Sygn. akt: KIO 1256/24

WYROK

Warszawa, dnia 30.04.2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Rafał Malinowski

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na posiedzeniu z udziałem stron i uczestników postępowania odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej dnia 15 kwietnia 2024 r. przez wykonawcę MM2021 Sp. z o.o. z siedzibą w Koźminie Wielkopolskim, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gminę Miejską Kowary

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego wykonawcy FPP Enviro Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołującego i zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych, zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 075 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące siedemdziesiąt pięć złotych, zero groszy) poniesioną przez zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.
3. Zasądza od odwołującego MM2021 Sp. z o.o. z siedzibą w Koźminie Wielkopolskim na rzecz zamawiającego Gminy Miejskiej Kowary kwotę 3 075 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące siedemdziesiąt pięć złotych, zero groszy).

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 1256/24

Uzasadnienie

Gmina Miejska Kowary, dalej jako: „Zamawiający”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w oparciu o przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2023 r., poz. 1605), dalej jako: „ustawa PZP”, którego przedmiotem jest usługa polegająca na wykonaniu, dostawie, montażu 6 sztuk zielonych przystanków w ramach realizacji projektu „Zielono-niebieskie Kowary”, nr postępowania: WRM.271.8.2024.

Wartość zamówienia jest niższa niż kwoty progów unijnych, o których mowa w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy PZP.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 01.03.2024 r. pod numerem 2024/BZP 00227767/01.

W dniu 15 kwietnia 2024 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcyMM2021 Sp. z o.o. z siedzibą w Koźminie Wielkopolskim, dalej jako: „Odwołujący”, wobec czynności i zaniechań Zamawiającego w postępowaniu.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP poprzez zastosowanie go wobec oferty Odwołującego skutkiem czego było odrzucenie oferty Odwołującego,
2. 2. art. 224 ust. 1, 5 i 6 ustawy PZP poprzez uznanie, że wyjaśnienia Odwołującego nie pozwalały stwierdzić, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska, i w konsekwencji nieprawidłowym nieuwzględnieniu wyjaśnień co do rażąco niskiej ceny złożonej przez Odwołującego,
3. art. 224 ust. 1, 5 i 6 ustawy PZP poprzez uznanie, że wyjaśnienia Odwołującego nie pozwalały stwierdzić, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska, a w sytuacji, gdy Zamawiający powziął wątpliwość co do ich treści – nieskierowania do Odwołującego wezwania do ponownych wyjaśnień, mimo iż Zamawiający miał taką możliwość,
4. art 242 ust. 1 ustawy PZP poprzez dokonanie wskazania do wyniku postępowania oferty, która nie jest najkorzystniejsza w tym postępowaniu,
5. art. 16 pkt 1 ustawy PZP poprzez przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców,
6. art. 17 ust. 2 ustawy PZP poprzez wybranie oferty wykonawcy wybranego w sposób sprzeczny z przepisami ustawy PZP.

Wobec postawionych zarzutów Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej wykonawcy FPP Enviro sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie,

nakazanie Zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert i dokonanie ponownej oceny ofert, z uwzględnieniem oferty Odwołującego,

ewentualnie

nakazanie Zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym ponowne wezwanie Odwołującego do złożenia wyjaśnień oraz złożenia dowodów dotyczących wyliczenia ceny oferty, w zakresie kosztów odnoszących się do wynagrodzenia pracowników, o których mowa w art. 224 ust. 3 pkt 4) i 6) ustawy PZP i dokonania ponownej oceny ofert, z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

Stanowisko Odwołującego:

Odwołujący wskazywał przede wszystkim, że nie zgadza się z decyzją Zamawiającego o odrzuceniu jego oferty. Jego zdaniem wyjaśnień tych nie można uznać za lakoniczne i gołosłowne, tj. nie można przyjąć, iż nie zostały złożone, czego skutkiem byłoby odrzucenie oferty tego wykonawcy na podstawie art. 224 ust. 6 ustawy PZP. Nie można także przyjąć, iż ich ocena prowadzi do wniosku, iż potwierdzają one wystąpienie w ofercie rażąco niskiej ceny. W związku z tym na ich podstawie nie można odrzucić oferty Odwołującego. W ocenie Odwołującego, złożone wyjaśnienia są kompletne i w sposób prawidłowy wykazują, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska. Gdyby Zamawiający uznał, że wyjaśnienia są niewystarczające miał prawo ażeby wezwać Odwołującego do złożenia dodatkowych wyjaśnień.

