**Sygn. akt: KIO 4776/24**

**WYROK**

Warszawa, dnia 10 stycznia 2025 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

Przewodnicząca:Małgorzata Matecka
Protokolantka:Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu16 grudnia 2024 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: P.P. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą CT P.P. z siedzibą w Warszawie oraz R.J. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą R.J. z siedzibą w Olsztynie w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Olsztyn - Zarząd Dróg Zieleni i Transportu w Olsztynie
przy udziale wykonawcy Koma Olsztyn Sp. z o.o. z siedzibą w Olsztynie - uczestnika po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1.Oddala odwołanie.
2.Kosztami postępowania obciąża odwołującego i:
2.1.zalicza do kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika;
2.2.zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez zamawiającego.

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 4776/24**

**Uzasadnienie**

Zamawiający Gmina Olsztyn - Zarząd Dróg Zieleni i Transportu w Olsztynie (dalej: „Zamawiający") prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „Oczyszczanie terenów Gminy Olsztyn wraz z zimowym utrzymaniem chodników, schodów, przystanków komunikacji miejskiej, przejść dla pieszych i terenów poza pasami drogowym w sezonie 2025/2026". Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 23 września 2024 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej (numer publikacji ogłoszenia: 570314-2024, numer wydania Dz.U. S: 185/2024).

I. W dniu 16 grudnia 2024 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: P.P. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą CT P.P. z siedzibą w Warszawie oraz R.J. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą R.J. z siedzibą w Olsztynie (dalej: „Odwołujący") wnieśli do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności Zamawiającego, w zakresie części 2, polegających na odrzuceniu oferty Odwołującego, unieważnieniu postępowania oraz wyborze oferty wykonawcy Koma Sp. z o.o., która nie jest ofertą najkorzystniejszą.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (dalej: „ustawa Pzp"):

1)art. 226 ust.1 pkt 8 ustawy Pzp w zw. z 224 ust. 6 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego z uwagi na to, że oferta zawiera rażąco niską cenę, co zdaniem Zamawiającego potwierdzają wyjaśnienia, podczas gdy oferta Odwołującego nie zawiera rażąco niskiej ceny, a wyjaśnienia złożone Zamawiającemu potwierdzają, że

cena nie jest rażąco niska, co w konsekwencji powinno doprowadzić do wyboru oferty Odwołującego, a nie do odrzucenia jego oferty,

2)art. 252 ust. 1 i art. 239 ust.1 ustawy Pzp poprzez wybór oferty KOMA Sp. z o. o., która nie jest ofertą najkorzystniejszą w postępowaniu,

3)art. 255 pkt 3 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne unieważnienie postępowania z uwagi na przyjęcie, że cena najkorzystniejszej oferty przewyższa kwotę, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, podczas gdy ofertą najkorzystniejszą w postępowaniu jest oferta Odwołującego (która została bezpodstawnie odrzucona przez Zamawiającego), a oferta ta mieści się w kwocie, którą Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, co w konsekwencji powinno doprowadzić do wyboru oferty Odwołującego.

W związku z podniesionymi zarzutami Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1)unieważnienia czynności unieważnienia postępowania,

2)unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,

3)unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego,

4)powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

II. Pismem wniesionym w dniu 8 stycznia 2024 r. Zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie. Zamawiający uznał zarzuty odwołania za niezasadne i wniósł o jego oddalenie.

III. Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił wykonawcaKoma Olsztyn Sp. z o.o. z siedzibą w Olsztynie.

**Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:**

Pismem z dnia 30 października 2024 r. Zamawiający, na podstawie art. 224 ust. 1 w związku z art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, zawiadomił Odwołującego, że zaoferowana przez niego cena oferty dla część 2 zamówienia wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu i wartości zamówienia oraz budzi wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z określonymi przez niego wymaganiami. Zamawiający wskazał:

„Wobec powyższego, Zamawiający żąda wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny oferty, w szczególności w zakresie:

1)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, w tym ponoszonych kosztów z tytułu wzrostu minimalnego wynagrodzenia od stycznia 2025 r., które związane jest z wynagrodzeniem pracowników wykonujących prace fizyczne związane z oczyszczaniem,

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

3)ponoszonych kosztów z tytułu użytkowania maszyn,

4)ponoszonych kosztów eksploatacyjnych, tj. koszty paliwa, , koszty naprawy i serwisu sprzętu itd., koszty ubezpieczenia sprzętu,

5)ponoszonych kosztów z tytułu utylizacji odpadów komunalnych oraz odpadów z oczyszczania jezdni i chodników,

6)wykazania szacowanego zysku Wykonawcy.

