sygn. akt: **KIO 3833/24**

WYROK

Warszawa, 6 listopada 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Emil Kuriata

Protokolant:Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 16 października 2024 r. przez wykonawcę MEDIS24 sp. z o.o., ul. Wronia 45/U2; 00-870 Warszawa, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Centrum Usług Społecznych w Łapach, ul. Główna 50; 18-100 Łapy,
przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego - Serwis Temp sp. z o.o., ul. Iłżecka 20;
27-400 Ostrowiec Świętokrzyski,

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, odrzucenie na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp, oferty wykonawcy Serwis Temp sp. z o.o., ul. Iłżecka 20; 27-400 Ostrowiec Świętokrzyski, ponowne badanie i ocenę ofert.
2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego Centrum Usług Społecznych w Łapach, ul. Główna 50; 18-100 Łapy i:
   2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę MEDIS24 sp. z o.o., ul. Wronia 45/U2; 00-870 Warszawa, tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez wykonawcę MEDIS24 sp. z o.o., ul. Wronia 45/U2; 00-870 Warszawa, tytułem wynagrodzenia pełnomocnika,
   2.2. zasądza od zamawiającego Centrum Usług Społecznych w Łapach, ul. Główna 50; 18-100 Łapy na rzecz wykonawcy MEDIS24 sp. z o.o., ul. Wronia 45/U2; 00-870 Warszawałączną kwotę 11 100 zł 00 gr (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy) poniesioną przez wykonawcę MEDIS24 sp. z o.o., ul. Wronia 45/U2; 00-870 Warszawa, stanowiącą koszty postępowania odwoławczego.

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.

Przewodniczący:……

sygn. akt: **KIO 3833/24**

Uzasadnienie

Zamawiający – Centrum Usług Społecznych w Łapach - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, pn. *„Świadczenie usług asystenckich w ramach projektu pn.: „Program teleopieki domowej – program wsparcia polityki senioralnej oraz osób z niepełnosprawnościami”*.

16 października 2024 roku, wykonawca MEDIS24 sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie(dalej „*Odwołujący*”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej na czynności zamawiającego polegające na: zaniechaniu odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę Serwis Temp sp. z o.o.; a w konsekwencji błędnym wyborze najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę Serwis Temp sp. z o.o.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1.art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp, przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Serwis Temp sp. z o.o., pomimo że złożone przez wykonawcę wyjaśnienia nie uzasadniają ceny wskazanej w ofercie, a tym samym oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a w konsekwencji naruszenie

2.art. 239 ust. 1 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, przez dokonanie punktowej oceny oferty wykonawcy Serwis Temp sp. z o.o. i wybór oferty wykonawcy jako najkorzystniejszej, pomimo że oferta polega odrzuceniu.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1)unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez wykonawcę Serwis Temp sp. z o.o.;

2)odrzucenie oferty złożonej przez wykonawcę Serwis Temp sp. z o.o.,

Odwołujący wniósł również o obciążenie zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego oraz zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów wpisu w kwocie 7500 zł oraz kosztów zastępstwa prawnego na podstawie faktury przedłożonej na rozprawie.

Odwołujący wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z następujących dokumentów: Specyfikacja Warunków Zamówienia; oferta wykonawcy Serwis Temp sp. z o.o., wezwanie zamawiającego z 3 października 2024 r. w

zakresie wyliczenia ceny; wyjaśnienia
z 4 października 2024 r. złożone przez wykonawcę Serwis Temp sp. z o.o. w zakresie wyliczenia ceny; informacja z 11 października 2024 r. o wyborze oferty najkorzystniejszej; inne dokumenty powołane w treści uzasadnienia odwołania - na wykazanie okoliczności podniesionych w treści odwołania.

Odwołujący wskazał, że jest uprawniony do wniesienia odwołania, bowiem ma interes
w uzyskaniu zamówienia oraz poniósł szkodę polegającą na nieuzyskaniu zamówienia
w następstwie naruszenia przepisów ustawy Pzp przez zamawiającego. Błędny proces badania oferty złożonej przez wykonawcę Serwis Temp sp. z o.o. w zakresie zaoferowanej ceny, skutkował błędnym sklasyfikowaniem wskazanej oferty na pierwszym miejscu
w rankingu ofert. Prawidłowy proces weryfikacji wskazanej oferty i złożonych przez wykonawcę wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny jako nieuzasadniających zaoferowanej ceny, winien skutkować odrzuceniem tej oferty. Oferta odwołującego została sklasyfikowana na drugim miejscu w rankingu ofert, tym samym odrzucenie oferty wykonawcy Serwis Temp sp. z o.o. z powodu rażąco niskiej ceny pozwoliłoby na wybór oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący uzasadniając zarzuty odwołania wskazał, co następuje.

W szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia (OPZ) stanowiącym załącznik nr 1 do SWZ wskazano, że wsparcie udzielane w projekcie kierowane jest do 10 uczestników - osób
z niepełnosprawnościami w stopniu umiarkowanym lub znacznym, zamieszkujących na terenie miasta i gminy Łapy potrzebujących wsparcia w codziennym funkcjonowaniu. Zakres przedmiotu zamówienia określono na 9600 godzin usług, przy czym na jedną osobę przypada 60 godzin w miesiącu. Jednocześnie zamawiający określił wszelkie wymagania jakościowe jakim winny odpowiadać świadczone usługi, zaś w projektowanych postanowieniach umowy, określił wszelkie obowiązki wykonawcy związane z realizacją zamówienia. Zamawiający
w rozdziale XV pkt 2 SWZ wskazał, że Cena ofertowa brutto musi uwzględniać wszystkie koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia oraz projektowanymi postanowieniami umowy określonymi w niniejszej SWZ. Jednocześnie w pkt 13 szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia wg załącznika nr 1 do SWZ wskazano:

13. Wynagrodzenie wykonawcy za 1 godzinę usługi musi obejmować:
- wynagrodzenie kadry,
- zatrudnienie 10 asystentów dla 10 osób objętych wsparciem,
- ubezpieczenie OC/sumę gwarancyjną nie mniejszą niż 20.000 zł/os. i NNW,
- środki ochrony indywidualnej (rękawice, fartuchy, płyny do dezynfekcji, maseczki ochronne, inne),
- koszty dojazdu do uczestnika

Ponadto zamawiający w SWZ i projektowanych postanowieniach umowy wskazał, że na potrzeby realizacji zamówienia, oprócz 10 asystentów, wymaga dysponowania przez wykonawcę kadrą w postaci min. 1 koordynatora zatrudnionego na podstawie umowy o pracę.