Odwołujący podkreślił, że wystąpienie Zamawiającego do złożenia wyjaśnień przez Odwołującego było nieprecyzyjne i nie zawierało wskazania elementów, w odniesieniu, do których Zamawiający oczekuje dostatecznie szczegółowych wyjaśnień lub kalkulacji. W związku z tym nawet uznanie, że wyjaśnienia Odwołującego nie są wystarczająco precyzyjne nie powinno skutkować negatywnie dla Odwołującego. Zamawiający – jeśli uważał, że wyjaśnienia są niewystarczające - powinien poprawnie sformułować i ponownie wezwać i zażądać doprecyzowania wyjaśnień lub szerszych informacji w zakresie już złożonym w sposób ogólny, z uwzględnieniem przedmiotu zamówienia i obowiązków wykonawcy związanych z tym przedmiotem Zamówienia.

Zamawiający dopiero w uzasadnieniu odrzucenia oferty wskazał, złożenia jakich dokumentów oczekiwał na etapie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień (kopii umów czy formularzy ZUS-DRA). Odwołujący – zważywszy na brak takiej precyzji wymaganych dowodach w wezwaniu – nie mógł wiedzieć, że Zamawiający wymaga tego konkretnego środka dowodowego celem uznania wyjaśnień za prawidłowe.

Stanowisko Zamawiającego:

Pismem z dnia 24.04.2024 r., stanowiącym odpowiedź na odwołanie, stanowisko w sprawie zajął Zamawiający, wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Zamawiający podtrzymał swoje stanowisko wyrażone w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego oraz przedstawił dodatkową argumentację. W szczególności wskazał, że wykonawca nie przedłożył żadnych dowodów, które wskazywałby, że zaoferowana cena jest realna i nie jest rażąco niska. Żaden z nich nie ma żadnego związku ze sprawą. Dotyczą one zdarzeń przeszłych i nie mają żadnego związku ze złożoną ofertą.

Odnosząc się do oświadczeń zawartych w wyjaśnieniach Zamawiający wskazał, że są to jedynie puste twierdzenia nie poparte żadnymi dowodami. W złożonych wyjaśnieniach brak dowodów zatrudnienia na umowę o pracę osób wskazanych do realizacji zamówienia, brak dowodów odprowadzenia składek do ZUS, brak kopii umów. Odwołujący nie sprostał więc wymogowi określonemu w art. 224 ust 4. PZP.

Zamawiający dodał, że tabela, którą przedstawił Odwołujący nie stanowi żadnego dowodu na potwierdzenie realności zaoferowanej ceny. Trudno uznać tą tabelę za jakikolwiek wiarygodny dowód potwierdzający uzyskanie przez Wykonawcę określonego zysku, ponieważ nie wiadomo skąd Wykonawca przyjął poszczególne wartości poza ceną końcową, która jest zgodna z ceną zaproponowaną w formularzu ofertowym. Każda inna wartość jest dowolną kwotą jaką sobie Wykonawca przyjął i nie ma poparcia chociażby w kosztorysie ofertowym.

Zamawiający przytoczył również liczne orzecznictwo dla poparcia swojej argumentacji.

Stanowisko Przystępującego:

Pismem złożonym w dniu posiedzenia stanowisko w sprawie przedstawił wykonawca FPP Enviro Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, dalej jako: „Przystępujący”, popierając argumentację Zamawiającego i wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

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

Izba stwierdziła istnienie materialnoprawnych przesłanek do wniesienia odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1

ustawy PZP. Izba nie stwierdziła przesłanek do odrzucenia odwołania.

Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie Zamawiającego wykonawcę FPP Enviro Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie. Wszystkie wymogi formalne związane ze zgłoszonym przystąpieniem zostały spełnione, a zatem należało uznać je za skuteczne.

Izba dokonała ustaleń faktycznych w oparciu o zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, tj. w szczególności dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, której treść była kluczowa dla rozstrzygnięcia sprawy. Dodatkowo strony oraz uczestnicy zgłaszali wnioski dowodowe o przeprowadzenie dowodów z dokumentów na okoliczności wskazywane przy ich składaniu. Izba postanowiła dopuścić wszystkie ww. wnioskowane dowody w poczet materiału dowodowego i przeprowadzić na ich podstawie dowody. W sytuacji, w której Izba opierała się przy wydawaniu rozstrzygnięcia na konkretnym dowodzie, znajdzie to wyraz w dalszej treści uzasadnienia.

Okoliczności faktyczne istotne dla rozstrzygnięcia sprawy:

W dniu 12.03.2024 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień ceny.

Zgodnie z treścią wezwania:

„Na podstawie art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r., poz. 1605 z późn. zm.), wzywam do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny.
Zaoferowana przez Państwa cena za wykonanie przedmiotowego zadania znacznie odbiega od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania, co sugeruje realizację zamówienia poniżej kosztów wykonania usługi i grozi nienależytym wykonaniem lub nie wykonaniem zamówienia.

W związku z powyższym wzywam do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny w złożonej ofercie, w szczególności w zakresie:

a)*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;*
b)*zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie.*
Wyjaśnienia i dowody (podpisane w sposób zgodny z wymaganiami SWZ i zasadami reprezentacji obowiązującymi u Wykonawcy) należy złożyć ***do dnia 18.03.2024 r.*** *do końca dnia za pośrednictwem platformy https://e-zamowienia.goy.pl .*

Jednocześnie informuje, że zgodnie z art. 224 ust. 6 Pzp odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu."

W dniu 18.03.2024 r. Odwołujący przedłożył stosowne wyjaśnienia. Zgodnie z ich treścią:

„W odpowiedzi na Państwa wezwanie do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, poniżej przedstawiam stosowne wyjaśnienia.

Ad a) Koszty pracy związane z realizacją przedmiotowego zamówienia oszacowane zostały na poziomie wyższym od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie przepisów Ustawy z dn. 10 października 2002r. O minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2020 r. poz. 2207 z późn.zm.) oraz przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowanie zamówienia. Wszyscy pracownicy spółki to osoby zatrudnione na pełnych etatach, posiadających odpowiednie dla poszczególnych stanowisk uprawnienia oraz kompetencje.

Poniżej szczegółowa kalkulacja:

W celu wyjaśnienia, w jaki sposób wykonawca kalkulował cenę w rozbiciu na poszczególne elementy, przedstawiam szczegółową kalkulację. Z tego dokumentu wynika w sposób szczegółowy, jaką ilość poszczególnych elementów kosztotwórczych Wykonawca planuje przeznaczyć na realizację zamówienia oraz jaki jest ich koszt. Do kalkulacji

wartości zamówienia przyjęliśmy następujące wskaźniki: koszt robocizny bezpośredniej netto 27 zł/h, koszty pośrednie 60%, zysk 9% od wszystkich składowych z których otrzymujemy następujące wartości:

Materiały	*Robocizna bezpośrednia 27 zł/h netto*	*Koszty pośrednie 60%*	*Sprzęt*	*Zysk 9%*	*Wartość netto*
157 381,22 zł	*36 222,66 zł*	*21 733,60 zł*	*11 763,85 zł*	*22 710,13 zł*	*249 811,46 zł*

Ad b) Koszty pracy związane z realizacją przedmiotowego zamówienia oszacowane zostały w zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy, zabezpieczenia społecznego oraz przepisami BHP, w tym uwzględniając dodatkowe koszty pracownicze takie jak: noclegi, diety (wyżywienie), niezbędna odzież, dowóz pracowników.

Załącznik nr 1 - polecenie wyjazdu służbowego

Załącznik nr 2 - faktury za nocleg i transport

Mamy nadzieję, że przedstawione wyjaśnienia wraz z załączonymi dowodami pozwolą Zamawiającemu utwierdzić w przekonaniu, że zaoferowana przez na cena jest realna, należycie skalkulowana, została oparta na wymaganiach i wytycznych zawartych w dokumentacji przedmiotowego zamówienia oraz jest adekwatna do jego zakresu."

W dniu 09.04.2024 r. Zamawiający zawiadomił o wyborze oferty najkorzystniejszej, którą okazała się oferta Przystępującego.

Oferta Odwołującego została odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP. Zamawiający przedstawił następujące uzasadnienie odrzucenia oferty:

„Zamawiający w związku z faktem, że zaoferowana przez Wykonawcę cena za wykonanie przedmiotowego zadania znacznie odbiegała od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania, co wypełniało zapis art. 224 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019r, wezwał w dniu 12.03.2024 r. Spółkę MM2021 sp. z o. o. do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny.

Wezwanie dotyczyło złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny w złożonej ofercie, w szczególności w zakresie:

a)*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;*
b)*zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie.*
MM2021 sp. z o. o. złożyła wyjaśnienia w dniu 18.03.2024 r.

W przedstawionych wyjaśnieniach Spółka wykazała m.in. koszt robocizny bezpośredniej 27 zł/h netto, tj. 36.222,66 zł oraz oświadczyła, że koszty pracy związane z realizacją przedmiotowego zamówienia oszacowane zostały w zgodności z przepisami prawa pracy, zabezpieczenia społecznego oraz przepisami BHP, w tym uwzględniając dodatkowe koszty pracownicze takie jak: noclegi, diety (wyżywienie), niezbędna odzież, dowóz pracowników. Jako dowody zostały przedstawione:

1)*polecenie wyjazdu służbowego*
2)*faktury za nocleg i transport.*
Na podstawie art. 224 ust. 4 ustawy Pzp w przypadku zamówień na roboty budowlane lub usługi, zamawiający jest obowiązany żądać nie tylko wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych, ale także wyjaśnień dotyczących 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, w którym realizowane jest zamówienie. W wyjaśnieniach brakuje kopii umów czy ZUS-DRA potwierdzających odprowadzenie składek.

Zgodnie z art. 224 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy. W treści wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 16 marca 2021 r. nr KIO 600/21 wskazano:„zwrócenie się przez Zamawiającego do wykonawcy o złożenie wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny oznacza obciążenie wykonawcy ciężarem dowodu w zakresie wykazania, że zaoferowana cena jest rażąco niska. Na powyższe wskazuje wprost art. 224 ust. 5 ustawy Pzp. Wyjaśnienia wykonawcy co do zasady muszą być konkretne, wyczerpujące, odpowiednio umotywowane, rzeczywiście uzasadniające podaną w ofercie cenę(...) Podkreślić trzeba że nie tylko nieudzielenie wyjaśnień w wyznaczonym terminie skutkować będzie koniecznością odrzucenia oferty, ale także złożenie takich wyjaśnień, które nie uzasadniają podanej w ofercie ceny. (...) istotne znaczenie ma również ustawowy obowiązek złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych. Idąc dalej za wyrokiem „Przy czym podkreślić trzeba, że nie jest wystarczające samo powołanie się na istnienie tego rodzaju okoliczności, lecz konieczne jest wykazanie w sposób mierzalny, jak wpływają one na obniżenie kosztów realizacji zamówienia, jakie mają przełożenie na poszczególne elementy składowe ceny. Tak złożone wyjaśnienia wykonawca zobowiązany jest poprzeć stosownymi dowodami potwierdzającymi wskazywane w wyjaśnieniach informacje".

„Złożone wyjaśnienia stanowią podstawę dla Zamawiającego do oceny prawidłowości zaoferowanej ceny. Wyjaśnienia te powinny być wyczerpujące, w tym zawierające uzasadnienie zaoferowanej ceny, w tym wskazanie okoliczności wpływających, na zaoferowanie takiej, a nie innej ceny oraz przede wszystkim potwierdzające jej realny charakter. " (Wyrok o sygn. KIO 557/22.) Z treściart. 224 ust. 6 p.z.p. wynika, że nie tylko nieudziełenie wyjaśnień w wyznaczonym terminie skutkować będzie koniecznością odrzucenia oferty, podstawą do odrzucenia oferty w oparciu o tę przesłankę będzie również sytuacja, gdy złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu (Wyrok o sygn. KIO 363/22).

Spółka MM2021 sp. z o. o. nie przedstawiła w sposób wyczerpujący wyjaśnień zaoferowanej rażąco niskiej ceny, nie przedstawiła również dowodów, które miałyby w sposób należyty potwierdzać złożone, lakoniczne wyjaśniania w których wskazano, iż iż zaoferowana cena jest realna i należycie skalkulowana. Wyjaśnienia wykonawcy nie mogą stanowić jedynie formalnej odpowiedzi na wezwanie zamawiającego. Wyjaśnienia wykonawcy muszą być na tyle konkretne i szczegółowe, aby na ich podstawie zamawiający był w stanie dowiedzieć się, jakie okoliczności właściwe wzywanemu do wyjaśnień wykonawcy spowodowały obniżenie ceny jego oferty, w jaki sposób okoliczności te spowodowały obniżenie ceny i jakich oszczędności wykonawca mógł dzięki nim dokonać. Obowiązkiem wykonawcy jest przedstawienie takich składników i wykazanie indywidualnych czynników wpływających na to, że wykonawca mógł zaoferować tak niską cenę. Dodatkowo ustawodawca wymaga, aby wskazane w wyjaśnieniach informacje były poparte dowodami (por. Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 listopada 2023 r. KIO 3191/23). Idąc zatem tym tokiem rozumowania, samo podanie w wyjaśnieniach, że koszt robocizny bezpośredniej to 27 zł/h netto co daje łączna kwotę 36.222,66 zł jest niewystarczające do uznania zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, Spółka nie wykazała ilości osób ani przewidywanej ilości godzin potrzebnych do wykonania zamówienia, nie przedstawiła również żadnych dowodów potwierdzających wysokość wynagrodzenia pracowników Z przedstawionych dowodów i wyjaśnień nie wynika, że zaoferowana przez spółkę MM2021 sp. z o. o. cena nie jest rażąco niska i nie grozi nienależytym wykonaniem lub nie wykonaniem zamówienia.

Jak wskazała zaś KIO w wyroku z dnia 15 grudnia 2023r KIO 3583/23 „Oświadczenie wykonawcy zawarte w wyjaśnieniach kalkulacji ceny stanowi wyłączenie dowód tego, że osoba podpisana pod takim dokumentem złożyła oświadczenie w nim zawarte. W żadnej mierze nie jest to dowód na posiadanie indywidualnych, sprzyjających czynników wpływających na cenę, pozwalających na zaoferowanie kwoty wskazanej w ofercie. Wykonawca ma obowiązek złożenia adekwatnych i miarodajnych dowodów, co oznacza obowiązek przedstawienia wraz z wyjaśnieniami ceny materiału dowodowego potwierdzającego okoliczności w nim zawarte. Innymi słowy, obowiązek dowodowy determinowany jest treścią wyjaśnień i jeżeli wykonawca powołuje się w nich na konkretny czynnik cenotwórczy, dostępny wyłącznie jemu, to powinien złożyć dowód w tym zakresie (przykładowo wskazanie okoliczności rabatu/upustu na paliwo skutkuje koniecznością złożenia dokumentu taki rabat udowadniającego)".

Jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnień rażąco niskiej ceny udzielił wyjaśnień ogólnych, nieprzekonujących, nie załączył dowodów, to w takiej sytuacji oferta wykonawcy zostanie odrzucona. W świetle ugruntowanego już orzecznictwa KIO, w takiej sytuacji nie jest możliwe ponowne wezwanie do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny. Ponowne wezwanie do wyjaśnienia sprowadzałoby się bowiem w takiej sytuacji do dania wykonawcy „drugiej szansy". To z kolei jest sprzeczne z podstawowymi zasadami prawa zamówień publicznych tj. zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Kolejne wezwanie jest co prawda możliwe, ale tylko gdy pierwsze wyjaśnienia złożone przez wykonawcę są prawidłowe, konkretne, przekonujące, spójne, logiczne oraz poparte odpowiednimi dowodami. W niniejszej zaś sprawie sytuacja taka nie ma miejsca. Wystosowanie do wykonawcy kolejnego wezwania do wyjaśnień wysokości ceny nie może stanowić bowiem drugiej szansy na wyjaśnienie ceny (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 17 kwietnia 2023 r., sygn. akt KIO 901/23)

W odniesieniu do art. 224 ust. 5 i 6 ustawy Prawo zamówień publicznych - złożenie wyjaśnień, które nie pozwalają stwierdzić, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska powoduje konieczność odrzucenia oferty. Odrzucenie oferty następuje na podstawie art. ***226 ust. 1 pkt 8)*** *ustawy Prawo zamówień publicznych."*

Uzasadnienie prawne:

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

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

Po drugie, wyjaśnienia powinny być poparte dowodami. Dowody te powinny potwierdzać ponoszone przez wykonawcę koszty i okoliczności umożliwiające ich obniżenie o konkretną wartość w stosunku do poziomu rynkowego/oszacowanego przez zamawiającego (tak: wyrok z dnia 4 lutego 2022 r., KIO 115/22).

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

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

W związku z powyższym, wyjaśnienia wykonawcy w zakresie ceny winny być na tyle konkretne i szczegółowe, aby na ich podstawie zamawiający był w stanie dowiedzieć się, jakie okoliczności właściwe wzywanemu do wyjaśnień wykonawcy, spowodowały obniżenie ceny jego oferty i w jaki sposób przekładają się one na poziom kosztów, czy jakich oszczędności wykonawca mógł dzięki nim dokonać (tak: wyrok z dnia 16 marca 2021 r., KIO 293/21). Przy czym nie można wyciągać negatywnych konsekwencji wobec wykonawcy, który zaniechał wyjaśnienia składników ceny w określony sposób, w sytuacji gdy treścią wezwania Zamawiającego nie był do tego zobowiązany. Innymi słowy, wyjaśnienia ceny wraz z dowodami muszą skłonić Zamawiającego do przekonania, że generowane oszczędności czy też szczególne warunki wpływające na obniżenie ceny, pozwalają na zrealizowanie zamówienia za cenę wskazaną w

ofercie, przy czym wykonawca nie musi w szczegółach wyjaśniać każdej pozycji kosztowej, jeśli nie został do tego zobowiązany treścią wezwania.

Przechodząc od powyższych ogólnych uwag na grunt analizowanej sprawy należy wskazać, że zdaniem Izby Zamawiający prawidłowo ocenił wyjaśnienia złożone przez Odwołującego czego skutkiem było odrzucenie jego oferty.

Wyjaśnienia Odwołującego zawierają tak naprawdę dwa oświadczenia:

1)pierwsze dotyczy tego, że koszty pracy zostały oszacowane w zgodności z przepisami dotyczącymi minimalnego wynagrodzenia za pracę;

2)drugie oświadczenie odnosi się do tego, że koszty pracy związane z realizacją przedmiotowego zamówienia oszacowane zostały w zgodności przepisami z zakresu prawa pracy, zabezpieczenia społecznego oraz przepisami BHP, w tym uwzględniając dodatkowe koszty pracownicze takie jak: noclegi, diety (wyżywienie), niezbędna odzież, dowóz pracowników

oraz rozbicie ceny ofertowej na części składowe (koszt materiałów, robocizna, koszty pośrednie, sprzęt, zysk oraz wartość netto).

Na ww. oświadczeniach oraz rozbiciu ceny ofertowej wyjaśnienia się kończą. Tak naprawdę za jedyny merytoryczny element wyjaśnień, który w jakikolwiek sposób mógłby podlegać ocenie Zamawiającego, należy uznać rozbicie ceny ofertowej, w którym podane są pewne wartości jakie przyjął Odwołujący przy kalkulowaniu ceny ofertowej. Wskazać jednak należy, że w wyjaśnieniach nie ma choćby jednego zdania o tym dlaczego Odwołujący był w stanie zaoferować cenę na takim poziomie jak wskazana w ofercie oraz dlaczego poszczególne elementy składowe ceny zostały ustalone w taki, a nie inny sposób. Brak jest jakichkolwiek dowodów czy też dodatkowych danych, które mogłyby potwierdzać rzetelność przyjętych przez Odwołującego wartości.

Dalej należy wskazać, że wartość merytoryczna oświadczeń dotyczących kosztów pracy w kontekście obalenia domniemania rażąco niskiej ceny obciążającego Odwołującego jest bliska zeru, gdyż ich prawdziwość nie została nawet w żaden sposób uprawdopodobniona. Tego typu ogólniki wskazywane są niemal w każdym postępowaniu, w którym składane są wyjaśnienia ceny, jednak jakakolwiek ich weryfikacja przez Zamawiającego jest możliwa tylko i wyłącznie, gdy poparte są one dodatkowymi danymi lub dowodami.

Odwołujący wyjaśnieniami ceny powinien był choćby uprawdopodobnić fakt, iż cena przez niego zaoferowana ma oparcie w rzeczywistości i stanowi wynik przemyślanej kalkulacji popartej realiami gospodarczymi. Z tego typu oświadczeń, jak też ogólnych zapewnień jak wskazane wyżej, nie można wywieść dlaczego wykonawca był w stanie zaoferować cenę ofertową na danym poziomie. Nie można również uznać, że tego typu zapewnienia są wystarczające dla wypełnienia dyspozycji art. 224 ust. 5 ustawy PZP, zgodnie z którym obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.

Co więcej, do wyjaśnień nie zostały załączone jakiekolwiek dowody, które miałyby merytoryczny związek ze sprawą lub popierały treść udzielonych wyjaśnień. W szczególności należy wskazać, że nie wiadomo jakie okoliczności miałyby one potwierdzać. Nie wiadomo jakie znaczenie dla wykazania wysokości ceny ofertowej miałyby mieć potwierdzenia zakupu biletów transportu kolejowego na trasie Warszawa Centralna – Ostrów Wielkopolski oraz faktura za nocleg. To samo dotyczy poleceń wyjazdów służbowych dla osób zatrudnionych na stanowisku specjalistów ds. sprzedaży, w sytuacji gdy przedmiot niniejszego zamówienia dotyczy wykonania, dostawy oraz montażu 6 sztuk zielonych przystanków autobusowych. Nie sposób oprzeć się wrażeniu, że Odwołujący załączył jakiekolwiek dowody do wyjaśnień tylko z tego powodu, że był świadomy iż powinien to zrobić, jednak w ogóle nie przemyślał czy mają one jakąkolwiek wartość merytoryczną i czy związane są z przedmiotem zamówienia.

Wskazać należy również, że na skutek ogólnego wezwania do wyjaśnień ceny wykonawca ma swego rodzaju swobodę w wyborze sposobu udzielenia wyjaśnień oraz że przy ocenie wyjaśnień należy brać przedmiot zamówienia, który nie jest w niniejszej sprawie skomplikowany. Powyższe nie oznacza jednak, jak zdaje się myśleć Odwołujący, że w takiej sytuacji Zamawiający powinien zaakceptować każde wyjaśnienia bez względu na ich zawartość. Wciąż do takich wyjaśnień, udzielanych choćby w odpowiedzi na ogólne wezwanie Zamawiającego, zastosowanie mają reguły powołane wyżej. Wciąż wykonawca musi także obalić ciążące na nim domniemanie ceny rażąco niskiej i nie można zaakceptować poglądu, że może to zrobić przedkładając jakiekolwiek wyjaśnienia tylko z tego powodu, że wezwanie miało charakter ogólny.

Podsumowując - po analizie treści wyjaśnień Izba doszła do wniosku, że są one ogólne i lakoniczne oraz o czym mowa była wcześniej – niepoparte żadnymi dowodami, które miałyby związek ze sprawą. Złożenie tego typu wyjaśnień obciąża tylko i wyłącznie wykonawcę wezwanego do ich złożenia. Zgodnie z art. 224 ust. 6 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 lub kosztu. Taka też sytuacja, zdaniem Izby, miała miejsce w niniejszej sprawie. Złożonymi wyjaśnieniami odwołujący nie uzasadnił w sposób należyty zaoferowanej ceny, a zatem jego oferta słusznie została przez Zamawiającego odrzucona. Charakter złożonych wyjaśnień nie pozwala również na uznanie, że zasadnym byłoby skierowanie ponownego wezwania, które dopuszczalne jest tylko w sytuacji, gdy pierwsze wyjaśnienia stanowią adekwatną odpowiedź na wezwanie Zamawiającego, ale z pewnych względów koniecznym jest wyjaśnienie dalszych wątpliwości.

Tym samym odwołanie należało oddalić w całości.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 557 w zw. z art. 575 ustawy PZP oraz w oparciu o przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: ……