(…)

Zamawiający podkreśla, że wyjaśnienia składane w trybie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp polegające na wykazaniu prawidłowości kalkulacji złożonej oferty, nie mogą być zrealizowane tylko przez ogólne i niepoparte dowodami oświadczenie Wykonawcy, iż cena nie jest rażąco niska.”

Odpowiedzi na ww. wezwanie Odwołujący udzielił pismem z dnia 6 listopada 2024 r. Pismo zostało podzielone na część ogólną i szczegółową. Do pisma zostały załączone dowody dotyczące kosztów realizacji zamówienia.

Zastrzeżona przez Odwołującego (jako tajemnica przedsiębiorstwa) treść wyjaśnień została przez Zamawiającego częściowo odtajniona (pismo Zamawiającego z 22 listopada 2024 r.).

Pismem z dnia 6 grudnia 2024 r. Zamawiający poinformował o (dot. części 2):

1) odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w związku z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp,

2) wyborze oferty wykonawcy Koma Olsztyn Sp. z o.o. z siedzibą w Olsztynie jako najkorzystniejszej w postępowaniu,

3) unieważnieniu postępowania na podstawie art. 255 pkt 3 ustawy Pzp.

Uzasadniając odrzucenie oferty Odwołującego Zamawiający powołał się na następujące okoliczności:

1) brak dowodów na potwierdzenie doświadczenia, na które Odwołujący powołał się w treści wyjaśnień;

2) brak dowodów w zakresie wysokości zarobków pracowników,

3) zaangażowanie p. Roberta Jaroszuka w realizację innego zamówienia - brak możliwości wykonywania zadań w ramach dwóch niezależnych od siebie umów,

4) błędnie wyliczone koszty piasku,

5) błędnie wyliczone koszty chlorku magnezu,

6) nieuwzględnienie całego potencjału technicznego wymaganego przez Zamawiającego zgodnie z SWZ,

7) nieuwzględnienie w kalkulacji kosztów eksploatacji wszystkich pojazdów,

8) nieuwzględnienie w kalkulacji kosztów eksploatacji wszystkich maszyn.

[dalsze ustalenia faktyczne zostaną przedstawione w ramach stanowiska Izby dotyczącego zarzutów podniesionych w odwołaniu]

Odwołujący nie zgodził się ze stanowiskiem Zamawiającego w zakresie odrzucenia jego oferty. Odwołujący stwierdził, że złożone przez niego wyjaśnienia ceny są poprawne i spójne i nie budzą wątpliwości, a tylko ich ocena została przez Zamawiającego dokonana w sposób niepoprawny. W odwołaniu Odwołujący odniósł się do szczegółowej argumentacji Zamawiającego przedstawionej w uzasadnieniu odrzucenia jego oferty.

Izba uznała, że odwołanie nie podlega uwzględnieniu, jednakże w pewnym zakresie podzieliła stanowisko Odwołującego.

Skład orzekający Izby zgadza się z Odwołującym, że za niezasadny należy uznać argument Zamawiającego dotyczący nieprzedstawienia dowodów na potwierdzenie posiadanego doświadczenia. Jak słusznie zauważył Odwołujący, utrwaloną wśród wykonawców praktyką jest przedstawianie w ramach wyjaśnień ceny ogólnej części opisowej. Zawiera ona ogólne twierdzenia, w szczególności o bogatym doświadczeniu wykonawcy, odpowiedniej organizacji pracy, wprowadzeniu różnego rodzaju udoskonaleń w zakresie funkcjonowania przedsiebiorstwa i podobnych okolicznościach, które – jak wskazują wykonawcy – pozwoliły im na zaoferowanie atrakcyjnej ceny. Jednakże tego rodzaju okoliczności w żaden mierzalny sposób nie przekładają się na kalkulację ceny konkretnej oferty. W związku z tym, niezłożenie dowodów na potwierdzenie tego rodzaju okoliczności nie może prowadzić do uznania, że udzielona przez wykonawcę odpowiedź jest niewystarczająca, a już tym bardziej, że cena oferty jest rażąco niska.