Znamiennym jest, że oferowana cena oraz jej części składowe, w tym stawki jednostkowe za godzinę świadczenia usług, musi zapewnić realizację usług zgodnie z wymogami zamawiającego, uwzględniać wszelkie koszty oraz pozwalać Wykonawcy na osiągnięcie rentowności z realizacji usług. Zgodnie z treścią art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP: Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (…) 8) zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Przez cenę rażąco niską należy rozumieć ofertę z ceną odbiegającą od cen rynkowych. Taka cena może wskazywać na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów ponoszonych przez wykonawcę. Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 2 lutego 2018 r. sygn. akt KIO 115/18 wskazała: Pod pojęciem rażąco niskiej ceny rozumie się cenę nierealistyczną, nieadekwatną do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, zakładającą wykonanie zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów i w takim sensie nie będącą ceną rynkową, tzn. generalnie nie występującą na rynku, na którym ceny wyznaczane są m.in. poprzez ogólną sytuację gospodarczą panującą w danej branży i jej otoczeniu biznesowym, postęp technologiczno-organizacyjny oraz obecność i funkcjonowanie uczciwej konkurencji podmiotów racjonalnie na nim działających etc. Cena rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia to cena odbiegająca od jego rzeczywistej wartości, a rzeczona różnica nie jest uzasadniona obiektywnymi względami pozwalającymi danemu wykonawcy bez strat
i finansowania wykonania zamówienia z innych źródeł niż wynagrodzenie umowne, zamówienie to wykonać. Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 17 sierpnia 2012 r. sygn. akt KIO 1649/12 wskazała, że: Cena rażąco niska to cena niewiarygodna, oderwana od realiów rynkowych. Przykładem może być oferowanie towarów poniżej kosztów zakupu lub wytworzenia. Podobnie wypowiedziała się Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 4 września 2017 r. w połączonych sprawach o sygn. akt KIO 1573/17 i KIO 1584/17, w którym doszła do konkluzji: Oznacza to cenę znacząco odbiegającą od cen przyjętych, wskazującą na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi, dostawy, roboty budowlanej.

Wykonawca Serwis Temp sp. z o.o. złożył ofertę wg wzoru formularza ofertowego stanowiącego załącznik do SWZ. Wykonawca w pkt 1 formularza ofertowego wskazał,
że oferuje:

- cenę całkowitą brutto wynoszącą 446 400 zł;
- stawkę jednostkową wynoszącą 46,50 zł brutto za godzinę świadczenia usług asystenckich, których łączny wymiar wynosi 9600 godzin.

Jak zauważyła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 9 lutego 2023 r. sygn. KIO 230/23: Zgodnie z art. 224 ust. 1 p.z.p. ceny jednostkowe mogą być kwestionowane jako rażąco niskie, jeśli są istotnymi częściami składowymi ceny całkowitej. To, czy dana cena jednostkowa jest istotną częścią składową ceny całkowitej, wymaga indywidualnej oceny w okolicznościach konkretnego stanu faktycznego, przy czym należy mieć na uwadze, iż istotność należy oceniać w szerszym kontekście, nie tylko w odniesieniu do samej wartości, ale także z uwzględnieniem znaczenia danego elementu dla realizacji zamówienia.

Zamawiający mając na względzie zaoferowaną przez wykonawcę cenę powziął wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi
w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów oraz działając na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy PZP, pismem z 3 października 2024 r. wezwał wykonawcę do wyjaśnienia zaoferowanej ceny. Zamawiający wezwał wykonawcę do złożenia wyjaśnień m.in. w następującym zakresie:

- wynagrodzenie kadry (w tym koordynator zatrudniony na podstawie umowy o pracę),
- zatrudnienie 10 asystentów dla 10 osób objętych wsparciem,
- ubezpieczenie OC/sumę gwarancyjną nie mniejszą niż 20.000 zł/os. i NNW,
- środki ochrony indywidualnej (rękawice, fartuchy, płyny do dezynfekcji, maseczki ochronne, inne),
- koszty dojazdu do uczestnika.

Wykonawca Serwis Temp sp. z o.o. w odpowiedzi na wezwanie przedłożył pismo
z wyjaśnieniami z 4 października 2024 r. Odnosząc się do powołanego pisma wykonawcy należy zauważyć co następuje:

1) Pismo jest ogólnikowe, lakoniczne (jednostronicowe) i nie koresponduje z treścią wezwania.

Przedmiotowe pismo składa się z dwóch elementów, tj. wyjaśnień oraz kalkulacji.

Odnośnie wyjaśnień należy podkreślić, że pozostają one całkowicie oderwane od przedmiotu zamówienia i bez związku z nim, bowiem wykonawca wskazał, że: *Nasze koszty zostały założone racjonalnie, z poszanowaniem środowiska naturalnego i jego zasobów,*
z uwzględnieniem wszystkich niezbędnych zmiennych, które mają posłużyć jak najlepszej realizacji umowy oraz wynikających z niej obowiązków Wykonawcy.

Zauważyć należy, że przytoczona treść stanowi całość objaśnień i komentarza wykonawcy w przedmiocie ceny jakie zostały zwarte w piśmie z 4 października 2024 r. Istotnym jest,
że zamawiający w wezwaniu wskazał, że wyjaśnienia winny dotyczyć w szczególności:

−zarządzania procesem świadczonych usług;
−wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków usług;
−oryginalności usług oferowanych przez wykonawcę;
−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;
−zgodności z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej;
−zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;
−zgodności z przepisami z zakresu ochrony środowiska;
−wypełniania obowiązków związanych z powierzeniem wykonania części zamówienia podwykonawcy.

Wykonawca nie odniósł się żadnego z tych aspektów wezwania.

2) Kalkulacja nie uwzględnia kosztu zatrudnienia koordynatora.

Zgodnie z warunkami zamówienia, szczegółowym opisem przedmiotu zamówienia oraz projektowanymi postanowieniami umowy - wykonawca zobowiązany jest do zapewnienia koordynatora usług. Zgodnie z wymogami zamawiającego koordynator będzie odpowiedzialny za wykonywanie czynności administracyjnych i organizacyjnych związanych
z przygotowaniem i przeprowadzeniem usługi, w tym m.in. pozostawanie w stałym kontakcie z zamawiającym w

związku z realizacją umowy, wystawianie faktur, monitoring usługi, prowadzenie wszelkiej niezbędnej dokumentacji związanej z realizacją umowy. Jednocześnie w dokumentach zamówienia określono wymóg zatrudnienia koordynatora na podstawie umowy o pracę przez cały okres realizacji zamówienia.

Istotnym jest, że koszt zatrudnienia koordynatora w ogóle nie został uwzględniony przez wykonawcę w kalkulacji kosztów realizacji niniejszego zamówienia. Wykonawca
w sporządzonej kalkulacji uwzględnił jedynie koszt zatrudnienia asystentów. Znamiennym jest, że koszt zatrudnienia koordynatora stanowi istotny składnik cenotwórczy, znacząco wpływający na koszt realizacji przedmiotu zamówienia. Zamówienie będzie realizowane do dnia 31 stycznia 2025 r., toteż ofertowana stawka winna uwzględniać uwarunkowania prawne związane z kosztami prowadzenia działalności gospodarczej i zatrudniania pracowników, które będą obowiązywać w okresie świadczenia usługi. Mając na względzie termin składania ofert, który upłynął 25 września 2024 r. składana oferta winna uwzględniać, że od 1 stycznia 2025 r. nastąpi zmiana wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz zmiana wysokości minimalnej stawki godzinowej stosownie do zapisów rozporządzenia Rady Ministrów
z 12 września 2024 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2025 r. (Dz. U. z 2024 r., poz. 1362). Zmiany przedmiotowych wartości w zakresie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz umowy zlecenia bezpośrednio przekładają się na koszty wykonania zamówienia na podstawie umowy przez wykonawcę, mianowicie spowodują rzeczywisty wzrost ponoszonych przez wykonawcę wydatków na wynagrodzenia personelu (pracowników) oraz składki na ubezpieczenia społeczne i zdrowotne. Należy zauważyć, że przy założeniu zatrudnienia koordynatora na umowę o pracę na pełen etat to całkowity koszt pracodawcy w 2025 r. wynosi 5.621,60 zł miesięcznie, czyli 67 459,20 zł rocznie – koszt ten jako konieczny do należytej realizacji zamówienia nie został uwzględniony przez wykonawcę.

Powyższe prowadzi to do konkluzji, że zaoferowana cena jest rażąco niska, bowiem nie pozwala na pokrycie wszystkich kosztów realizacji danego zamówienia. Jak zauważyła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 10 stycznia 2013 r. sygn. akt KIO 2856/12 „*Rażąco niska cena oferty to taka cena, która nie gwarantuje wykonawcy pokrycia kosztów wykonania danego zamówienia z wynagrodzenia otrzymanego od zamawiającego*".

Ponadto należy zauważyć, że kalkulacja oprócz kosztu osobowego związanego
z zatrudnieniem koordynatora winna uwzględniać pokrycie kosztów jego działań. Koordynator skierowany przez wykonawcę do realizacji zamówienia musi sprawnie poruszać się po obszarze objętym przedmiotem zamówienia w celu dostania się do podopiecznych, a także aby skontrolować pracę asystentów. Ponadto koordynator każdorazowo zobligowany jest do stawiennictwa w siedzibie zamawiającego w celu dostarczenia i odebrania dokumentów. Wykonawca w złożonej kalkulacji nie uwzględnił kosztów transportu koordynatora. Wykonawca nie uwzględnił również kosztu zakupu telefonu i abonamentu telefonicznego dla koordynatora, który musi być w stałym kontakcie telefonicznym z zamawiającym, opiekunami i podopiecznymi, oraz w kontakcie mailowym z zamawiającym.

3) Kalkulacja kosztów ubezpieczenia.

Zamawiający w dokumentach zamówienia określił obowiązek posiadania przez wykonawcę ubezpieczenia przez cały okres realizacji zamówienia, mianowicie:

− *Wykonawca zobowiązuje się do posiadania ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej w tym usług objętych niniejszym zamówieniem przez cały okres świadczenia usług na sumę ubezpieczenia nie mniejszą niż 100 000 zł.*

− *Wykonawca zobowiązuje się do zapewnienia ubezpieczenia OC i NNW asystentom wykonującym usługę. W przypadku ubezpieczenia OC sumę gwarancyjną nie mniejszą niż 20.000 zł/os.*

Wobec powyższego określono obowiązek dysponowania przez wykonawcę dwoma rodzajami ubezpieczenia, tj. ubezpieczeniem OC wykonawcy w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej (suma ubezpieczenia min. 100 000 zł) oraz ubezpieczeniem OC
i NNW asystentów realizujących usługi (suma ubezpieczenia min. 20 000 zł/osoba).

Wykonawca w sporządzonej kalkulacji uwzględnił jedynie koszt drugiego rodzaju ubezpieczenia spośród wymienionych powyżej, co czyni kalkulację wadliwą i niekompletną.

4) Kalkulacja kosztów dojazdu asystentów do uczestników.

Przedmiot zamówienia będzie realizowany na terenie miasta i gminy Łapy. Znamiennym jest, że Łapy stanowią gminę miejsko-wiejską o rozległym i w przeważającej części niezurbanizowanym obszarze obejmującym 127,57 km2. Na obszarze gminy niemal nie funkcjonuje komunikacja publiczna, co niewątpliwie warunkuje konieczność przemieszczania się asystentów z wykorzystaniem samochodu. Jednocześnie zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia realizacja usług asystenckich obejmuje 9600 godzin, przy czym na jedną osobę przypada 60 godzin w miesiącu. Powyższe oznacza znaczną częstotliwość przemieszczania się i kilkukrotną obecność asystenta u danej osoby w skali miesiąca.

Wykonawca w sporządzonej kalkulacji uwzględnił miesięczny koszt dojazdu do uczestników na poziomie zaledwie 100 zł w przeliczeniu na osobę, co mając na względzie wskazaną powyżej powierzchnię gminy, miesięczny wymiar

godzin warunkujący każdorazowo konieczność osobistego stawiennictwa oraz liczbę uczestników (10 osób objętych usługami asystenckimi) – czyni założony przez wykonawcę koszt nierealnym.

Mając na względzie przytoczone powyżej argumenty odnoszące się do poszczególnych elementów i składników kalkulacji ceny, a także brakujące, obligatoryjne elementy kalkulacji, niewątpliwym jest, że przedstawiona przez wykonawcę kalkulacja opiera się na nierealnych
i nierynkowych założeniach, które mają jedynie stworzyć fałszywy obraz rentowności zaoferowanej ceny. Przedstawione przez wykonawcę wyjaśnienia i kalkulacja są wadliwe,
a tym samym potencjalny zysk wyliczony przez wykonawcę w oparciu o błędne założenia jako nierealny - czyni cenę ofertową ceną rażąco niską.

Zamawiający pismem z 3 października 2024 r. wezwał wykonawcę zarówno do złożenia wyjaśnień jak i przedłożenia dowodów („*Proszę o dostarczenie wyjaśnień wraz z dowodami do dnia 7 października 2024 r.*") dotyczących wyliczenia ceny lub kosztów, co znajduje potwierdzenie w treści art. 224 ust. 1 ustawy PZP (zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych). Wykonawca nie przedłożył żadnych dowodów na poparcie wyjaśnień
i kosztów przyjętych w kalkulacji, mianowicie wykonawca:

−nie przedstawił choćby jednej umowy obejmującej zatrudnienie asystenta celem potwierdzenia przyjętej w kalkulacji stawki 40,12 zł brutto za godzinę;

−nie przedstawił bieżącej polisy OC, tudzież oferty takiej polisy celem wykazania wysokości składki i realnych kosztów ubezpieczenia;

−nie przedstawił faktur zakupu środków ochrony indywidualnej (rękawice, fartuchy, płyny do dezynfekcji, maseczki ochronne, inne) bądź ofert ich zakupu na potrzeby realizacji zamówienia;

−nie przedstawił dowodów, z których wywodzi realność przyjętych w kalkulacji kosztów dojazdu a także metodologii ich obliczenia.

Brak poparcia przedłożonej kalkulacji jakimikolwiek dowodami czyni wyjaśnienia w zakresie ceny niekompletnymi, a przez to wadliwymi. Na powyższe zwróciła uwagę Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 28 lutego 2023 r. sygn. KIO 414/23: Wyjaśnienie zaoferowanej ceny wymaga - zgodnie z treścią art. 224 ust. 1 p.z.p. - również złożenia dowodów. Wyjaśnienie ceny powinno być sporządzone w taki sposób, by wykazać, że dany wykonawca jest w stanie wykonać przedmiot zamówienia za zaoferowaną cenę. Wykonawca musi zatem wykazać zasadność zaoferowanej ceny w sposób kompleksowy, nie zaś wybiórczo i jedynie w zakresie uznanym przez niego za wystarczający, jak również w wyroku z 30 grudnia 2021 r. sygn. KIO 3639/21: Biorąc pod uwagę, że wezwanie kierowane jest do profesjonalnego uczestnika obrotu gospodarczego, wobec które stosowany jest miernik podwyższonej staranności (art. 355 § 2 k.c.), Przystępujący winien zdawać sobie sprawę, że na potwierdzenie realności ceny zobowiązany jest dołączyć dowody. Działaniem błędnym jest kompletowanie dowodów na etapie postępowania odwoławczego, a nie przesłanie ich w terminie wskazanym w wezwaniu do wyjaśnień. Wszelkie informacje przedstawione przez wykonawcę muszą być znane zamawiającemu na konkretnym etapie postępowania, celem umożliwienia mu podjęcia decyzji co do ewentualnego odrzucenia oferty. Rozprawa przed Krajową Izbą Odwoławczą nie może stanowić kolejnego etapu procedury określonej w art. 224 p.z.p.

Reasumując, mając na względzie cenę zaoferowaną przez wykonawcę, zakres przedmiotu zamówienia, wymagania określone przez zamawiającego w dokumentacji postępowania,
a także obowiązujące przepisy prawa i przedstawione powyżej realia i koszty realizacji zamówienia - należy uznać, że cena zaoferowana przez wykonawcę jest ceną rażąco niską. Realizacja usług asystenckich według stawki godzinowej i ceny całkowitej zaoferowanej przez wskazanego wykonawcę przy uwzględnieniu wymagań i standardów jakościowych wskazanych przez zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia, w tym obowiązku skierowania etatowego koordynatora do nadzorowania realizacji usług, w żadnej mierze nie pozwala na osiągnięcie rentowności realizowanej usługi oraz zysku w realizacji przedmiotu zamówienia. Jak zauważyła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 26 kwietnia 2022 r. sygn. KIO 953/22: Przyjmuje się, że cena rażąco niska to taka, która jest nierealistyczna, nie pozwala na należyte wykonanie przedmiotu zamówienia, nie uwzględnia jego specyfiki, jak też jest ceną nierynkową, tj. nie występuje na danym rynku, na którym ceny wyznaczane są m.in. poprzez ogólną sytuację gospodarczą panującą w danej branży i jej otoczeniu biznesowym oraz postęp technologiczno-organizacyjny.

Złożone przez wykonawcę wyjaśnienia nie uzasadniają podanej w ofercie ceny, toteż zgodnie z treścią 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. Natomiast zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP: Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, jeżeli: (…) zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości. Zamawiający

wskazał, iż analiza treści wezwania do wyjaśnienia podejrzenia rażąco niskiej ceny prowadzi do wniosku, że wezwanie zostało sformułowane
w sposób ogólnikowy. W swoim wezwaniu zamawiający wymagał wyjaśnienia, czy zaoferowana cena usług asystenckich na poziomie 46,50 zł za godzinę jest ceną adekwatną w stosunku do przedmiotu zamówienia określonego w załączniku nr 1 do SWZ. W dalszej części wezwania zamawiający przypomniał w skrócie, co składa się na przedmiot niniejszego zamówienia. Zamawiający w treści wezwania nie doprecyzował, jakie elementy cenotwórcze należy zawrzeć, czy które wymagają uszczegółowienia w wyjaśnieniach podejrzenia rażąco niskiej ceny.

W ugruntowanym orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej dominuje pogląd, że to zamawiający powinien wskazać elementy oferty, które mają zostać przez wykonawcę wyjaśnione i dowiedzione. Trudno oczekiwać od wykonawcy składania wyjaśnień
i przedstawiania dowodów w sytuacji, gdy zamawiający w wezwaniu nie wskazał elementów dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu. W sytuacji, w której zamawiający nie precyzuje wymaganego zakresu wyjaśnień, do wykonawcy należy wybór, w jaki sposób wyjaśnienia zostaną przedstawione.

W związku z powyższym trudno zgodzić się z argumentem odwołania, że wyjaśnienia są ogólnikowe i lakoniczne. Wykonawca przedstawił kalkulację, najistotniejszych jego zdaniem, elementów cenotwórczych oferty tj. koszt zatrudnienia asystentów, ubezpieczenia OC i NNW asystentów, środki ochrony indywidualnej i koszt dojazdu do uczestników. W złożonych wyjaśnieniach Serwis Temp sp. z o.o. wykazał również swój dochód na poziomie 33 708,00 zł, co w ocenie zamawiającego nie jest kwotą niską za tego rodzaju usługi. Wyjaśnienia
w swojej treści nie zawierają błędów, są spójne i w ocenie zamawiającego w sposób wystarczający wykazują, że wykonawca zrealizuje przedmiot zamówienia zgodnie
z wymaganiami określonymi w dokumentach postępowania. Zamawiający, analizując złożone wyjaśnienia, w szczególności wykazany przez wykonawcę dochód na poziomie 33 708,00 zł, nie powziął wątpliwości, że realizacja przedmiotu zamówienia nastąpi poniżej kosztów wytworzenia usługi.

Kwestia nieuwzględnienia w wyjaśnieniach podejrzenia rażąco niskiej ceny kosztów koordynatora nie uszła uwadze zamawiającego. Jednak, wbrew twierdzeniom odwołującego, nie jest ona istotnym elementem świadczonej usługi, czemu zamawiający dał wyraz w punkcie 13. Opisu przedmiotu zamówienia, wskazując, że 1 godzina usługi musi obejmować:

- wynagrodzenie kadry, zatrudnienie 10 asystentów dla 10 osób objętych wsparciem,
- ubezpieczenie OC/sumę gwarancyjną nie mniejszą niż 20.000 zł/os. i NNW,
- środki ochrony indywidualnej (rękawice, fartuchy, płyny do dezynfekcji, maseczki ochronne, inne),
- koszt dojazdu do uczestników.

Zamawiający nie wymienił wśród tych elementów czynności związanych
z koordynowaniem. Tym samym zamawiający nie przyznał przymiotu istotności kosztom związanym z wykonywaniem czynności przez koordynatora. Interpretacji pojęcia „istotnej części składowej oferty" dokonała Krajowa Izba Odwoławcza wskazując, że istotnymi są te elementy, których wartościowy udział w przedmiocie zamówienia jest znaczny lub od których – ze względu na ich merytoryczne znaczenie – zależy osiągnięcie zasadniczych celów, dla których zamówienie jest udzielane. W odniesieniu właśnie do tych przesłanek zamawiający ocenił, że udziałowi koordynatora nie można przypisać cechy istotności.

Od strony merytorycznej udział koordynatora sprowadza się wykonywania czynności organizacyjno-administracyjnych m.in. wystawianie faktur, prowadzenie dokumentacji, monitorowanie usługi. Nie są to czynności istotne z punktu widzenia zamawianej usługi. Elementem istotnym, od strony merytorycznej, jest wspieranie osób z niepełnosprawnościami w wykonywaniu podstawowych czynności dnia codziennego, niezbędnych do aktywnego funkcjonowania społecznego, zawodowego i edukacyjnego. Czynności koordynatora mają jedynie charakter akcesoryjny.

Od strony znacznego udziału wartościowego w przedmiocie zamówienia również nie można tym czynnościom przypisać cechy istotności. Elementy o znacznej wartości świadczonej usługi są immanentnie związane z merytorycznymi elementami świadczonej usługi. Zatem zasadniczymi elementami cenotwórczymi są koszty związane z wynagrodzeniem asystentów osób niepełnosprawnych, zakupem środków higienicznych, czy koszt dojazdu asystentów do osób niepełnosprawnych.

Odwołujący przedstawił własny, subiektywny sposób wyliczenia wynagrodzenia koordynatora, który nie dość, że nie może stanowić punktu odniesienia do innych ofert, to nie znajduje podstaw w dokumentach zamówienia. Wyliczenia wynagrodzenia koordynatora zaprezentowane w odwołaniu opierają się na założeniu, że koordynator będzie wykonywał swoje czynności w oparciu o zatrudnienie na cały etat.

Nie jest rolą zamawiającego organizowanie sposoby organizacji pracy. Z tego powodu zamawiający w gestii wykonawcy pozostawił ustalenie wymiaru czasu pracy koordynatora. Zamawiający nie wykluczył także sytuacji, w których wykonawca samodzielnie wykona wskazane czynności. Takie rozwiązanie również spotka się z aprobatą

zamawiającego
i zostanie uznane za wykonywanie czynności na podstawie umowy o pracę.

Biorąc pod uwagę rodzaj czynności wykonywanych przez koordynatora (czynności organizacyjno-administracyjne) trudno jest przyjąć, że będą one, w ramach przedmiotowego postępowania, na tyle pracochłonne, że ich wykonywanie będzie odbywało się w wymiarze pełnego etatu. Nie wykluczone jest, że koordynator będzie wykonywał swoje czynności na rzecz wykonawcy zarówno przy realizacji umowy zawartej w wyniku niniejszego postępowania, jak i w innych przedsięwzięciach realizowanych przez wykonawcę. Dokumenty postępowania nie wykluczają również sytuacji, gdy czynności koordynatora będzie wykonywał jeden z asystentów.

Twierdzenia odwołującego o tym, że kalkulacja, oprócz kosztów związanych
z zatrudnieniem koordynatora winna uwzględniać pokrycie kosztów jego działań (koszt poruszania się po obszarze objętym przedmiotem zamówienia, czy stawiennictwa w siedzibie zamawiającego) nie znajdują potwierdzenia w dokumentach postępowania. Jest to autorska wizja odwołującego przedstawiająca, w jaki sposób usługa może zostać wykonana, nie może jednak ona stanowić wzorca czy punktu odniesienia dla innych wykonawców biorących udział w postępowaniu. Zamawiający w dokumentach postępowania wskazał, jakie czynności należą do zadań koordynatora, jednak nie określił, w jaki sposób należy je wykonywać. Zamawiający nie oczekuje, że czynności organizacyjno-administracyjne wykonywane przez koordynatora będą wymagały jego osobistego zaangażowania. W dobie powszechnej informatyzacji, dostępności narzędzi do elektronicznego podpisywania dokumentów i e-fakturowania, biorąc pod uwagę możliwości komunikowania się na odległość nie jest konieczne, aby koordynator musiał być osobiście działać na terenie Gminy Łapy.

Nieuwzględnienie w wyjaśnieniach podejrzenia rażąco niskiej ceny kosztów związanych
z posiadaniem wymaganego przez zamawiającego ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej pozostaje bez wpływu zarówno na ocenę tych wyjaśnień, jak i na cenę oferty. Posiadanie takiego ubezpieczenia było przez zamawiającego wymagane na wypadek nienależytego wykonania umowy i ewentualnych roszczeń z tym związanych.

Po pierwsze, co już zostało wcześniej podniesione, zamawiający w wezwaniu do wyjaśnienia ceny oferty nie wymagał, aby wykonawca wykazał, jaki wpływ na cenę oferty ma koszt ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej. W związku z tym nie mogło to być również przedmiotem wyjaśnienia.

Po drugie, koszt zakupu ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej nie jest związany stricte z tym konkretnym zamówieniem, a ogólnie z zakresem prowadzonej działalności wykonawcy. Stanowi zatem ono marginalny koszt w stosunku do całej ceny oferty. Nie można temu elementowi ceny oferty przypisać istotnego charakteru, zgodnie z przywołaną wyżej definicją.

Koszt dojazdu asystentów do uczestników skalkulowany na poziomie średnio 100 zł/os./miesiąc również nie budził wątpliwości zamawiającego. W dokumentach postępowania zamawiający nie doprecyzował, jakimi środkami transportu mają się przemieszczać asystenci osób niepełnosprawnych. Zamawiający w dokumentach postępowania nie określił również,
w której części Gminy Łapy odbiorcy usługi mieszkają, a tym samym nie doprecyzował, jakie odległości będą musieli pokonywać asystenci. Z punktu widzenia zamawiającego istotnym jest, aby asystenci dotarli do swoich podopiecznych, bez znaczenia dla realizacji usługi pozostaje, w jaki sposób to zrobią, czy będzie to samochód, skuter, środki transportu zbiorowego, czy rower. Opis przedmiotu zamówienia nie wyklucza również sytuacji, w których asystenci będą, ze względu na bliskie zamieszkiwanie, pieszo docierali do osób niepełnosprawnych lub przemieszczania się kilku asystentów jednym środkiem transportu np. samochodem. Argumenty odwołania wskazujące, że to powierzchnia Gminy determinuje wysokość kosztów dojazdu, są błędne. Wysokość kosztów dojazdu jest uzależniona tylko od odległości, które będą musieli pokonywać asystenci, a tych zamawiający nie określił w OPZ, choćby w przybliżeniu. Ze względu na charakter świadczonej usługi, która musi polegać na pewnej więzi pomiędzy asystentem a jego podopiecznym, bliskich, wręcz intymnych, relacjach i zaufaniu, zasadnym jest przypuszczenie, że asystenci osób niepełnosprawnych powinni rekrutować się z osób z najbliższego otoczenia (np. sąsiedzi), a tym samym nie będą oni zmuszeni do pokonywania dużych odległości.

Argument odwołania wskazujący, że świadczenie usługi na rzecz jednego uczestnika
w wymiarze nie przekraczającym 60 godzin w miesiącu będzie determinował częste wyjazdy, a tym samym generował duże koszty dojazdu, jest subiektywnym poglądem odwołującego co do sposobu realizacji usługi i nie ma on odzwierciedlenia w opisie przedmiotu zamówienia.

Zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia usługi asystenckie mają być świadczone maksymalnie przez 60 godzin w miesiącu, przy czym zamawiający nie określił, ile godzin przypada na jedną wizytę oraz jakie maja być częstotliwości tych wizyt.

Z powyższych względów zamawiający pozytywnie ocenił wyjaśnienia w zakresie wysokości kosztów dojazdu. W

ocenie zamawiającego koszt dojazdu na poziomie średnio 100 zł/os./miesiąc jest kosztem realnym, pozwalającym na realizację usługi na wymaganym poziomie.

Odnosząc się do kwestii braku dowodów potwierdzających wyliczenia ceny oferty zaprezentowane w wyjaśnieniach, zauważyć należy, że normy ustawy Pzp nie określają nawet przykładowego katalogu dowodów, ponieważ jest on zależny od danego stanu faktycznego. W zależności od stanu faktycznego, wyjaśnienia czy kalkulacje złożone przez wykonawcę mogą stanowić dowód sam w sobie, bez konieczności przedkładania dodatkowych dokumentów potwierdzających stanowisko wykonawcy.

W przedmiotowym postępowaniu zamawiający zaakceptował wyjaśnienia podejrzenia rażąco niskiej ceny, jednocześnie uznając je za dowód. Zamawiający nie zdyskwalifikował oferty Serwis Temp sp. z o.o. ze względu na to, że wyjaśnienia podejrzenia rażąco niskiej ceny, w tym kalkulacja wykonawcy, nie zostały poparte dodatkowymi dokumentami,
w szczególności tymi, na które wskazuje odwołujący tj. umów obejmujących wynagrodzenie asystentów, polis ubezpieczeniowych, czy faktur za zakup środków ochrony indywidualnej. Trudno jest bowiem oczekiwać, że na etapie badania i oceny ofert, wykonawca poniesie koszty na poczet przyszłej umowy, skoro efekt tego badania jest zdarzeniem przyszłym i niepewnym. Dlatego w ocenie zamawiającego dowody (faktury, umowy z asystentami) zmaterializują się dopiero po etapie wyboru oferty, a nawet po zawarciu umowy, kiedy wykonawca podejmie czynności przygotowujące do realizacji usługi.

Zarzut naruszenia art. 239 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp.

Mając na uwadze argumenty podniesione w punkcie I. niniejszej odpowiedzi na odwołanie, nie sposób zgodzić się ze stanowiskiem odwołującego, który podnosi, że doszło do naruszenia art. 239 ust. 1 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp. Zamawiający, po pozytywnej ocenie wyjaśnień podejrzenia rażąco niskiej ceny, zobligowany był do dokonania punktowej oceny oferty złożonej przez Serwis Temp sp. z o.o. Zdaniem zamawiającego wykonawca
w złożonych wyjaśnieniach, w szczególności w kalkulacji kosztów, uwzględnił wszystkie istotne koszty realizacji usługi. Na skutek wyjaśnień zamawiający uzyskał przekonującą informację, że wykonawca będzie w stanie zrealizować przedmiot zamówienia za cenę wskazaną w ofercie. Wyjaśnienia koncentrują się na najważniejszych okolicznościach wpływających na możliwość zaoferowania ceny na poziomie wskazanym w ofercie Serwis Temp sp. z o.o. Zarzuty stawiane wobec zaniechania odrzucenia oferty wybranej mają uzasadnienie wyłącznie w twierdzeniach własnych odwołującego, w tym wyliczeniach prezentujących wyższe koszty wykonania. Odwołujący nie przedstawił dowodu, który podważyłby ocenę oferty, a jedynie własne wyliczenia kosztów, które mogą prowadzić do wniosku, że to nie cena oferty Serwis Temp sp. z o.o. jest rażąco niska, ale wycena w ofercie odwołującego jest zawyżona.

Stanowisko zamawiającego podzielił uczestnik postępowania odwoławczego, wykonawca Serwis Temp sp. z o.o.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego
z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza kwot określonych
w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz przystępującego (uczestnika), złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzuty odwołującego są zasadne. Krajowa Izba Odwoławcza podzielając w całości stanowisko odwołującego (za wyrokiem Sądu Okręgowego w Warszawie z 25.08.2015 r., sygn. akt: XXIII Ga 1072/15: „*Izba ma prawo podzielić zarzuty*
i wartościową argumentację jednego z uczestników, zgodnie z zasadą swobodnej oceny dowodów"), wskazuje, co następuje.

Zamawiający, pismem z 3 października 2024 roku, w trybie przepisu art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, wezwał wykonawcę Serwis Temp sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień ceny oferty. Zamawiający wskazał, iż cyt.: „*Zamawiający działając na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy*
z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2024 r. poz. 1320), w celu ustalenia czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zwraca się z prośbą o udzielenie wyjaśnień, dotyczących zaoferowanej przez Państwa ceny
w złożonej ofercie. Zamawiający badając ofertę ustalił, iż Wykonawca zaoferował cenę za 1 godzinę usług asystenckich

46,50 złotych. U Zamawiającego powstały wątpliwości, co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia opisanego szczegółowo w załączniku nr 1 do SWZ, za powyższą kwotę. Biorąc m.in pod uwagę wynagrodzenie kadry, zatrudnienie 10 asystentów dla 10 osób objętych wsparciem, ubezpieczenie OC/sumę gwarancyjną nie mniejszą niż 20.000 zł/os. i NNW, środki ochrony indywidualnej (rękawice, fartuchy, płyny do dezynfekcji, maseczki ochronne, inne), koszty dojazdu do uczestnika. Zgodnie z art. 224 ust. 3 ustawy p.z.p. wyjaśnienia mogą dotyczyć
w szczególności: (…). Pouczenie: Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny/kosztu, spoczywa na wykonawcy. Zamawiający informuje, że odrzuceniu jako oferta
z rażąco niską ceną, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny, a podstawę do odrzucenia stanowi art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Prawo zamówień publicznych".

Pismem z 4 października 2024 roku, wykonawca Serwis Temp sp. z o.o. odpowiedział na wezwanie zamawiającego w następujący sposób, cyt.: „*W związku z pismem z dnia 03.10.2024 r. wyjaśniamy poniżej co następuje. Nasze koszty zostały założone racjonalnie,*
z poszanowaniem środowiska naturalnego i jego zasobów, z uwzględnieniem wszystkich niezbędnych zmiennych, które mają posłużyć jak najlepszej realizacji umowy oraz wynikających z niej obowiązków Wykonawcy. Poniżej w tabeli przedstawiamy naszą kalkulację w postaci Przychodów, Kosztów oraz Dochodu wykonawcy:

Oferowana cena za godzinę usług asystenckich: 446 400,00 zł

Koszty:

Zatrudnienie Asystentów koszt - godziny brutto brutto: 385 152,00 zł - 40,12 zł. bb/godzinę

Ubezpieczenie OC z sumą gwarancyjną nie mniejszą niż 20 000,00 tyś/os i NNW: 3 540,00 zł - 177 zł/ s. rok,

Środki ochrony indywidualnej (rękawice, fartuchy, dezynfekcja, maseczki ochronne, etc.):
8 000,00 zł - średnio 50 zł/os/m-c

Koszty dojazdu do uczestników: 16 000,00 zł - średnio 100 zł/os./m-c

Suma kosztów: 412 692,00 zł

Dochód Wykonawcy: 33 708,00 zł".

W orzecznictwie ugruntował się pogląd, że to na wykonawcy wezwanym do złożenia wyjaśnień w zakresie RNC spoczywa obowiązek wykazania realności i prawidłowości ceny ofertowej. Sąd Okręgowy w Warszawie, w wyroku z 25 listopada 2021 r., sygn. akt: XXIII Zs 113/21, wskazał, że: „*W myśl art. 224 ust. 1 nPzp, jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia*
i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu. Zgodnie z art. 224 ust. 5 nPzp, to wykonawca ma obowiązek wykazania, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu. (…) To wykonawca wszelkimi niezbędnymi środkami dostępnymi w danej sprawie i uzasadnionymi
w konkretnym stanie faktycznym, powinien wykazać zamawiającemu, że jego oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej, pomimo wypełnienia określonych ustawowych przesłanek podejrzenia rażąco niskiej ceny w jego ofercie. W przypadku niewykazania przez wykonawcę powyższych kwestii uzasadnione jest zaś przyjęcie, że oferta przez niego przedstawiona zawiera rażąco niską cenę lub koszty. Przepisy nie określają przykładowego katalogu dowodów, które wykonawca zobowiązany jest złożyć zamawiającemu w celu uzasadnienia racjonalności i rynkowej wyceny swojej oferty. Możliwe jest przedstawienie zatem każdego dowodu, jednakże musi być on adekwatny do konkretnej sytuacji i stanowić potwierdzenie tego, co wykonawca dowodzi w swoich wyjaśnieniach. (…) Zamawiający powinien mieć możliwość pełnej weryfikacji złożonych wyjaśnień, zaś w niniejszej sprawie nie było to możliwe z uwagi na brak inicjatywy dowodowej wykonawcy w tym zakresie. Izba słusznie zatem wskazała w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku, że wykonawca – obecnie skarżący - nie sprostał obowiązkowi wyrażonemu w art. 224 ust. 5 nPzp i nie wykazał realności ceny." (tożsamo Sąd Okręgowy w Warszawie w wyrokach: z 23.04.2021 r. sygn. akt: XXIII Zs 18/21, z 24.11.2021 r. sygn. akt: XXIII Zs 87/21, z 18.02.2022 r. sygn. akt: XXIII Zs 138/21, wyrok
z 06.10.2022 r. sygn. akt: XXIII Zs 102/22).

Jak również trafnie wskazano w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z 14 października 2022 r., sygn. akt: XXIII Zs 65/22: „*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. Jednocześnie wskazać należy, iż 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 i niepoparte dowodami, jest taka sama. W obu bowiem przypadkach oferta wykonawcy podlega odrzuceniu (por. KIO w wyroku z dnia 19 maja 2016 r. sygn. akt: KIO 722/16). Wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny*

zobowiązany jest wskazać co spowodowało obniżenie ceny, jak również podać jakie czynniki faktycznie wpłynęły na jej obniżenie. Udzielone wyjaśnienia mają bowiem potwierdzić, iż złożona oferta jest rzetelnie przygotowana, a cena prawidłowo oszacowana. Tymczasem odwołujący udzielił ogólnikowych wyjaśnień, nie przedstawiając przy tym żadnych dowodów na potwierdzenie podniesionych w wyjaśnieniu argumentów. Niedostateczne wyjaśnienia stanowią podstawę odrzucenia oferty, gdyż same wyjaśnienia, a tym bardziej zawierające niekonkretne i ogólnikowe stwierdzenia można uznać za niezłożone, ponieważ to na wykonawcy spoczywa obowiązek złożenia wyczerpujących wyjaśnień (wyr. KIO z 4 czerwca 2013 r., o sygn. akt 1187/13). Wskazówką dla wykonawcy składającego wyjaśnienia winien być przepis art. 90 ust. 3 dPzp, obecnie art. 224 ust. 6 nPzp w którym jest mowa nie tylko o złożonych wyjaśnieniach, ale również o dowodach na ich potwierdzenie".

W okolicznościach przedmiotowej sprawy odwoławczej Izba stwierdziła, że przystępujący (uczestnik) nie obalił domniemania rażąco niskiej ceny ofertowej, w szczególności przystępujący, w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego nie wykazał/nie udowodnił realności zaproponowanej ceny ofertowej. Złożone przez przystępującego wyjaśnienia są lakoniczne, pobieżne, ogólnikowe i nie odnoszą się do treści wezwania zamawiającego. Przystępujący nie wyjaśnił podstaw kalkulacji ceny ofertowej w kontekście opisu przedmiotu zamówienia, nie uwzględnił w wyjaśnieniach poszczególnych elementów składowych ceny, kosztów poszczególnych usług i elementów z tą usługą związanych, przedstawiając uproszczoną kalkulację, w której nie uwzględnił wszystkich czynników mających lub mogących mieć wpływ na prawidłową realizację przedmiotu zamówienia. Co również istotne przystępujący nie przedstawił żadnych dowodów, które potwierdzałyby realność dokonanej wyceny (kalkulacji). Skoro bowiem przystępujący powołuje w swojej kalkulacji określone czynniki cennikotwórcze, to w celu potwierdzenia, że są one prawidłowe i rzetelne powinien potwierdzić te okoliczności stosownym materiałem dowodowym, czego jednak przystępujący zaniechał.

Podnieść również należy, że na rozprawie zarówno zamawiający jak i przystępujący powoływali dodatkowe okoliczności, z których wynikać miało, że złożone wyjaśnienia są zupełne i prawidłowe, powołując się na nieistotne ich zdaniem koszty związane np. z pracą koordynatora, kosztem ubezpieczenia wykonawcy czy kosztami dojazdu.

Zdaniem Izby, koszty powyższe, po pierwsze nieuwzględnione w złożonych przez przystępującego wyjaśnieniach, a po drugie istotne z punktu widzenia rentowności realizacji zadania mają istotny wpływ na rzetelność i realność podanej ceny ofertowej. Nie może być bowiem tak, że skoro wykonawca ponosi określone koszty, które związane są z realizacją danego zamówienia publicznego, to nie uwzględnia ich przy cenie ofertowej, gdyż są to koszty ogólne, niezależne od uzyskania danego zamówienia publicznego. Krajowa Izba Odwoławcza wielokrotnie wypowiadała się w tym temacie stwierdzając, że koszty takie muszą zostać uwzględnione w wycenie konkretnego zamówienia oczywiście z uwzględnieniem proporcjonalnego udziału takich kosztów w danym zamówieniu. Izba nie ma wiedzy, zamawiający również jej nie miał na etapie oceny złożonych wyjaśnień, ile zamówień realizuje obecnie przystępujący i jaki udział procentowy konkretnego kosztu przypada na przedmiotowe zamówienie.

Wszystkie te elementy mają znaczący wpływ na realność ceny ofertowej, a przystępujący nie wykazał w jakim stopniu przekłada się to na dochód jaki zamierza osiągnąć, realizując przedmiotowe zamówienie.

Izba stoi na stanowisku, że niezasadne i wadliwe jest utożsamianie kwoty zakładanego zysku z możliwością finansowania elementów składających się na realizację przedmiotu zamówienia nieuwzględnionych z złożonych wyjaśnieniach i kalkulacjach. Nie po to bowiem wykonawca przedstawia zakładany zysk, aby na późniejszym etapie korzystać z niego w celu prawidłowej realizacji zamówienia. Może bowiem, takim działaniem, doprowadzić nawet do straty, co z kolei wyklucza prawidłowość kalkulacji ceny ofertowej. Możliwe, w ocenie Izby, poza przewidywanych zyskiem z zamówienia, przewidzenie pozycji kosztorysowej obejmującej wszelkiego rodzaju ryzyka (zabezpieczenie na nieprzewidziane kalkulacją koszty), które jednak nie wpisują się z cenę podstawową pozycji kosztorysowej i nie zostały uwzględnione w zysku wykonawcy. W przedmiotowym postępowaniu przystępujący takich kosztów jednak nie przewidział, nie wynikają one ze złożonych zamawiającemu wyjaśnień.

Dlatego też Izba stwierdziła, że przystępujący nie wykazał/nie udowodnił realności wyceny ofertowej w tym postępowaniu.

Nie jest również zasadne stanowisko zamawiającego, że ogólne wezwanie do złożenia wyjaśnień pozwalało wykonawcy na złożenie ogólnych wyjaśnień. Nie taki jest bowiem cel ww. przepisu ustawy Pzp. Skoro bowiem zamawiający miał wątpliwości co do realności ceny ofertowej to na wykonawcy spoczywał obowiązek wyjaśnienia zamawiającemu, jakie czynniki, w jakiej wysokości i dlaczego miały wpływ na kalkulację ceny ofertowej w określonej wysokości. Nieskuteczne wyjaśnienia wykonawcy obciążają takiego wykonawcę sankcją odrzucenia oferty, tak jak ma to miejsce w przedmiotowym postępowaniu.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy Pzp oraz § 7 ust. 1

pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Przewodniczący:……