 października 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Irmina Pawlik

Protokolantka: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 października 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 września 2024 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia M. K., M. W. oraz Wiesława Wójcika prowadzących działalność w formie spółki cywilnej Przedsiębiorstwo Wielobranżowo-Usługowe BEST-OPEBEL S.C. M. K. M. W. W. W. w Opolu w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gminę Namysłów

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – wykonawcy Komplex Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Namysłowie

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia M. K., M. W. oraz W. W. prowadzących działalność w formie spółki cywilnej Przedsiębiorstwo Wielobranżowo-Usługowe BEST-OPEBEL S.C. M. K. M. W. W. W. w Opolu 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.

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 3508/24

Uzasadnienie

Zamawiający Gmina Namysłów (dalej jako „Zamawiający") prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie podstawowym na roboty budowlane pn. „Budowa dróg na terenie Gminy Namysłów w ramach zadania „Budowa dróg w Gminie Namysłów" (numer referencyjny: ZP.271.98.2024.AD). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane

w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 12 lipca 2024 r. pod numerem 2024/BZP 00410358/01. Do ww. postępowania o udzielenie zamówienia zastosowanie znajdują przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm., dalej „ustawa Pzp"). Wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza progów unijnych, o których mowa w art. 3 ustawy Pzp.

W dniu 25 września 2024 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia M. K., M. W., W. W. prowadzący działalność w formie spółki cywilnej Przedsiębiorstwo Wielobranżowo-Usługowe BEST-OPEBEL S.C. M. K. M. W. W. W. w Opolu (dalej jako „Odwołujący") wnieśli odwołanie zarzucając naruszenie przez Zamawiającego:

1) art. 253 ust. 1 pkt 2) w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp przez zaniechanie przedstawienia Odwołującemu pełnego uzasadnienia faktycznego i prawnego odrzucenia oferty Odwołującego z powodu postawionego przez Zamawiającego zarzutu złożenia oferty z rażąco niską ceną,

2) art. 226 ust. 1 pkt. 8 w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp przez odrzucenie oferty Odwołującego, pomimo iż jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia a złożone przez Odwołującego wyjaśnienia były wystarczające do wykazania że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny;

ewentualnie:

3) art. 224 ust. 2 pkt. 1 ustawy Pzp przez zaniechanie powtórzenia uszczegółowionego i skonkretyzowanego wezwania do złożenia wyjaśnień jakich oczekuje Zamawiający,

4) art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z 224 ust. 6 w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Namysłowie (dalej jako „Przystępujący") pomimo tego, że wyjaśnienia złożone przez tego wykonawcę nie potwierdzają realności zaoferowanej ceny.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego, powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego, ewentualnie wezwania Odwołującego w sposób skonkretyzowany do złożenia dodatkowych wyjaśnień w zakresie oczekiwanym

przez Zamawiającego, odrzucenia oferty Przystępującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z 224 ust. 6 ustawy Pzp.

Zamawiający w dniu 8 października 2024 r. złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości.

W dniu 9 października 2024 r. pismo procesowe w sprawie złożył także wykonawca Komplex Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Namysłowie, wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, uwzględniając akta sprawy odwoławczej, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia zgłoszonego do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przez wykonawcę Komplex Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Namysłowie, tym samym ww. wykonawca stał się Uczestnikiem postępowania.

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w całości na podstawie art. 528 ustawy Pzp.

Izba uznała, że Odwołujący jako podmiot, który w drodze wniesionego środka ochrony prawnej dąży do unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz unieważnienia czynności odrzucenia jego oferty, wykazał, że posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba rozstrzygając sprawę uwzględniła dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego, w szczególności SWZ, oferty wykonawców, wezwania dotyczące wyliczenia ceny skierowane do wykonawców, złożone przez Odwołującego i Przystępującego wyjaśnienia w zakresie wyliczenia ceny, zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz o odrzuceniu oferty Odwołującego.

Izba ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia są roboty drogowe wraz z niezbędną infrastrukturą techniczną oraz uzyskaniem pozwoleń na użytkowanie na podstawie dokumentacji projektowych, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz docelowych organizacji ruchu dla następujących lokalizacji: 1) Namysłów – Osiedle Baczyńskiego, 2) Namysłów - ul. Cicha (boczna), 3) Łączany, 4) Brzozowiec.

W postępowaniu wpłynęło osiem ofert, w tym oferta Odwołującego z najniższą ceną (17 998 540 zł) oraz oferta Przystępującego (z ceną 18 400 000 zł).

Zamawiający pismem z 9 sierpnia 2024 r. wezwał Odwołującego na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp do udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, w zakresie wyliczenia ceny. Zamawiający zwrócił się o udzielenie wyjaśnień w celu ustalenia, czy zaoferowana cena nie jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia, wskazując: „Cena Państwa oferty, wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego. Ponadto cena oferty jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług ustalonej przed wszczęciem postępowania. Cena Państwa oferty wynosi 17.998.540,00 zł, natomiast wartość zamówienia powiększona o należny podatek od towarów i usług, ustalona przed wszczęciem postępowania wynosi: 26.155.168,78 zł. Jak wynika z powyższego, cena Państwa oferty jest niższa o co najmniej 30 % od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania. W związku z powyższym prosimy o wyjaśnienie, czy Państwa oferta uwzględnia wszystkie wymagania zawarte w SWZ, a zaoferowana cena obejmuje całkowity koszt wykonania przedmiotu zamówienia, w tym również wszelkie koszty towarzyszące jej wykonaniu. Zamawiający wzywa Wykonawcę do złożenia szczegółowych i popartych dowodami wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty w zakresie 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, z późn. zm.) 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, tj. w szczególności kalkulację kosztów realizacji zamówienia obejmującą koszty pracy oraz zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego w/w zakresie. Powyższe wyjaśnienia powinny być przedłożone w sposób wyczerpujący w celu kompleksowej oceny przez Zamawiającego złożonej przez Wykonawcę oferty. Oferta Wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny podlega odrzuceniu. Zgodnie z art. 226 ust. I pkt 8 Pzp Zamawiający odrzuca ofertę Wykonawcy, jeżeli zawiera rażąco niska cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.”

W odpowiedzi na to wezwanie Odwołujący poinformował, że „zaproponowane ceny są wynikiem dokładnych i skrupulatnych wyliczeń. Po otrzymaniu wezwania ponownie

przeanalizowaliśmy ofertę i zawarto w niej wszystkie koszty niezbędne do prawidłowej realizacji zadania. Jako firma działająca na rynku lokalnym od wielu lat posiadamy liczne upusty i rabaty na materiały takie jak: materiały betonowe - POLBRUK SA upusty 50 %; beton - Berger upusty 30 %, materiały kanalizacyjne - GES upusty 45%, kruszywa - Bazalt Gracze 25 % upustu, mieszanki mas bitumicznych - Śląskie Kruszywa Naturalne 25%, materiały elektryczne - El 12 - 45 % upustu. Posiadamy świetnie wyspecjalizowaną kadrę kierowniczą i znakomicie przeszkolonych pracowników, którym zapewniamy wynagrodzenie powyżej minimalnej krajowej. Na dzień dzisiejszy nasza firma zatrudnia 75 osób. Są to operatorzy maszyn budowlanych, kierownicy samochodów ciężarowych, robotnicy budowlani jak i pracownicy zieleni, spawacze, elektrycy. Wiele osób pracuje w naszej firmie od wielu lat. Nasi pracownicy wykonują takie zadania na co dzień przez co mamy opracowaną technologię, która pozwala nam wykonać prace w bardzo krótkim czasie. Wyposażenie techniczne jakie posiada nasza firma ogranicza nasze koszty, ponieważ różnorodne jednostki sprzętowe zapewniają nam samodzielność i powodują, że jesteśmy samowystarczalni i w pełni wykonamy roboty budowlane siłami własnymi. Ogranicza to koszty najmu sprzętu budowlanego, czy samochodów ciężarowych. Cały transport materiałów potrzebnych do realizacji zadania wykonalibyśmy we własnym zakresie. Siedziba naszej firmy znajduje się w Opolu na terenach przemysłowych przyległych do Elektrowni Opole. Na łącznej powierzchni 35tys m2 posiadamy na własność budynek biurowy, szatnie pracownicze z powierzchniami socjalnymi jak i zaplecze warsztatowe. Na terenie firmy mamy własną stację paliw, która jest zaopatrywana przez wieloletniego dostawcę po maksymalnych upustach. Nadmieniamy również, iż wartość naszej oferty jest zaledwie 0 401.460,00 zł. tańsza od następnej oferty złożonej przez konkurencję. Ponadto zaproponowana przez nas cena jest niższa o niecałe 17% od średniej arytmetycznej cen złożonych ofert. Ponadto w naszej ocenie większość ofert jest bardzo zbliżonych do siebie. Uważamy iż długoterminowość zadania jest bardzo korzystne i dlatego skłoniło Wykonawców do obniżenia cen. Ponadto na chwilę obecną mało jest postępowań przetargowych a to zadanie zapewni naszej firmie ciągłość prac a co za tym idzie ciągłość finansową i nie narazi naszej firmy na straty. Firma nasza przez ostatnie lata wykonywała kilka podobnych zadań i świetnie znamy swoje obowiązki i wymagania Zamawiającego. Doświadczenie jakie posiadamy w realizacji robót o podobnym zakresie sprawia, iż nieprawdopodobne staje się złe dowartościowanie zadania. Uważamy iż oferta nie ma znamion rażąco niskiej ceny i podtrzymujemy swoją ofertę jako ostateczną. Gwarantujemy należyte wykonanie zgodnie ze sztuką budowlaną i obowiązującymi przepisami."

Zamawiający pismem z 9 września 2024 r. wezwał Przystępującego na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp do udzielenie wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, w zakresie wyliczenia ceny. Zamawiający zwrócił się o udzielenie wyjaśnień w celu ustalenia, czy

zaoferowana cena nie jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia, wskazując: „Cena Państwa oferty, wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego. W związku z powyższym prosimy o wyjaśnienie, czy Państwa oferta uwzględnia wszystkie wymagania zawarte w SWZ, a zaoferowana cena obejmuje całkowity koszt wykonania przedmiotu zamówienia, w tym również wszelkie koszty towarzyszące jej wykonaniu. Zamawiający wzywa Wykonawcę do złożenia szczegółowych i popartych dowodami wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty w zakresie 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, z późn. zm.) 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, tj. w szczególności kalkulację kosztów realizacji zamówienia obejmującą koszty pracy oraz zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego w/w zakresie. Powyższe wyjaśnienia powinny być przedłożone w sposób wyczerpujący w celu kompleksowej oceny przez Zamawiającego złożonej przez Wykonawcę oferty. Oferta Wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny podlega odrzuceniu. Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 8 PZP Zamawiający odrzuca ofertę Wykonawcy, jeżeli zawiera rażąco niska cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia."

W odpowiedzi na to wezwanie Przystępujący złożył wyjaśnienia, w których wskazał:

„W pierwszej kolejności wskazujemy, że w ocenie Wykonawcy zaproponowana w ofercie cena nie jest rażąco niska, wręcz przeciwnie została skalkulowana na poziomie zapewniającym Wykonawcy należyty zysk. Rażąco niska cena to taka, która jest nierealistyczna, niewiarygodna w kontekście aktualnej sytuacji rynkowej. Wykonawca jest przedsiębiorcą działającym na rynku w branży budowlanej, już od wielu lat. Naszą przewodnią działalnością jest budowa dróg i kanalizacji, dlatego dokonując kalkulacji wartości zadania czynimy to w sposób rzeczywisty, umożliwiający jego wykonanie, z uwzględnieniem satysfakcjonującego nas zysku. Pragniemy zaznaczyć, że nasza oferta nie była ofertą najtańszą, a w stosunku do kwoty jaką zamawiający przeznaczył na realizację zadania jest ona niższa zaledwie o 12,5%. Wykonawca wskazuje, iż, dokonując obliczenia ceny z złożonej przez siebie oferty uwzględnił realne koszty wykonania zadania, bazując już na swoim doświadczeniu w wykonaniu podobnych zadań, w tym na terenie Gminy Namysłów. Jesteśmy firmą lokalną, która właśnie

na terenie Gminy Namysłów wykonywała wiele inwestycji. Dotychczas nie mieliśmy żadnych problemów z wykonaniem zleconych przez Gminę Namysłów kontraktów. Wszelkie prace przebiegały w sposób płynny. Znamy tutejsze uwarunkowania organizacyjne co do realizacji tego typu inwestycji.

Informujemy, że zaoferowana cena zawiera wszystkie składniki kosztowe niezbędne do prawidłowego wykonania

zamówienia, zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa, warunkami umowy oraz wymogami określonymi przez Zamawiającego w procedurze przetargowej. Podstawą dokonanej wyceny były również obowiązujące warunki realizacji przedmiotu zamówienia przy uwzględnieniu poziomu istniejących i przewidywanych cen rynkowych. Wykonywane już przez wykonawcę roboty o tożsamym charakterze przedmiotu zamówienia pozwalały przyjąć takie założenia wykonawcze, które nie generują wysokich kosztów z uwzględnieniem wymogów Zamawiającego. Metody wykonania robót budowlanych zwłaszcza budowy dróg wraz z pozostałymi elementami umowy zostały przez Wykonawcę ustalone na standardowym poziomie nie powodującym podniesienia innych kosztów wykonania robot niż są przewidziane dla tego typu inwestycji, a posiadana przez Spółkę doświadczona kadra pracowników zatrudnionych na umowę o pracę gwarantuje szybkie i sprawne wykonanie robót budowlanych zgodnie z warunkami umowy. Cena uwzględnia także uzyskanie zakładanego zysku. Cena oferty została sporządzona w sposób rzetelny, w oparciu o szczegółową analizę wszystkich aspektów technicznych, organizacyjnych i ekonomicznych realizacji zadania oraz uwzględnia doświadczenie zgromadzone przy realizacji innych, podobnych inwestycji. Kalkulacja finansowa zadania została sporządzona metodą kalkulacji własnej, zawierającej rzetelnie obliczone koszty robocizny, sprzętu, zakupu materiałów, wszystkich ryzyk itp., niezbędnych do wykonania robót. Jesteśmy firmą, która nie ma znacząco rozbudowanej części administracyjnej. Elementy zaoferowanej ceny, które w naszej ocenie miały bardziej znaczący wpływ na jej wysokość dotyczą w szczególności: cen materiałów oraz kosztów organizacji pracy. Pragniemy podkreślić, że obecnie rynek budowlany, zwłaszcza w zakresie budowy dróg jest w miarę przewidywalny.

Odnosząc się natomiast do elementów mających lub mogących mieć wpływ na koszt wykonania zadania wskazujemy, że do realizacji przedmiotowego zadania nie planujemy angażować podwykonawcy. Zadanie w całym zakresie wykonywane będzie przez naszą firmę z wykorzystaniem własnych zasobów kadrowych oraz sprzętowych. Nasza firma zatrudnia doświadczonych pracowników wykonujących prace związane z budowa i remontami dróg zatrudnionych na umowę o pracę w pełnym wymiarze czasu pracy. Pracownicy Ci mają zapewnione wynagrodzenie nie niższe niż minimalne wynagrodzenie za pracę ustalone na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2022 0 minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz.U. 2020 r. poz. 2207, z późn. zm.). Wynagrodzenia te są naliczane zgodnie z przepisami z zakresu prawa pracy i ubezpieczenia społecznego obowiązującego na dzień 7

ich naliczania. W załączeniu zestawienie kosztów pracy przyjętych do kalkulacji ceny.

Co zaś się tyczy sprzętu, który ma być użyty podczas wykonywanych prac, wskazujemy, że mamy w tej kwestii znaczną przewagę nad innymi oferentami, którzy swoje siedziby mają w istotnej odległości od Namysłowa - miejsca wykonania umowy. Miasto Namysłów jest siedzibą naszej spółki, gdzie mieści się cała baza przedsiębiorstwa . Zadanie ma być realizowane w Namysłowie, dlatego własny park maszynowy dostatecznie wyposażony jakim dysponujemy, nie wymaga od nas poniesienia kosztów na transport maszyn i ich przechowanie. Ten aspekt ma znaczenie dla realizacji przedmiotowego zadania w czasie jego realizacji, gdyż naszą przewagą w stosunku do pozostałych oferentów jest to, że my nie będziemy ponosić kosztów transportu ani przechowywania sprzętu. Nasza firma jest właścicielem maszyn i sprzętu budowlanego i jest to w przewarzającej części sprzęt prawie nowy, który zapewni nam komfortowe i sprawne wykonanie zadania. Wyliczając cenę oferty uwzględniliśmy realizację robót przy zastosowaniu nowoczesnego, sprawnego sprzętu umożliwiającego zwiększenie tempa robót, a co za tym idzie zmniejszenia kosztów ponoszonych na ich realizację. Nie mamy potrzeby posiłkowania się sprzętem wypożyczonym. Odnośnie kosztów wykonania robót w zakresie materiałowym, zostały one oszacowane w oparciu o oferty dla materiałów i usług, które otrzymaliśmy od naszych dostawców z którymi współpracujemy i z tego powodu wypracowaliśmy sobie znaczące rabaty czy upusty sięgające między 25 - 75 %.

Reasumując wskazujemy, że przyjęcie do oferty kosztów na skalkulowanym przez nas poziomie możliwe było między innymi dzięki: 1) kalkulacji zatrudnienia, poprzez zaangażowanie pracowników z doświadczeniem wiodących w branży budowlanej kwalifikacjach i motywacji do pracy, w liczbie jaka jest niezbędna dla prawidłowej realizacji kontraktu, 2) optymalizacji cen zakupów materiałów (możliwość wynegocjowania cen niższych nawet o od 25% do 75% od cen wyjściowych), 3) posiadanie pełnego wyposażenia w sprzęt i maszyny niezbędne do wykonania zadania.

Mając powyższe na uwadze, informujemy, że wykonanie umowy za cenę wskazaną w ofercie zapewnia osiągnięcie zakładanego przez nas zysku i jest opłacalne przy zachowaniu obowiązujących reguł rynkowych. Wskazana w ofercie cena na wykonanie zadania publicznego wynika z rzetelnego rozpoznania przedmiotu zamówienia, sposobu prowadzenia robót celem uzyskania jak największej wydajności w określonych ramach czasowych, doświadczenia, założonego ryzyka finansowego. W/w działania gwarantują wykonanie przedmiotu zadania i nie mają wpływu na dalsze prowadzenie działalności przez firmę oraz nie stanową zagrożenia dla naszej sytuacji finansowej i ekonomicznej. Zaoferowana cena jest ceną realną, umożliwiającą sprawną i terminową realizację zamówienia. Zgodnie z oświadczeniem złożonym w ofercie podana przez nas cena obejmuje wszystkie koszty niezbędne do zrealizowania zamówienia wynikające z zakresów i warunków określonych 8

w dokumentacji zamówienia.”

Do wyjaśnień załączono wykaz sprzętu, którym wykonawca będzie dysponować podczas wykonywania robót, oświadczenia dostawców materiałów użytych do wykonania zadania, o wysokości udzielanych rabatów, zestawienie kosztów pracy przyjętych do kalkulacji ceny zadania, umowy o pracę oraz aneksy.

Zamawiający 20 września 2024 r. zawiadomił wykonawców o wyborze oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej oraz o odrzuceniu ofert, w tym o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp. W uzasadnieniu faktycznym Zamawiający wskazał:

„Komisja przetargowa podczas badania oferty Przedsiębiorstwa Wielobranżowo Usługowe Best-Opebel S.C., M. K., M.

W., W. W. (…) stwierdziła, że w/w oferta wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego. Ponadto cena oferty jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług ustalonej przed wszczęciem postępowania. Cena oferty wynosi 17.998.540,00 zł, natomiast wartość zamówienia powiększona o należny podatek od towarów i usług, ustalona przed wszczęciem postępowania wynosi: 26.155.168,78 zł. Jak wynika z powyższego, cena oferty jest niższa o co najmniej 30 % od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług ustalonej przed wszczęciem postępowania. Zamawiający działając na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych, zwanej dalej uPzp, zwrócił się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, w zakresie wyliczenia ceny, w tym o wyjaśnienie, czy oferta uwzględnia wszystkie wymagania zawarte w SWZ, oraz czy zaoferowana cena obejmuje całkowity koszt wykonania przedmiotu zamówienia, w tym również wszelkie koszty towarzyszące jej wykonaniu.

Zamawiający wezwał do złożenia szczegółowych i popartych dowodami wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty w zakresie 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 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, którym realizowanie jest zamówienie tj. w szczególności kalkulację kosztów realizacji zamówienia obejmującą koszty pracy oraz zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego w/w zakresie, w terminie do dnia 14.08.2024 r. do godz. 15.30.

W dniu 13.08.2024 r. Wykonawca złożył pismo dotyczące wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, w którym jedynie wyjaśnia, że:

- ‘Jako firma działająca na rynku lokalnym od wielu lat posiadamy liczne upusty i rabaty Posiadamy świetnie wyspecjalizowaną kadrę kierowniczą i znakomicie przeszkolonych pracowników, którym zapewniamy wynagrodzenie powyżej minimalnej krajowej. Na dzień dzisiejszy nasza firma zatrudnia 75 osób. Są to operatorzy maszyn budowlanych, kierownicy samochodów ciężarowych, robotnicy budowlani jak i pracownicy zieleni, spawacze, elektrycy. Wiele osób pracuje w naszej firmie od wielu lat. Nasi pracownicy wykonują takie zadania na co dzień przez co mamy opracowaną technologię, która pozwala nam wykonać prace w bardzo krótkim czasie.’

- ‘Wyposażenie techniczne jakie posiada nasza firma ogranicza nasze koszty, ponieważ różnorodne jednostki sprzętowe zapewniają nam samodzielność i powodują, że jesteśmy samowystarczalni i w pełni wykonamy roboty budowlane siłami własnymi. Ogranicza to koszty najmu sprzętu budowlanego, czy samochodów ciężarowych. Cały transport materiałów potrzebnych do realizacji zadania wykonalibyśmy we własnym zakresie... Na terenie firmy mamy własną stację paliw, która jest zaopatrywana przez wieloletniego dostawcę po maksymalnych upustach. Nadmieniamy również, iż wartość naszej oferty jest zaledwie 0 401.460,00 zł tańsza od następnej oferty złożonej przez konkurencję. Ponadto zaproponowana przez nas cena jest niższa o niecałe 17% od średniej arytmetycznej cen złożonych ofert. Ponadto w naszej ocenie większość ofert jest bardzo zbliżonych do siebie. Uważamy iż długoterminowość zadania jest bardzo korzystna i dlatego skłoniło Wykonawców do obniżenia cen. Ponadto na chwilę obecną mało jest postępowań przetargowych, a to zadanie zapewni naszej firmie ciągłość prac a co za tym idzie ciągłość finansową i nie narazi naszej firmy na straty. Doświadczenie jakie posiadamy w realizacji robót o podobnym zakresie sprawia, iż nieprawdopodobne staje się złe dowartościowanie zadania. Uważamy iż oferta nie ma znamion rażąco niskiej ceny i podtrzymujemy swoją ofertę jako ostateczną. Gwarantujemy należyte wykonanie zgodnie ze sztuką budowlaną i obowiązującymi przepisami.’

W art. 224 ust. 5 uPzp ustawodawca wskazał 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. Wyjaśnienia nie mogą jedynie stanowić formalnej odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, zawierającej deklaracje co do realizacji zamówienia za zaoferowaną cenę, niepoparte żadnymi dowodami. Wyjaśnienia Wykonawcy muszą być na tyle konkretne, aby na ich podstawie można się dowiedzieć, jakie okoliczności spowodowały obniżenie ceny i jakich oszczędności wykonania mógł dzięki nim dokonać. Wykonawca powinien wykazać czy oferta uwzględnia wszystkie wymagania zawarte w SWZ, oraz czy 10

zaoferowana cena obejmuje całkowity koszt wykonania przedmiotu zamówienia, w tym również wszelkie koszty towarzyszące jej wykonaniu, w tym złożenia szczegółowych i popartych dowodami wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty w zakresie 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 realizowanie jest zamówienie tj. w szczególności kalkulację kosztów realizacji zamówienia obejmującą koszty pracy oraz zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego. Obowiązkiem Wykonawcy było zatem przedstawienie w/w składników, które zostały w wyjaśnieniach pominięte.

Ustawodawca wymaga, aby wskazane w wyjaśnieniach informacje, były poparte dowodami, którymi mogą być przykładowo obliczenia wskazujące na prawidłowość kalkulacji cenowej i zysk. W orzecznictwie podkreśla się, że wyjaśnienia Wykonawcy, udzielone w trybie art. 224 ust. 5 uPzp nie mogą mieć charakteru ogólnego, nie mogą ograniczać się do zapewnienia, że Wykonawca będzie w stanie zrealizować zamówienie za podaną w ofercie cenę. Wykonawca, wezwany do udzielenia wyjaśnień, jest zobowiązany szczegółowo wskazać konkretne, dające się zweryfikować czynniki umożliwiające mu skalkulowanie ceny lub kosztu na niskim poziomie. Ponadto Wykonawca winien przedstawić w jakim stopniu dany czynnik wpłynął na obniżenie ceny (KIO 170/20). Zgodnie z wyrokiem KIO 637/15

„przepisy uPzp wprost nakładają na Wykonawcę, który został wezwany do złożenia wyjaśnień, obowiązek wykazania, że złożona przez niego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. W tym miejscu należy podkreślić, że wykazać, oznacza, coś więcej, aniżeli jedynie wyjaśnić. Dla owego „wykazania" często nie wystarczą same deklaracje i twierdzenia. Wykonawca jest zobowiązany nie tylko wyjaśnić, ale także udowodnić, czy choćby uprawdopodobnić wysokość kosztów skalkulowanych w cenie oferty. Nie będą zatem spełniać przesłanki >,wykazania" gołosłowne, niczym nie poparte twierdzenia. Udzielenie przez Wykonawcę odpowiedzi, której nie można ocenić z uwzględnieniem uPzp, prowadzi do przyjęcia, że wyjaśnienia w rozumieniu ustawowym w ogóle nie zostały udzielone." Powyższy pogląd prawny został oparty o jednolitą linię orzecznictwa KIO (KIO 1894/19, KIO 1362/19, KIO 1295/19) wykluczającej możliwość uznania za dowiedziony przez Wykonawcę brak rażąco niskiej ceny w sytuacji przedłożenia przez niego ogólnych niewyczerpujących i lakonicznych wyjaśnień.

Zgodnie z wyrokiem KIO 66/16 złożone przez Wykonawcę wyjaśnienia w zakresie wyliczenia ceny oferty lub kosztu, lub ich istotnych części składowych, powinny być konkretne, wyczerpujące i rozwiewające wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania 11

przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami Zamawiającego, określonymi w specyfikacji warunków zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów. To na Wykonawcy bowiem ciąży obowiązek wykazania, jakie obiektywne czynniki pozwoliły mu na obniżenie ceny oferty oraz w jakim stopniu dzięki tym czynnikom cena oferty została obniżona. Natomiast zgodnie z wyrokiem KIO 2031/14 wyjaśnienia Wykonawcy powinny być wyczerpujące, mieć charakter skonkretyzowanych informacji odnoszących się do sytuacji Wykonawcy, do konkretnych elementów kalkulacyjnych, które miały wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. Zgodnie z ugruntowanym stanowiskiem orzecznictwa złożenie wyjaśnień, które nie rozpraszają wątpliwości Zamawiającego, co do rynkowego charakteru ceny oferty, zrównane jest w skutkach z niezłożeniem wyjaśnień i powoduje odrzucenie oferty.

Powyższe wyjaśnienia powinny być przedłożone w sposób wyczerpujący w celu kompleksowej oceny przez Zamawiającego złożonej przez Wykonawcę oferty. Oferta Wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny podlega odrzuceniu.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 8 uPzp Zamawiający odrzuca ofertę Wykonawcy, jeżeli zawiera rażąco niska cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia."

Izba zważyła, co następuje:

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

Przywołując na wstępie treść przepisów, których naruszenie objęto zakresem zaskarżenia, należy wskazać, że zgodnie z:

- art. 16 pkt 1 ustawy Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;

- art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp w przypadku gdy cena całkowita oferty złożonej w terminie jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia;

- art. 224 ust. 6 ustawy 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.

- art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia;

- art. 253 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający informuje równocześnie wykonawców, którzy złożyli oferty, o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone - podając uzasadnienie faktyczne i prawne.

Izba za bezzasadny uznała zarzut naruszenia art. 253 ust. 1 pkt 2) w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp przez zaniechanie przedstawienia pełnego uzasadnienia faktycznego i prawnego odrzucenia oferty Odwołującego (zarzut nr 1).

Izba stwierdziła, że Zamawiający przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne, które czyniło zadość wymogom wynikającym z art. 253 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp. Informacje przedstawione przez Zamawiającego w piśmie z 20 września 2024 r. były na tyle wyczerpujące, że pozwalały Odwołującemu na prawidłowe zidentyfikowanie okoliczności faktycznych stanowiących podstawę odrzucenia oferty Odwołującego oraz ich zakwestionowanie w odwołaniu. Odwołujący w oparciu o treść zawiadomienia o odrzuceniu jego oferty był w stanie ustalić, że Zamawiający uznał wyjaśnienia złożone przez wykonawcę za niedostatecznie szczegółowe, niepoparte dowodami, a przede wszystkim niezawierające kalkulacji kosztów realizacji zamówienia obejmującej koszty pracy, na której konieczność złożenia wskazano w wezwaniu oraz dowodów. W tym stanie rzeczy nie jest zgodne ze stanem faktycznym stwierdzenie Odwołującego, że Zamawiający nie wskazał w czym upatruje nieprawidłowości. Kompleksowa lektura uzasadnienia

odrzucenia oferty Odwołującego jednoznacznie wskazuje, że Zamawiający uznał wyjaśnienia złożone przez Odwołującego za niewykazujące, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Na możliwość prawidłowej identyfikacji podstawy odrzucenia oferty Odwołującego nie wpływa fakt, że Zamawiający jako podstawę prawną wskazał jedynie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, a nie art. 224 ust. 6 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp. Przepis art. 224 ust. 6 ustawy Pzp ma w tym przypadku jedynie charakter pomocniczy, dopełniający podstawę odrzucenia oferty z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp. Podkreślić bowiem należy, że to w art. 226 ust. 1 ustawy Pzp został zawarty enumeratywny katalog przesłanek odrzucenia oferty. W ocenie Izby przedstawione przez Zamawiającego uzasadnienie faktyczne i prawne jednoznacznie wskazywało, jakie okoliczności stanowiły podstawę do przyjęcia, że oferta Odwołującego podlega odrzuceniu, a Odwołujący był w stanie prawidłowo zidentyfikować przyczyny decyzji Zamawiającego. Powyższe potwierdza argumentacja przedstawiona w odwołaniu, w którym Odwołujący wdał się w merytoryczny spór co do poziomu szczegółowości wyjaśnień i ich adekwatności do treści wezwania wystosowanego do wykonawcy.

Nie zasługiwał na uwzględnienie także zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt. 8 w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp przez odrzucenie oferty Odwołującego, pomimo iż jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia a złożone przez

Odwołującego wyjaśnienia były wystarczające do wykazania że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny (zarzut nr 2).

Izba wskazuje, że zgodnie z art. 224 ust. 5 ustawy Pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy. W orzecznictwie i doktrynie jednolicie wskazuje się, że uruchomienie przez zamawiającego procedury wyjaśnień ceny oferty, bez względu na to czy podstawą wezwania jest art. 224 ust. 1 czy art. 224 ust. 2 ustawy Pzp, stwarza podejrzenie co do ceny rażąco niskiej i wywołuje doniosłe konsekwencje po stronie wykonawcy, na którego nałożono obowiązek wykazania, iż cena jego oferty nie jest rażąco zaniżona (por. art. 224 ust. 5 ustawy Pzp). Odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp podlega nie tylko oferta, której cena jest niewiarygodna, znacznie odbiegającą od cen rynkowych innych, takich samych lub podobnych rodzajów zamówień, wskazująca na możliwość wykonania zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi, dostawy lub roboty budowlanej lub oferta zawierająca cenę nierealną z punktu widzenia logiki, doświadczenia życiowego oraz racjonalnego gospodarowania, ale również oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu (arg. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp). Tym samym sytuacja prawna wykonawcy, który w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego do złożenia wyjaśnień, w tym dowodów, w przedmiocie rażąco niskiej ceny, w ogóle ich nie złożył oraz wykonawcy, który złożył wyjaśnienia ogólnikowe, niepoparte dowodami, nieprzedstawiające metody kalkulacji ceny, jest taka sama. W obu tych przypadkach oferta wykonawcy podlega odrzuceniu. Złożone przez wykonawcę wyjaśnienia w zakresie ceny oferty lub kosztu, lub ich istotnych części składowych, winny być konkretne, wyczerpujące i rozwiewające wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w specyfikacji lub wynikającymi z odrębnych przepisów. To na wykonawcy bowiem ciąży obowiązek wykazania, jakie obiektywne czynniki pozwoliły mu na obniżenie ceny oferty oraz w jakim stopniu dzięki tym czynnikom cena oferty została obniżona. Tym samym efektem złożonych wyjaśnień winno być stworzenie podstaw do uznania przez zamawiającego, że podejrzenie w zakresie rażąco niskiej ceny nie było uzasadnione. Wykonawca, chcąc wyeliminować ryzyko odrzucenia jego oferty, powinien udzielić zamawiającemu odpowiednich wyjaśnień zgodnie z wymogami określonymi w wezwaniu.

Izba stwierdziła, że dokonana przez Zamawiającego ocena wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez Odwołującego była prawidłowa, ponieważ złożonymi wyjaśnieniami Odwołujący nie wykazał, że zaoferowana przez niego cena oferty nie jest rażąco niska. Wyjaśnienia Odwołującego nie zasługiwały na pozytywną ocenę, były lakoniczne, nie zawierały jakiejkolwiek kalkulacji czy danych przedstawiających sposób zbudowania ceny

ofertowej, w szczególności zaś nie zawierały kalkulacji kosztów pracy, której przedstawienie było wymagane w świetle wezwania. Z treści wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez Odwołującego nie sposób wywieść, że zaoferowana przez niego cena za realizację zamówienia jest wystarczająca do pokrycia kosztów, osiągnięcia zysku oraz prawidłowego wykonania tego zamówienia zgodnie z wymaganiami wynikającymi z SWZ i obowiązujących przepisów. Izba stwierdziła, że złożone przez Odwołującego wyjaśnienia ceny oferty sprowadzały się tylko do części opisowej, która zawierała przykładowy katalog posiadanych upustów, ogólne zapewnienia o wyspecjalizowanej kadrze kierowniczej i pracownikach, o posiadanym wyposażeniu technicznym oraz o doświadczeniu Odwołującego. Wyjaśnienia nie niosły za sobą żądnej wartości dodanej, jeśli chodzi o sposób konstrukcji ceny ofertowej, w tym przyjęte koszty pracy. Ogólne opisy i zapewnienia zawarte w wyjaśnieniach, przy braku przedstawienia konkretnych informacji i wyliczeń, powodują, że wyjaśnienia są nieweryfikowalne. Poza zapewnieniami o profesjonalizmie wykonawcy na temat samej ceny oferty i założeń przyjętych przez Odwołującego trudno cokolwiek z tych wyjaśnień wywieść.

W ocenie Izby nie zasługuje ponadto na aprobatę stanowisko Odwołującego, że złożone przez niego wyjaśnienia były adekwatne do treści wezwania, jakie zostało do niego skierowane. Jakkolwiek rację ma Odwołujący, że składane przez wykonawcę wyjaśnienia ceny oferty należy oceniać przez pryzmat wezwania Zamawiającego, które determinuje poziom szczegółowości wyjaśnień, to jednak w okolicznościach przedmiotowej sprawy Zamawiający wyartykułował w treści wezwania swoje oczekiwania, którym Odwołujący nie sprostał. Odwołujący pomija okoliczność, że w treści wezwania wprost wskazano, że Zamawiający wymaga wyjaśnienia „czy oferta uwzględnia wszystkie wymagania zawarte w SWZ, a zaoferowana cena obejmuje całkowity koszt wykonania zamówienia, w tym również wszelkie koszty towarzyszące jej wykonaniu", wskazano także jednoznacznie, że Zamawiający wymaga „złożenia szczegółowych i popartych dowodami wyjaśnień w zakresie zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy (…) tj. w szczególności kalkulację kosztów realizacji zamówienia obejmującą koszty pracy oraz zgodność z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego." Do kwestii kosztów pracy przyjętych na potrzeby kalkulacji ceny ofertowej wyjaśnienia Odwołującego w ogóle się nie odnoszą. Odwołujący jedynie wskazał, że zatrudnia 75 osób i zapewnia pracownikom „wynagrodzenie powyżej minimalnej krajowej", nie przedstawił jednak żadnych danych, jakie koszty pracy (czy też jaką liczbę

roboczogodzin i jakie stawki za roboczogodzinę) uwzględnił w zaoferowanej cenie. Brak tych danych uniemożliwił Zamawiającemu dokonanie weryfikacji czy w cenie oferty uwzględniono koszty pracy w sposób prawidłowy. Ponadto wyjaśnienia przedstawione przez Odwołującego, mimo wyartykułowanego wprost w wezwaniu obowiązku złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny, nie zostały poparte żadnymi dowodami. Tymczasem w świetle art. 224 ust. 5 i 6 ustawy

Pzp wykonawca ma obowiązek złożyć wyjaśnienia korelujące z treścią wezwania, jakie do niego skierowano, tak aby zamawiający mógł ustalić, że określone elementy zamówienia, koszty czy inne czynniki, które Zamawiający uważa za istotne, a których obowiązek uwzględnienia znajduje oparcie w dokumentach zamówienia, zostały przez wykonawcę wzięte pod uwagę podczas kalkulacji ceny ofertowej. Jeśli Zamawiający wskazał konkretnie elementy składowe ceny, które należy wyjaśnić – w tym przypadku koszty pracy – to wyjaśnienia, które w ogóle nie odnoszą się do sposobu kalkulacji kosztów pracy nie mogą zostać uznane za uzasadniające podaną w ofercie cenę. Sposób prezentacji w wyjaśnieniach tych informacji pozostawał w gestii Odwołującego, mógł on dowolnymi środkami wykazać, w jaki sposób skalkulował koszty realizacji zamówienia w zakresie kosztów pracy. Niemniej w złożonych wyjaśnieniach próżno szukać jakichkolwiek informacji dotyczących tego aspektu.

Za bezzasadny w takiej sytuacji należy uznać również zarzut ewentualny naruszenia art. 224 ust. 2 pkt. 1 ustawy Pzp przez zaniechanie powtórzenia uszczegółowionego i skonkretyzowanego wezwania do złożenia wyjaśnień (zarzut nr 3).

W orzecznictwie jednolicie wskazuje się, że ponowne wezwanie do wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny jest możliwe, ale jest uwarunkowane dołożeniem przez wykonawcę należytej staranności przy składaniu wyjaśnień w odpowiedzi na pierwsze wezwanie. W przeciwnym razie skierowanie do wykonawcy ponownego wezwania w tym samym przedmiocie godziłoby w zasadę równego traktowania wykonawców. Ponowne wezwanie może mieć miejsce przykładowo w sytuacji, gdy wykonawca złoży rzetelne wyjaśnienia poparte dowodami, a przede wszystkim odpowiadające wezwaniu zamawiającego, niemniej po stronie zamawiającego zrodzą się jeszcze jakieś dodatkowe (niewyrażone w pierwszym wezwaniu) wątpliwości wymagające doszczegółowienia. Jak wskazano m.in. w wyroku Sadu Okręgowego w Warszawie - XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy z dnia 27 sierpnia 2021 r., sygn. akt XXIII Zs 63/21, powtórne wezwanie do złożenia wyjaśnień może mieć miejsce tylko w szczególnie uzasadnionych przypadkach i tylko wówczas, gdy wykonawca złożył rzetelnie pierwsze wyjaśnienia. Sąd zwrócił uwagę, że zamawiający nie może wzywać wykonawcy do uszczegółowiania czy doprecyzowania wyjaśnień uprzednio złożonych albowiem prowadziłoby to w istocie do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia. Stanowisko to jest ugruntowane także w orzecznictwie KIO (por. m.in. wyrok KIO z dnia 18 listopada 2021 r., sygn. akt KIO 3216/21). W rozpoznawanej obecnie przez Izbę sprawie Odwołujący nie uczynił zadość wezwaniu i nie przedstawił wymaganej przez Zamawiającego kalkulacji kosztów realizacji zamówienia obejmującej koszty pracy i odnoszącej się do zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego. Jak wskazano powyżej, wyjaśnienia Odwołującego nie prezentowały żadnych konkretnych danych dotyczących sposobu kalkulacji

ceny ofertowej i nie zostały poparte żadnymi dowodami. Okoliczność, że wezwanie, jakie Zamawiający skierował do Odwołującego nie było rozbudowane czy też nie zawierało listy konkretnych pytań, nie zwalniała Odwołującego z obowiązku wyjaśnienia sposobu kalkulacji ceny ofertowej, w szczególności przedstawienia kalkulacji kosztów pracy, na który to obowiązek wprost wskazano w wezwaniu.

Nie potwierdził się także zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z 224 ust. 6 w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego pomimo tego, że wyjaśnienia złożone przez tego wykonawcę nie potwierdzają realności zaoferowanej ceny (zarzut nr 4).

Argumentacja zawarta w odwołaniu opierała się na stwierdzeniu, że wyjaśnienia złożone przez Przystępującego odnosiły się tylko do jednego aspektu, tj. wyjaśnienia kosztów osobowych, z pominięciem wszelkich innych kosztów niezbędnych do wykonania zamówienia. Odwołujący przemilczał jednak okoliczność, że wezwanie jakie Zamawiający skierował do obu wykonawców kładło nacisk właśnie na konieczność wyjaśnienia kosztów pracy i przedstawienia kalkulacji kosztów realizacji zamówienia obejmującej koszty pracy. Przystępujący do wyjaśnień załączył zestawienie kosztów pracy przyjętych do kalkulacji ceny, zawierające poziomy wynagrodzeń pracowników i wyszczególnione koszty pracownicze ponoszone przez pracodawcę, które nie zostały w odwołaniu zakwestionowane. Do wyjaśnień załączono także umowy o pracę potwierdzające wysokość przyjętych stawek wynagrodzenia. Wyjaśnienia złożone przez Przystępującego, mimo że nie były bardzo rozbudowane, to czyniły zadość wezwaniu, jakie skierował do niego Zamawiający, szczegółowo wyjaśniały bowiem kwestie dotyczące przyjętych kosztów pracy i zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego. Do wyjaśnień Przystępujący załączył także inne dowody, w tym oferty handlowe potwierdzające opisany w treści wyjaśnień poziom rabatów na materiały budowlane, czy wykaz sprzętu budowlanego, którym wykonawca dysponuje. Odwołujący nie podważał merytorycznie wyjaśnień Przystępującego, a jedynie wyraził swoje oczekiwania co do konieczności zaprezentowania w wyjaśnieniach kalkulacji kosztów materiałów, sprzętu czy kosztów pośrednich, podczas gdy treść wezwania konkretnie odnosiła się jedynie do kalkulacji kosztów pracy.

W okolicznościach stanu faktycznego sprawy nie można także zgodzić się z prezentowaną na rozprawie argumentacją Odwołującego, że Zamawiający nierówno potraktował wykonawców, w sytuacji gdy zdaniem Odwołującego złożone przez nich wyjaśnienia były podobne. Jak wskazano m.in. w wyroku KIO z 7 lipca 2022 r., sygn. akt KIO 1582/22, zasada równego traktowania wykonawców wymaga, by porównywalne sytuacje nie były traktowane w sposób odmienny, a sytuacje odmienne nie były traktowane w sposób identyczny, chyba że takie traktowanie jest obiektywnie uzasadnione. Zasada równego

traktowania wykonawców oznacza więc jednakowe traktowanie wykonawców na każdym etapie postępowania, bez stosowania ulg i przywilejów, ale także środków dyskryminujących wykonawców ze względu na ich właściwości. Jej

przestrzeganie polega na stosowaniu jednej miary do wszystkich wykonawców znajdujących się w tej samej lub podobnej sytuacji. Niemniej sytuacja obu wykonawców (Odwołującego i Przystępującego) w postępowaniu o udzielenie zamówienia nie była podobna. Odwołujący składając wyjaśnienia nie przedstawił żadnych informacji dotyczących kalkulacji kosztów realizacji zamówienia obejmującej koszty pracy oraz dotyczących zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, jak i nie złożył żadnych dowodów, pomimo że obowiązek taki wynikał wprost z treści wezwania do wyjaśnień. Przystępujący zaś – odpowiadając na wezwanie o analogicznej treści – przedstawił zestawienie kosztów pracy przyjętych do kalkulacji wraz z dowodami w postaci umów o pracę i aneksów, złożył też inne dowody, w tym oferty handlowe na materiały budowlane. Nie sposób w takiej sytuacji uznać, że wyjaśnienia złożone przez wykonawców cechował podobny poziom szczegółowości.

Biorąc pod uwagę wszystko powyższe Izba stwierdziła, że odwołanie podlega oddaleniu w całości i na podstawie art. 553 ustawy Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp oraz § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 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). Z uwagi na oddalenie odwołania w całości Izba kosztami postępowania obciążyła Odwołującego.

Przewodnicząca: …….…….....