Ponadto, Zamawiający ustalił, że Odwołujący błędnie wyliczył koszty pasku oraz chlorku magnezu. Zamawiający obliczył te koszty uwzględniając dane podane przez Odwołującego i stwierdził, że są to niższe wartości niż podane przez Odwołującego. Zawyżenie kosztów nie może oczywiście stanowić argumentu potwierdzającego, że zaoferowana przez wykonawcę cena jest rażąco niska. Natomiast w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego jest w tym zakresie mowa o nieprecyzyjności wyjaśnień. Powzięcie przez Zamawiający wątpliwości w tym zakresie stanowiłoby podstawę skierowania do Odwołującego wezwania do przedstawienia uzupełniających wyjaśnień.

Przechodząc do kwestii braku dowodów w zakresie wysokości wynagrodzenia pracowników należy na wstępie zauważyć, że treść wezwania Zamawiającego nie była ogólna, lecz Zamawiający sprecyzował w jakim zakresie żąda od Odwołującego wyjaśnień i dowodów (wyrazy wyjaśnienia i dowody zostały przez Zamawiającego podkreślone). W zakres ten wchodziły m.in. kwestie dotyczące:

1) 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, w tym ponoszonych kosztów z tytułu wzrostu minimalnego wynagrodzenia od stycznia 2025 r., które związane jest z wynagrodzeniem pracowników wykonujących prace fizyczne związane z oczyszczaniem,

2) zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w

którym realizowane jest zamówienie.

Z powyższego wynika, że Zamawiający wymagał przedstawienia dowodów na potwierdzenie zgodności kalkulacji z przepisami prawa pracy, w tym dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej. Odwołujący nie złożył takich dowodów, co oznacza że w tym zakresie nie udzielił on odpowiedzi na wezwanie Zamawiającemu. Zgodnie natomiast z przepisem art. 224 ust. 6 ustawy Pzp odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską cenę 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. Jako nieudzielenie wyjaśnień rozumie się również nieudzielenie wyjaśnień w zakresie wymaganym przez Zamawiającego. W związku z tym oceny wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny dokonuje się przy uwzględnieniu treści wezwania sformułowanego przez zamawiającego – czy miało ogólny czy szczegółowy charakter, a w tym drugim przypadku jaki obowiązkowy zakres wyjaśnień został sprecyzowany w wezwaniu.

Nieudzielenie przez Odwołującego odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego w zakresie przez niego wskazanym oznacza zaistnienie podstawy do odrzucenia jego oferty, wskazanej w art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp.

Natomiast przyjęcie w powyższym zakresie bardziej liberalnego poglądu prowadziłoby do uznania, że konieczne stało się wezwanie Odwołującego do przedstawienia uzupełniających wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny. Jednakże zarzut zaniechana wezwania Odwołującego do udzielenia takich wyjaśnień nie został w odwołaniu postawiony. Pod koniec odwołania Odwołujący wyraźnie wskazał, że takiego zarzutu nie stawia. W związku z tym nie byłoby możliwe wydanie wyroku uwzględniającego taki zarzut i nakazującego Zamawiającemu wezwanie Odwołującego do złożenia uzupełniających wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny. Izba nie mogłaby poprzestać na nakazaniu Zamawiającemu unieważniania czynności odrzucenia oferty Odwołującego, gdyż podziela stanowisko Zamawiającego co do tego, że wyjaśnienia przedstawione przez Odwołującego nie są wystarczająco precyzyjne i kompletne. Poza wymienionymi już powyżej okoliczności należy w tym zakresie wskazać jeszcze na kwestie dotyczące zaangażowania p. Roberta Jaroszuka w realizację innego zamówienia (brak możliwości wykonywania zadań w ramach dwóch niezależnych od siebie umów) oraz kwestie dotyczące nieuwzględnienia całego potencjału technicznego wymaganego przez Zamawiającego zgodnie z SWZ, nieuwzględnienia w kalkulacji kosztów eksploatacji wszystkich pojazdów oraz nieuwzględnienia w kalkulacji kosztów eksploatacji wszystkich maszyn.

Odnosząc do pierwszej z ww. kwestii Izba podziela wątpliwości Zamawiającego w zakresie możliwości wykonywania przez p. Roberta Jaroszuka zadań w ramach dwóch niezależnych od siebie umów (druga z umów dotyczy zamówienia „Oczyszczanie szaletów miejskich w latach 2025-2026"). Wyjaśnienia w tym zakresie Odwołujący przedstawił w odwołaniu, wskazując na ilość godzin wykonywania zadań w ramach różnych umów oraz fakt, że p. Jaroszuka, jako właściciela, nie obowiązują przepisy prawa pracy. Należy jednak zauważyć, że przedsiębiorców obowiązują „prawa" biologii i nie mogą oni wykonywać swoich zadań przez wiele godzin bez odpoczynku. Z wyjaśnień przedstawionych przez Odwołującego wynika, że w niektóre dni p. Jaroszuk musiałby wykonywać obydwie umowy, przy czym oczyszczanie toalet wraz z dozorem odbywa się od godz. 5 do 15, natomiast oczyszczanie ulic głównych od 22 do 5 rano, a oczyszczanie ulic bocznych od 7 do 21. Oznacza to wykonywanie (w niektóre dni) dwóch umów jedna bezpośrednio po drugiej lub w tym samym czasie. Należy w związku z tym podkreślić, że wyjaśnienia dotyczące wyliczenia ceny mają na celu nie tylko udowodnienie zamawiającemu dokonania prawidłowej kalkulacji ceny, ale również mają na celu wykazanie, że sposób kalkulacji ceny gwarantuje zamawiającemu należyte (a nie jakiekolwiek) wykonanie zamówienia. Z pewnością Zamawiający nie mógł domyślić się w jaki sposób Odwołujący planuje rozłożyć pracę p. Jaroszuka na dwie umowy i konieczne byłyby w tym zakresie dodatkowe wyjaśnienia.

Za wymagające dodatkowych wyjaśnień należałoby również uznać kwestie dotyczące nieuwzględnienia całego potencjału technicznego wymaganego przez Zamawiającego zgodnie z SWZ,nieuwzględnienia w kalkulacji kosztów eksploatacji wszystkich pojazdów oraz nieuwzględnienia w kalkulacji kosztów eksploatacji wszystkich maszyn. Przedstawione w tym zakresie wyjaśnienia Odwołującego nie były dostatecznie precyzyjnie. W odwołaniu Odwołujący wskazał, że treść wyjaśnień wskazuje na fakt dysponowania przez niego wymaganym przez Zamawiającego sprzętem i potencjałem technicznym. Jednakże Odwołujący nie wyjaśnił w jaki sposób wynika to z przytoczonego w odwołaniu fragmentu wyjaśnień. W odniesieniu do argumentów dotyczących nieuwzględnienia w kalkulacji kosztów eksploatacji wszystkich pojazdów oraz maszyn Odwołujący wskazał w odwołaniu, że niektóre maszyny pełnią podwójną funkcję. Informacja w tym zakresie nie znalazła się jednak w wyjaśnieniach złożonych w postępowaniu.

W związku z powyższym, również ww. kwestie wymagały ewentualnego przedstawienia przez Odwołującego dodatkowych wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny (w przypadku przyjęcia bardziej liberalnego stanowiska w zakresie

obowiązku złożenia przez Odwołującego dowodów na potwierdzenie przyjętych do kalkulacji ceny wynagrodzeń oraz postawienia takiego zarzutu w odwołaniu).

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba orzekła, jak w punkcie pierwszym sentencji, na podstawie art. 553 oraz art. 554 ust. 1 pkt 1 *a contrario* ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557, 574 i 575 ustawy Pzp oraz § 8 ust. 2 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 od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodnicząca: