

WYROK

Warszawa, dnia 15 lutego 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Protokolant: Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 stycznia 2024 r. przez wykonawcę DREN sp. z o.o., ul. Podgórna 26; 73-210 Recz, w postępowaniu prowadzonym przez Państwowe Gospodarstwo Wodne Wody Polskie Regionalny Zarząd Gospodarki Wodnej w Szczecinie, ul. Tama Pomorzańska 13A; 70-030 Szczecin,

orzeka:

1. Odrzuca odwołanie w zakresie zarzutów nr 1 i 2 odwołania.
2. Oddala odwołanie.
3. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę DREN sp. z o.o., ul. Podgórna 26; 73-210 Recz i:
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę DREN sp. z o.o., ul. Podgórna 26; 73-210 Recz, tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez wykonawcę DREN sp. z o.o., ul. Podgórna 26; 73-210 Recz, tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz kwotę 5 672 zł 82 gr (słownie: pięć tysięcy sześćset siedemdziesiąt dwa złote i osiemdziesiąt dwa grosze) poniesioną przez zamawiającego Państwowe Gospodarstwo Wodne Wody Polskie Regionalny Zarząd Gospodarki Wodnej w Szczecinie, ul. Tama Pomorzańska 13A; 70-030 Szczecin, tytułem wynagrodzenia pełnomocnika, dojazdu na rozprawę oraz noclegu,
 - 3.2. zasądza od wykonawcy DREN sp. z o.o., ul. Podgórna 26; 73-210 Recz na rzecz zamawiającego Państwowego Gospodarstwa Wodnego Wody Polskie Regionalny Zarząd Gospodarki Wodnej w Szczecinie, ul. Tama Pomorzańska 13A; 70-030 Szczecin kwotę 5 672 zł 82 gr (słownie: pięć tysięcy sześćset siedemdziesiąt dwa złote i osiemdziesiąt dwa grosze) poniesioną przez zamawiającego Państwowe Gospodarstwo Wodne Wody Polskie Regionalny Zarząd Gospodarki Wodnej w Szczecinie, ul. Tama Pomorzańska 13A; 70-030 Szczecin 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 317/24**

Uzasadnienie

Zamawiający – Państwowe Gospodarstwo Wodne Wody Polskie Regionalny Zarząd Gospodarki Wodnej w Szczecinie - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, pn. „*Usługa kompleksowa – eksploatacja, obsługa i konserwacja urządzeń wodnych wraz z odcinkowym utrzymaniem koryt cieków naturalnych na terenie PGW WP RZGW w Szczecinie*”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dz.U.U.E. z 27 października 2023 roku, pod nr 2023/S 208-655495.

29 stycznia 2024 roku, wykonawca DREN sp. z o.o., ul. Podgórna 26; 73-210 Recz (dalej „Odwołujący”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (w zakresie części 2 (NW Gryfice II) i części 3 (NW Kamień Pomorski)) na czynności i zaniechania zamawiającego polegające na:

- 1) wezwaniu odwołującego do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny w sposób niezgodny z przepisami Ustawy, czego (wezwania) konsekwencje ujawniły się z dniem odrzucenia oferty odwołującego;
- 2) bezzasadnym odrzuceniu oferty odwołującego, ewentualnie: odrzuceniu oferty odwołującego bez uprzedniego skierowania do odwołującego powtórnego wezwania do złożenia wyjaśnień w zakresie kwestii, których wyjaśnienia zamawiający nie wymagał w pierwszym wezwaniu w sytuacji, gdy odwołujący złożył rzetelne i wyczerpujące wyjaśnienia, odpowiadające zakresowi pierwotnie wystosowanego wezwania;
- 3) wyborze jako najkorzystniejszej oferty nieprzedstawiającej najkorzystniejszego stosunku jakości do ceny i niezawierającej najniższej ceny, przy pominięciu oferty odwołującego, która nie powinna była podlegać odrzuceniu.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1.art. 224 ust. 2 pkt 1 w zw. z art. 16 ust. 1 ustawy Pzp, przez wezwaniem odwołującego do złożenia wyjaśnień pomimo tego, że zaistniała przesłanka negatywna braku obowiązku wezwania do wyjaśnień, to jest rozbieżność pomiędzy

ceną oferty odwołującego,

a wartością zamówienia powiększoną o należny podatek od towarów i usług była niższa niż 30%, co stanowi naruszenie zasady przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowanie wykonawców – dotyczy części 2;

2.art. 224 ust. 1 w zw. art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, przez zaniechanie wskazania

w treści wezwania do wyjaśnień rażąco niskiej ceny w jakim zakresie cena oferty i jakie konkretnie elementy oferty odwołującego budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia, co w konsekwencji co najmniej utrudnia odwołującemu złożenie rzetelnych i wyczerpujących wyjaśnień, przygotowanie dowodów i szczegółowej kalkulacji, a tym samym także późniejszą weryfikację przez odwołującego prawidłowości oceny przez zamawiającego złożonych wyjaśnień – dotyczy części 2 i 3;

3.art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp, poprzez odrzucenie oferty odwołującego, podczas gdy wyjaśnienia odwołującego wraz z dowodami uzasadniają podaną w ofercie cenę, która to nie jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia; ewentualnie, w razie nieuwzględnienia zarzutu ad. 3): art. 226 ust. 1 pkt 8 oraz art. 224 ust. 1 i 6 ustawy Pzp, poprzez odrzucenie oferty odwołującego bez uprzedniego skierowania do odwołującego ponownego wezwania do złożenia wyjaśnień w zakresie kwestii, których wyjaśnienia zamawiający nie wymagał w pierwszym wezwaniu w sytuacji, gdy odwołujący złożył rzetelne i wyczerpujące wyjaśnienia, odpowiadające zakresowi pierwotnie wystosowanego wezwania – dotyczy części 2 i 3;

4.art. 239 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, poprzez wadliwe dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty nieprzedstawiającej najkorzystniejszego stosunku jakości do ceny i niezawierającej najniższej ceny, przy pominięciu oferty odwołującego, która nie powinna była podlegać odrzuceniu – dotyczy części 2 i 3.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i:

- 1)na podstawie art. 554 ust. 3 pkt 1 lit. b ustawy Pzp, o unieważnienie czynności zamawiającego polegającej na dokonaniu wyboru oferty wykonawcy konsorcjum: Zakład Usługowy „Domel” W.B. (ul. Świerkowa 3, 72-200 Nowogard) i Helianthus sp. z o.o. (Bocieniec 31, 72-100 Białuń) jako najkorzystniejszej w zakresie części 2 i 3;
- 2)na podstawie art. 554 ust. 3 pkt 1 lit. b ustawy Pzp, o unieważnienie czynności zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty odwołującego w zakresie części 2 i 3;
- 3)na podstawie art. 554 ust. 3 pkt 1 lit. a ustawy Pzp, o nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert w zakresie części 2 i 3;
- 4)na podstawie art. 554 ust. 3 pkt 1 lit. a ustawy Pzp, o nakazanie zamawiającemu dokonania wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej w zakresie części 2 i 3.

Odwołujący wniósł również o zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego na rzecz odwołującego oraz o dopuszczenie i przeprowadzenie następujących dowodów:

- a)informacji z otwarcia ofert z 5 grudnia 2023 r. na okoliczność posiadania interesu w złożeniu odwołania;
- b)wezwania do wyjaśnień rażąco niskiej ceny z 29 grudnia 2023 r. na okoliczność wykazania treści wezwania;
- c)wyjaśnienia dotyczące ceny ofertowej z 31 grudnia 2023 r. na okoliczność złożenia wyjaśnień przez odwołującego i ich treści;
- d)informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty z 19 stycznia 2023 r. na okoliczność wykazania treści uzasadnienia odrzucenia oferty odwołującego;
- e)listy płac z grudnia 2023 r. na okoliczność, iż odwołujący działa zgodnie z przepisami dotyczącymi kosztów pracy oraz z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego.

Odwołujący wskazał, że jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 505 ust.1 ustawy Pzp, bowiem jest wykonawcą, który złożył ofertę niepodlegającą odrzuceniu i ma interes w uzyskaniu zamówienia oraz poniósł szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp.

Odwołujący uzasadniając zarzuty odwołanie wskazał, co następuje.

W zakresie części 2 (NW Gryfice II) wezwanie zamawiającego było niezasadne, gdyż cena ofertowa nie była co najmniej o 30% niższa od wartości zamówienia powiększona o podatek od towarów i usług, tj. od kwoty 515 195,04 zł brutto. Cena ofertowa była zaledwie o 29,94% niższa od ww. wartości zamówienia powiększonej o podatek od towarów i usług. W związku

z tym, podstawa prawna i faktyczna wskazana w wezwaniu była nieprawidłowa. Nadto należy wskazać, iż wartość zamówienia powiększona o podatek od towarów i usług była znacznie wyższa niż oferty złożone w postępowaniu. W zakresie Części 2 (NW Gryfice II) oferta odwołującego była niższa od średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert jedynie o 12%, a w zakresie Części 3 (NW Kamień Pomorski) o 23%. Zamawiający powinien mieć uzasadnione wątpliwości, czy prawidłowo sporządził wartość szacunkową zamówienia i czy

w tym przypadku ewentualne wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia mógłby powziąć dopiero

w oparciu o średnią arytmetyczną cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10 ustawy Pzp, a nie przez odniesienie do wartości zamówienia powiększonej o podatek od towarów i usług.

Zamawiający mający uzasadnione wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia za oferowaną cenę winien skorzystać z art. 224 ust. 1 ustawy Pzp. Wykładania art. 224 ust. 1 ustawy Pzp wskazuje, iż na zamawiającym ciąży konieczność oceny czy okoliczności stanu faktycznego w danym postępowaniu uzasadniają wezwanie do wyjaśnień rażąco niskiej ceny, w szczególności, gdy nie ziszczyły się przesłanki, o których mowa w art. 224 ust. 2 ustawy Pzp. Zamawiający nie może stosować automatyzmu przy stosowaniu art. 224 ust. 1 i 2 ustawy Pzp. Przepisy te oczywiście zawierają generalną regułę badania rażąco niskiej ceny, kosztu lub ich istotnych części składowych, ale nie nakładają na zamawiającego bezwzględnego i automatycznego obowiązku wyjaśnienia ceny oferty wykonawcy. W każdym przypadku zamawiający musi ocenić, czy okoliczności stanu faktycznego w danym postępowaniu uzasadniają wezwanie do wyjaśnień rażąco niskiej ceny, „(...) przepis art. 224 ust. 1 PrZamPubl wprowadza pojęcie nacechowane elementami subiektywnymi, odwołując się do „wątpliwości zamawiającego”, jak też wskazuje na przypadki gdy „cena wydaje się rażąco niska”, co oznacza, że zamawiający nie jest w każdym przypadku zobowiązany do przeprowadzenia procedury wyjaśniającej kalkulację oferty” (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 16 września 2021 r., KIO 2202/21; również: wyrok z 16 czerwca 2020 r., sygn. akt KIO 709/20 i KIO 715/20; wyrok z 22 maja 2020 r., sygn. akt 410/20).

W opinii UZP wskazano: „Wszystkie wskazane wyżej mierniki [w art. 224 ust. 2 PZP] nie mają, zgodnie z przepisami PZP, charakteru automatycznego i bezwzględnego do zastosowania, tzn. wypełnienie się którejkolwiek ze wskazanych okoliczności (różnica 30%

w cenie oferty badanej w stosunku do któregośkolwiek ze wskazanego wyżej mierników) nie powoduje konieczności każdorazowego wezwania wykonawcy do wyjaśnień podejrzenia rażąco niskiej ceny. W każdym bowiem przypadku zamawiający indywidualnie powinien dokonać oceny, czy określona okoliczność, w stanie faktycznym konkretnej sprawy, skutkuje powstaniem owego podejrzenia. W przypadku miernika wynikającego z art. 90 ust. 1a pkt 1 PZP2004 [obecnie art. 224 ust. 2 pkt 1 PZP], związanego z wartością zamówienia powiększoną o wartość podatku VAT i średnią arytmetyczną wszystkich ofert złożonych

w postępowaniu, kiedy wartość oferty odbiega o minimum 30% od tych mierników zamawiający może nie korzystać z procedury żądania od wykonawców wyjaśnień, jeżeli wskazane rozbieżności wynikają z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia. Oczywiście takich okoliczności oznacza, że wiadomość o nich rozwiewa wszelkie wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów. Z sytuacją taką będziemy mieli do czynienia przykładowo kiedy wartość zamówienia ustalona przez zamawiającego przed wszczęciem postępowania została przeszacowana, tj. ustalona na znacząco wyższym poziomie niż wynikałoby to z realiów rynkowych, a złożone w postępowaniu oferty potwierdzają tę sytuację. Z podobną sytuacją mamy do czynienia w przypadku miernika, o którym mowa

w art. 90 ust. 1a pkt 2 PZP2004 [obecnie art. 224 ust. 2 pkt 2 PZP]. Przepis ten daje zamawiającemu prawo a nie obowiązek wystąpienia do wykonawcy z żądaniem wyjaśnienia podejrzenia rażąco niskiej ceny, jeżeli uzna to za stosowne w określonych realiach. Z taką sytuacją możemy mieć do czynienia przykładowo, kiedy wartość zamówienia ustalona przez zamawiającego przed wszczęciem postępowania straciła na swojej aktualności po wszczęciu postępowania, w szczególności na etapie składania ofert, kiedy zamawiający dokonuje ich badania i oceny” (zob. Opinia wydana przez UZP z 16 listopada 2016 r. nt. „Badanie rażąco niskiej ceny oferty po nowelizacji”, www.uzp.gov.pl).

W wyroku z 24 listopada 2017 r., KIO 2373/17, Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła uwagę, że Ustawa Pzp nie definiuje rażąco niskiej ceny, niemniej punktem odniesienia winien być przedmiot zamówienia. Zatem należy przyjąć, że rażąco niska cena to taka, która jest nierealistyczna, niewiarygodna w kontekście aktualnej sytuacji rynkowej. Nie wystarczy więc, aby cena zasadniczo odbiegała od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen pozostałych ofert złożonych w postępowaniu. Istotne, aby była to cena taka, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby nieopłacalne. Musi to być cena rażąco niska w stosunku do konkretnego przedmiotu zamówienia, uwzględniającego specyfikę rynku, w tym przypadku specyfikę świadczenia usług telefonii komórkowej”.

Wezwanie do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny skierowane do odwołującego ograniczało się do wskazania podstawy prawnej i przywołania treści przepisów, bez faktycznego odniesienia się do specyfiki przedmiotowego zamówienia i tym samym wskazania, co i z jakich powodów budzi wątpliwości zamawiającego w zakresie zaoferowanej ceny. Brak szczegółowego wskazania, co budzi wątpliwości zamawiającego, co najmniej utrudniało odwołującemu złożenie rzetelnych i wyczerpujących wyjaśnień. Dodatkowo rodziło to niepewność co do zasadności samego wezwania. Odwołujący stoi na stanowisku, iż zamawiający jest zobowiązany do przedstawienia w wezwaniu do wyjaśnień, co i z jakich powodów budzi jego wątpliwości w zakresie ceny oferty. Przy czym nie jest wystarczające ograniczenie się do wskazania, że wątpliwości budzi po prostu cena oferty lub wszelkie jej składniki (w tym wypadku wynikające z treści art. 224 ust. 3 ustawy Pzp), gdyż taka informacja niczego nie precyzuje.

Pomimo zastrzeżeń co do zasadności wezwania do wyjaśnień rażąco niskiej ceny, w szczególności w zakresie Części 2 (NW Gryfice II), odwołujący odpowiedział na wezwanie i szczegółowo wyjaśnił jakie czynniki miały wpływ na oferowaną cenę oraz w jaki sposób mogła ona zostać skalkulowana na oferowanym poziomie, a także oświadczył o zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy oraz z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego. Odwołujący mając doświadczenie w świadczeniu kompleksowych usług w zakresie eksploatacji, obsługi i konserwacji urządzeń wodnych wraz z odcinkowym utrzymaniem koryt cieków naturalnych objętych przedmiotowym zamówieniem, wskazał, iż wykonanie zamówienia przy pomocy kosi spalinowej pozwala na czterokrotne zwiększenie wydajności, co za tym idzie kosztu wykonania zamówienia. Odwołujący wskazał sprzęt, którego jest właścicielem, co też ma wpływ na oferowaną cenę za wykonanie zamówienia.

Mając na uwadze, iż treść wezwania do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny nie zawierała żadnych konkretnych elementów, które budziły wątpliwości i które zamawiający chciałby wyjaśnić, odwołujący odniósł się w swojej odpowiedzi do tych czynników cenotwórczych, które uważał za istotne.

Zamawiający w swym uzasadnieniu odrzucenia oferty odwołującego w zakresie części 2 i 3, wskazał, iż odwołujący przyjął do kalkulacji błędną stawkę roboczogodziny na 23,50 zł oraz nie wykazał kosztów ponoszonych w związku z zatrudnieniem pracowników. Następnie zamawiający wymienił jakich jeszcze jego zdaniem odwołujący nie uwzględnił kosztów,

tj.: odzieży specjalistycznej, dowozu pracowników i sprzętu, paliwa. Zamawiający

w uzasadnieniu wskazał, iż odwołujący „nie przedłożył żadnych dowodów na poparcie twierdzenia, że wszyscy pracownicy mają aktualne badania lekarskie – tym samym Zamawiający nie jest w stanie stwierdzić, czy koszt tych badań nie powinien zostać wliczony do kosztów jakie Wykonawca poniesie w związku z realizacją zamówienia”. Zdaniem odwołującego, sporządzając opis przedmiotu zamówienia i dokonując oszacowania wartości zamówienia, zamawiający jest zobowiązany wykonać to z należytą starannością, zatem powinien być również świadomy jakie elementy cenotwórcze będą istotne dla wykonania danego zamówienia, aby gdy cena ofertowa będzie budzić jego wątpliwości mógł wystosować do wykonawcy stosowne i wyczerpujące w swej treści wezwanie do wyjaśnień zaoferowanej ceny.

Zamawiający posłużył się przepisem z art. 224 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, w sposób instrumentalny, bez analizy, czy można wykonać przedmiot zamówienia za oferowaną cenę ofertową, w szczególności, iż ustalona przez niego wartość zamówienia odbiegała w sposób znaczący od wszystkich ofert, tj. była wyższa od wszystkich złożonych ofert. Nieuwzględnienie wyjaśnień odwołującego głównie z powodu błędnej minimalnej stawki godzinowej było nieuzasadnione, gdyż jasno wynikało, iż była to oczywista omyłka odwołującego,

w szczególności, że świadczy on przedmiotową usługę na rzecz zamawiającego i sumiennie wykonuje zobowiązania wynikające z zatrudnienia pracowników, co zamawiający jest uprawniony na bieżąco weryfikować. Koszty wskazane przez zamawiającego w uzasadnieniu odrzucenia powinny się znaleźć w wezwaniu do wyjaśnień rażąco niskiej ceny, aby odwołujący mógł przygotować wyczerpującą odpowiedź na wątpliwości zamawiającego.

Skoro złożone wyjaśnienia budziły wątpliwości, to nie stanowi to wystarczającej podstawy do uznania, że cena oferty jest rażąco niska. Wyjaśnienia złożone przez odwołującego powinny ten fakt potwierdzać, aby jego oferta mogła zostać odrzucona, „*Jak trafnie wskazał Sąd Okręgowy w Białymstoku w wyroku z dnia 2.12.2020 r. (sygn. akt: II Ca 915/20) ponowne wezwanie powinno być wystosowane w sytuacji, gdy zakres wyjaśnień i dowodów złożonych przez wykonawcę na pierwsze wezwanie odpowiadał temu wezwaniu, a mimo to zrodziły one po stronie zamawiającego dalsze wątpliwości, które wymagają dodatkowego wyjaśnienia, doszczegółowienia, ewentualnie udowodnienia. Nie budzi także zastrzeżeń dopuszczalność kontynuowania procedury wyjaśniającej w sytuacji, gdy pierwotne wezwanie zamawiającego było zbyt ogólne i nieprecyzyjne, wykonawca nie powinien bowiem ponosić negatywnych konsekwencji takiego wezwania. Zgodzić się trzeba również z tym, że kolejne wezwanie nie może prowadzić do bezpodstawnego stworzenia kolejnej szansy dla wykonawcy, który złożył wyjaśnienia o wysokim poziomie ogólności, nie przedstawiając przy tym żadnych dowodów potwierdzających kalkulację ceny oferty, a także prowadzić do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Skład orzekający stanowisko to podziela i przyjmuje za własne*” (wyr. KIO z 16 marca 2021 r., KIO 293/21).

Zdaniem odwołującego, zamawiający był uprawniony wystosować powtórne wezwanie, jeśli złożone wyjaśnienia rodziły u niego wątpliwości, na przykład, gdy treść wyjaśnień była niejasna dla zamawiającego i oczekiwał on doprecyzowania niektórych zagadnień, w szczególności, gdy treść pierwszego wezwania nie została sformułowana w należyty sposób. Sprecyzowanie wątpliwości i oczekiwań ze strony zamawiającego, umożliwiłoby odwołującemu odniesienie się do nich na odpowiednim poziomie szczegółowości.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o częściowe odrzucenie odwołania (w zakresie zarzutów nr 1 i 2), w pozostałym zakresie o oddalenie odwołania. Zamawiający wskazał, co następuje.

Zarzute naruszenia art. 224 ust. 2 pkt 1 w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp.

Zamawiający wskazał, że odwołujący został wezwany, przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, do złożenia wyjaśnień dotyczących wysokości zaoferowanej ceny za przedmiot zamówienia dnia 29 grudnia 2023 r. (dowód: wezwanie do wyjaśnień rażąco niskiej ceny z 29 grudnia 2023 r. – w aktach sprawy).

Zgodnie z art. 515 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy Pzp:

1. Odwołanie wnosi się:

1) w przypadku zamówień, których wartość jest równa albo przekracza progi unijne, w terminie: 10 dni od dnia przekazania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia, jeżeli informacja została przekazana przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, 15 dni od dnia przekazania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia, jeżeli informacja została przekazana w sposób inny niż określony w lit. a; (...).

Pierwsza grupa odwołań, których terminy są określone w art. 515 p.z.p., to odwołania na czynności zamawiającego, o których informacja została przekazana. Jest to najliczniejsza grupa odwołań. Należą do nich np. informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty i odrzuceniu ofert, wezwanie do złożenia wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny, wezwanie do złożenia, poprawienia lub uzupełnienia dokumentów podmiotowych czy wreszcie informacji o unieważnieniu postępowania. Odwołujący musi opisać, od jakiej czynności zamawiającego się odwołuje i wskazać termin otrzymania informacji. Faktyczne zapoznanie się z informacją o czynności zamawiającego nie ma znaczenia dla biegu terminu odwołania. Na przykład, jeśli zamawiający prześle wiadomość elektroniczną na skrzynkę mailową odwołującego w piątek wieczorem, a wykonawca dopiero w poniedziałek zapozna się z nią, nie wpłynie to na fakt rozpoczęcia biegu terminu na odwołanie już sobotą (tak: Nowicki Józef Edmund, Wiśniewski Piotr, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, wyd. V, 2023, Lex).

Skoro odwołujący zarzuca, że został niesłusznie wezwany do złożenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny, to uznać należy, że czynnością zamawiającego stanowiącą podstawę wniesienia odwołania było znajdujące się w aktach wezwanie do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny z 29 grudnia 2023 r., które zostało przekazane odwołującemu 29 grudnia 2023 r. Skoro wezwanie zostało przekazane wykonawcy 29 grudnia 2023 r., to uznać należy, iż termin na wniesienie odwołania w zakresie dotyczącym tej czynności zamawiającego upływał 8 stycznia 2024. Odwołanie zostało zaś wniesione 29 stycznia 2023 r., a zatem miesiąc po otrzymaniu przez wykonawcę przedmiotowej informacji. Tym samym uznać należy, iż zostało ono złożone po upływie 10-dniowego terminu określonego w art. 515 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy Pzp.

Zamawiający wskazał, że nawet gdyby uznać, iż do - nieuzasadnionego w ocenie wykonawcy - wezwania do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny ma zastosowanie art. 515 ust. 3 ustawy Pzp (przyp. co budzi poważne wątpliwości w doktrynie), to zgodnie z ww. przepisem:

3. Odwołanie w przypadkach innych niż określone w ust. 1 i 2 wnosi się w terminie:

1) 10 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia, w przypadku zamówień, których wartość jest równa albo przekracza progi unijne.

Termin określony w tym przepisie liczony jest nie tylko od dnia faktycznego powzięcia wiadomości o okolicznościach stanowiących podstawę wniesienia odwołania, ale od dnia, w którym – przy zachowaniu należytej staranności – można było powziąć taką wiadomość. Zgodnie z art. 355 § 2 KC, miernik należytej staranności stosowany wobec wykonawcy prowadzącego działalność gospodarczą ulega podwyższeniu i określa się go przy uwzględnieniu zawodowego charakteru prowadzonej przez tego wykonawcę działalności. Jak wskazał SO w Warszawie w wyr. z 29.10.2021 r. (XXIII Zs 109/21, Legalis), *Należyta staranność określana przy uwzględnieniu zawodowego charakteru prowadzonej działalności gospodarczej uzasadnia zwiększone oczekiwanie co do umiejętności, wiedzy, skrupulatności i rzetelności, zapobiegliwości i zdolności przewidywania. Obejmuje także znajomość obowiązującego prawa oraz następstw z niego wynikających w zakresie prowadzonej działalności*” (tak: komentarz do art. 515 PZP red. Jaworska 2023, wyd. 5/M. Jaworska, Legalis).

Odwołanie zostało wniesione 29 stycznia 2023 r., a zatem miesiąc po otrzymaniu przez wykonawcę wezwania. Bezsprzecznie zaś wykonawca - uwzględniając zawodowy charakter jego działalności – mógł powziąć wiedzę o tym, że rozbieżność pomiędzy ceną oferty odwołującego a wartością zamówienia powiększoną o należyty podatek od towarów i usług była niższa niż 30%, wcześniej niż 19 stycznia 2023 r. (przyp. wykonawca w sposób nieuprawniony przyjął, że od tego dnia biegnie termin na złożenie odwołania w zakresie przedmiotowego zarzutu). Po otrzymaniu wezwania 29 grudnia 2023 r. wymagało to jedynie ze strony wykonawcy wykonania prostego działania matematycznego polegającego na pomnożeniu wartości zamówienia powiększonej o podatek od towarów i usług przez 0,7 oraz porównaniu tak otrzymanego wyniku z ceną ofertową wykonawcy. Nie sposób uznać,

iż czasem właściwym na podjęcie przez profesjonalnego wykonawcę tego typu działań jest termin 3 tygodni od dnia otrzymania wezwania. Powyższa weryfikacja z całą pewnością mogła i powinna nastąpić przed 19 stycznia 2023 r.

Mając na uwadze powyższe, odwołanie powinno ulec odrzuceniu w zakresie zarzutu nr 1 na podstawie art. 528 pkt 3 ustawy Pzp.

Na wypadek braku podzielenia przez Wysoką Izbę ww. argumentacji zaznaczenia wymaga, że nie sposób zgodzić się z wykonawcą, jakoby wezwanie do wyjaśnień rażąco niskiej ceny w zakresie cz. 2 było niezasadne. Zamawiający przyznaje, iż oferowana przez wykonawcę cena nie była niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług. W treści wezwania zamawiający błędnie powołał się na przepis art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp. Nastąpiło to wskutek omyłki pisarskiej, albowiem zamawiający zamierzał wezwać wykonawcę do wyjaśnień rażąco niskiej ceny na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający ustalił wartość zamówienia dla części numer 2 na kwotę 418 857,76 zł, co stanowiło równowartość 94 049,25 euro. Dla usługi będącej przedmiotem zamówienia zastosowanie znajduje stawka podatku od towarów i usług 23 %. Oznacza to, że wartość zamówienia powiększona o należny podatek od towarów i usług wynosi 515.195,04 zł (418 857,76 zł x 1,23) (dowód: protokół postępowania, SWZ, SWZ po zmianie Nr 1 z 9 listopada 2023 r. – w aktach sprawy).

Oznacza to, że oferowana przez wykonawcę cena była niższa od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług o 29,93834723253547%. A zatem cena ofertowa wykonawcy zbliżyła się do pułapu 30% praktycznie w najbardziej możliwym zakresie, przekraczając go o ok. 590,00 zł, co przy wartości zamówienia powiększonej o podatek VAT wynoszącej 515.195,04 zł, stanowi bardzo znikomą wartość. Tymczasem istotne znaczenie ma fakt, że wartość zamówienia została ustalona w dniu 21.08.2023, 17.08.2023, 16.08.2023, 03.08.2023, 14.08.2023, 31.08.2023 na podstawie kosztorysu inwestorskiego (dowód: protokół postępowania – w aktach sprawy). Przyjmując, że do ostatecznego ustalenia wartości przedmiotu zamówienia w zakresie cz. 2 doszło najpóźniej 31 sierpnia 2023 r. (przyp. jest to najpóźniejsza spośród wymienionych dat), zaznaczenia wymaga, iż w dniu 14 września 2023 r. (a więc po ustaleniu wartości zamówienia, ale przed wszczęciem postępowania) uchwalone zostało rozporządzenie o minimalnym wynagrodzeniu 2024. Rozporządzenie to przewiduje, że minimalne wynagrodzenie od dnia 1 stycznia 2024 r. będzie wynosić 4.242 zł. Natomiast od dnia 1 lipca 2024 r. 4.300 zł. Postępowanie zostało wszczęte (tj. przekazano ogłoszenie o zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej) w dniu 24 października 2023 r. Otwarcie ofert miało miejsce 5 grudnia 2023 r.

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

W niniejszym stanie faktycznym cena zaoferowana przez odwołującego wydawała się zamawiającemu rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz budziła wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z dokumentami określonymi

w dokumentach zamówienia, a przede wszystkim – również wynikających z odrębnych przepisów. Przede wszystkim należy zauważyć, że przedmiotem zamówienia są usługi eksploatacji, obsługi i konserwacji urządzeń wodnych oraz utrzymania cieków naturalnych. Główny koszt związany z realizacją takiej usługi stanowi koszt związany z zatrudnieniem pracowników. Pracownicy zatrudnieni przez wykonawców – jak pokazują wyjaśnienia zaoferowanej ceny złożone w ramach innych części – zatrudnieni są praktycznie zawsze za wynagrodzeniem w wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę. Z tego powodu wzrost minimalnego wynagrodzenia za pracę przekłada się bezpośrednio na znaczny zwrot kosztów realizacji całej usługi. W przypadku natomiast usług wymagających zastosowania niewielkiej ilości materiałów i wymagających mniejszego zaangażowania sprzętu – a taka usługa jest przedmiotem zamówienia – wzrost minimalnego wynagrodzenia za pracę wpływa bardzo mocno na całokształowy wzrost kosztów. Rozporządzenie z 14 września 2023 r. określiło,

że minimalne wynagrodzenie od 1 stycznia 2024 r. będzie wynosić 4.242 zł (co oznacza wzrost o względem poprzednio obowiązującego minimalnego wynagrodzenia o 17,83%). Natomiast od dnia 1 lipca 2024 r. będzie wynosić 4.300 zł (co oznacza wzrost o względem poprzednio obowiązującego minimalnego wynagrodzenia o 19,44%). W takiej sytuacji wzrost minimalnego wynagrodzenia za pracę miał istotny wpływ na koszty ponoszone przez wykonawcę w związku z realizacją zamówienia, albowiem wynagrodzenie za pracę stanowi główny koszt wykonawcy przy wykonywaniu usług objętych zamówieniem. Skoro oszacowana przez zamawiającego wartość zamówienia (powiększona o należny podatek od towarów i usług) przy założeniu minimalnego wynagrodzenia za pracę w wysokości 3.600 zł stanowiła kwotę 515 195,04 zł,

a po znacznym wzroście minimalnego wynagrodzenia za pracę zamawiający otrzymał ofertę wykonawcy w wysokości 360 954,16 zł brutto, która była wyższa o 590,62 zł od pułapu obligującego zamawiającego do wezwania wykonawcy do wyjaśnień w trybie art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, obliczonego na podstawie pierwotnie ustalonej wartości zamówienia (bez uwzględnienia istotnego wzrostu minimalnego wynagrodzenia za pracę), to zamawiający nabrał podejrzeń i wątpliwości co do możliwości wykonania zamówienia za tę cenę oraz wątpliwości, czy cena zaoferowana przez wykonawcę w cz. nr 2 jest zgodna

z rozporządzeniem o minimalnym wynagrodzeniu w 2024 r. Podkreślenia w tym kontekście wymaga, że cena zaoferowana przez odwołującego stanowi 0,70062 % wartości zamówienia powiększonej należny podatek od towarów i usług. Do zastosowania normy prawnej z art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, nakazującej wezwanie do wyjaśnień w przypadku osiągnięcia lub przekroczenia 30% od wartości zamówienia brakło zaledwie 0,0062 punktów procentowych. Wykonawca zaoferował cenę minimalnie powyżej progu określonego w art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp. Zasadne jest przypuszczenie, że wykonawca nie kalkulował ceny poprzez weryfikację jakie koszty musi ponieść w związku z realizacją zamówienia, ani poprzez uwzględnienie w zaoferowanej cenie godziwego zysku. Do wyliczenia ceny doszło raczej

w ten sposób, aby pozwalała wykonawcy „wstrzelić” się w wartość zamówienia i zaoferować usługi za wynagrodzeniem minimalnie przed limit z art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, tak by wykonawca nie był wzywany do wyjaśnień zaoferowanej ceny. Aspekt ten wzbudził poważne wątpliwości zamawiającego.

Na uwagę zasługuje również fakt, że wykonawca złożył ofertę na wykonanie 12 części zamówienia, z czego aż w 6 przypadkach oferowana cena opiewała na kwotę obligującą zamawiającego do wezwania wykonawcy do wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Z czego

w niektórych przypadkach przekroczenie tego limitu było znaczne (dowód: tabela zamawiającego – zestawienie ofert).

Tym samym zamawiający uznał, że powinien wezwać wykonawcę do wyjaśnień także

w przypadku, w którym wykonawca zaoferował cenę minimalnie wyższą od limitu, co miało miejsce w zakresie cz. 2. Powyższe zestawienie ofert jedynie pogłębiło wątpliwości zamawiającego, co do możliwości wykonania zamówienia przez odwołującego za zaoferowaną cenę w zakresie cz. 2 i w sposób ostateczny przesądziło o skierowaniu przez zamawiającego wezwania do wykonawcy w zakresie wyjaśnień rażąco niskiej ceny w cz. 2. Wezwania, w którym jedynie omyłkowo w zakresie wszystkich części jako podstawę wskazano art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp.

Skoro cena zaoferowana przez odwołującego wydawała się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz budziła wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z dokumentami określonymi w dokumentach zamówienia oraz odrębnych przepisach, to nie sposób uznać, iż w okolicznościach sprawy wezwanie do wyjaśnień rażąco niskiej ceny w zakresie cz. 2 nastąpiło w sposób sprzeczny z prawem. Pomimo omyłkowego wskazania innej podstawy prawnej w treści wezwania, znajduje ono swoje usprawiedliwione podstawy prawne w przepisie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp.

Zamawiający powołał się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej wydany w zbliżonym stanie faktycznym, tj. wyrok z 6 lutego 2023 r., sygn. akt KIO 200/23, w którym Izba wskazała: „*Użyte w art. 224 ust. 1 PrZamPubl sformułowanie „budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia” wskazuje na wrażenie zamawiającego charakteryzujące się dużym stopniem subiektywności. Przepisy PrZamPubl w tym zakresie nie wskazują żadnych przesłanek uzasadniających konieczność wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień. Zamawiający może powziąć wątpliwości w oparciu o szereg czynników,*

w tym doświadczenie nabyte przy udzielaniu tego rodzaju usług, znajomość cen obowiązujących na rynku, ceny innych ofert złożonych w postępowaniu itp. O ile dyspozycja przepisu odnosi się do subiektywnego wrażenia zamawiającego, podkreślić należy, że nie jest to okoliczność, z której zamawiający może korzystać swobodnie, lecz musi wziąć pod uwagę aktualne realia rynkowe. Zamawiający rozstrzygając, czy ma do czynienia z rażąco niską ceną, powinien mieć na uwadze w szczególności „rzeczywistą relację wartości świadczenia pieniężnego do wartości świadczenia niepieniężnego”. Inny sposób dokonania badania zaoferowanej w danym postępowaniu w przez wykonawcę ceny może prowadzić do krzywdzącego innych wykonawców działania zamawiającego.

Zarzut naruszenia art. 224 ust. 1 w zw. art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp.

Odwołujący podniósł, że zamawiający zaniechał wskazania w treści wezwania do wyjaśnień rażąco niskiej ceny, w jakim zakresie cena oferty i jakie konkretnie elementy oferty odwołującego budzą wątpliwości zamawiającego, co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia. Wykonawca został wezwany przy użyciu środków komunikacji elektronicznej do złożenia wyjaśnień dotyczących wysokości zaoferowanej ceny za przedmiot zamówienia

29 grudnia 2023 r. (dowód: wezwanie do wyjaśnień rażąco niskiej ceny z 29 grudnia 2023 r. – w aktach sprawy - historia korespondencji pomiędzy zamawiającym, a wykonawcą – wydruk).

Zgodnie z art. 515 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy Pzp:

1. Odwołanie wnosi się:

1) w przypadku zamówień, których wartość jest równa albo przekracza progi unijne, w terminie: 10 dni od dnia przekazania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia, jeżeli informacja została przekazana przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, 15 dni od dnia przekazania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia, jeżeli informacja została przekazana w sposób inny niż określony w lit. a; (...).

Pierwsza grupa odwołań, których terminy są określone w art. 515 p.z.p., to odwołania na czynności zamawiającego, o których informacja została przekazana. Jest to najliczniejsza grupa odwołań. Należą do nich np. informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty i odrzuceniu ofert, wezwanie do złożenia wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny, wezwanie do złożenia, poprawienia lub uzupełnienia dokumentów podmiotowych czy wreszcie informacji o unieważnieniu postępowania. Odwołujący musi opisać, od jakiej czynności zamawiającego się odwołuje i wskazać termin otrzymania informacji. Faktyczne zapoznanie się z informacją o czynności zamawiającego nie ma znaczenia dla biegu terminu odwołania. Na przykład, jeśli zamawiający prześle wiadomość elektroniczną na skrzynkę mailową odwołującego w piątek wieczorem, a wykonawca dopiero w poniedziałek zapozna się z nią, nie wpłynie to na fakt rozpoczęcia biegu terminu na odwołanie już sobotą (tak: Nowicki Józef Edmund, Wiśniewski Piotr, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, wyd. V, 2023, Lex).

Skoro odwołujący zarzuca zamawiającemu, wadliwe sformułowanie wezwania do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, to uznać należy, że czynnością zamawiającego stanowiącą podstawę wniesienia odwołania było znajdujące się w aktach wezwanie do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny z 29 grudnia 2023 r., które zostało przekazane odwołującemu 29 grudnia 2023 r. Skoro wezwanie zostało przekazane wykonawcy 29 grudnia 2023 r., to uznać należy, iż termin na wniesienie odwołania w zakresie dotyczącym tej czynności zamawiającego upływał 8 stycznia 2024 r. Odwołanie zostało zaś wniesione 29 stycznia 2023 r., a zatem miesiąc po otrzymaniu przez wykonawcę przedmiotowej informacji. Tym samym uznać należy, iż zostało ono złożone po upływie 10-dniowego terminu określonego w art. 515 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy Pzp.

Zamawiający wskazał, że nawet gdyby uznać, iż do nieuzasadnionego w ocenie wykonawcy wezwania do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny ma zastosowanie art. 515 ust. 3 ustawy Pzp (przyp. co budzi poważne wątpliwości w doktrynie), to zgodnie z ww. przepisem:

3. Odwołanie w przypadkach innych niż określone w ust. 1 i 2 wnosi się w terminie:

1) 10 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia, w przypadku zamówień, których wartość jest równa albo przekracza progi unijne.

Termin określony w tym przepisie liczony jest nie tylko od dnia faktycznego powzięcia wiadomości o okolicznościach stanowiących podstawę wniesienia odwołania, ale od dnia, w którym – przy zachowaniu należytej staranności – można było powziąć taką wiadomość. Zgodnie z art. 355 § 2 KC, miernik należytej staranności stosowany wobec wykonawcy prowadzącego działalność gospodarczą ulega podwyższeniu i określa się go przy uwzględnieniu zawodowego charakteru prowadzonej przez tego wykonawcę działalności. Jak wskazał SO w Warszawie w wyr. z 29.10.2021 r. (XXIII Zs 109/21, Legalis), *Należyta staranność określana przy uwzględnieniu zawodowego charakteru prowadzonej działalności gospodarczej uzasadnia zwiększone oczekiwanie co do umiejętności, wiedzy, skrupulatności i rzetelności, zapobiegliwości i zdolności przewidywania. Obejmuje także znajomość obowiązującego prawa oraz następstw z niego wynikających w zakresie prowadzonej działalności* (tak: komentarz do art. 515 PZP red. Jaworska 2023, wyd. 5/M. Jaworska, Legalis).

Odwołanie zostało wniesione 29 stycznia 2023 r., a zatem miesiąc po otrzymaniu przez wykonawcę wezwania. Wykonawca - uwzględniając zawodowy charakter jego działalności – powinien powziąć wiedzę o treści wezwania maksymalnie po upływie kilku dni od jego przesłania (przyp. przesłanie to miało miejsce w piątek 29 grudnia 2023 r. w godzinach wieczornych). Nie sposób uznać, iż czasem właściwym na podjęcie przez profesjonalnego wykonawcę tego typu działań jest termin 3 tygodni od dnia otrzymania wezwania. Zapoznanie się z treścią wezwania i jego analiza powinna nastąpić przed 19 stycznia 2023 r. (przyp. wykonawca w sposób nieuprawniony przyjął, że od tego dnia biegnie termin na złożenie odwołania w zakresie przedmiotowego zarzutu), co zresztą w okolicznościach sprawy niechybnie nastąpiło, albowiem odwołujący udzielił wyjaśnień rażąco niskiej ceny 31 grudnia 2023 r. (dowód: wezwanie do wyjaśnień rażąco niskiej ceny z dnia 29 grudnia 2023r. –

w aktach sprawy - historia korespondencji pomiędzy zamawiającym, a wykonawcą – wydruk).

Tak czy inaczej – nawet przy przyjęciu, iż od daty tej biegł termin na złożenie odwołania, ostatni dzień tego terminu przypadałby na 10 stycznia 2024 r.

Mając na uwadze powyższe, odwołanie powinno ulec odrzuceniu w zakresie zarzutu nr 2 na podstawie art. 528 pkt 3 ustawy Pzp.

Na wypadek braku podzielenia przez Izbę ww. argumentacji zaznaczenia wymaga, że nie sposób podzielić

argumentacji odwołującego, co do zasadności przedmiotowego zarzutu. Jak już zaznaczono na wstępie – odwołujący zarzuca, że zamawiający zaniechał wskazania

w treści wezwania do wyjaśnień rażąco niskiej ceny w jakim zakresie cena oferty i jakie konkretnie elementy oferty odwołującego budzą wątpliwości zamawiającego, co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia.

W tym kontekście istotne znaczenie ma fakt, że zamawiający – inaczej niż w poprzednich latach – nie wymagał w postępowaniu złożenia przez wykonawców wraz z ofertą Kosztorysu ofertowego sporządzonego na podstawie przedmiaru i kosztorysu nakładczego. Kosztorys ten nie stanowił w postępowaniu części składowej oferty ani nie miał być także składany przez wszystkich wykonawców w charakterze pomocniczym. Zgodnie z pkt 17.4 SWZ to wykonawca, którego oferta została wybrana miał obowiązek przedłożenia zamawiającemu przed zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego, kosztorysu sporządzonego na podstawie przedmiaru i kosztorysu nakładczego odpowiedniego dla danej części zamówienia. Przedstawiając kosztorys wykonawca zobowiązany był do rzetelnego wycenienia wszystkich pozycji w nim przewidzianych, zgodnie z ofertą złożoną przez wykonawcę w postępowaniu oraz przedmiarem i kosztorysem nakładczym. Składając ofertę w niniejszym postępowaniu, wykonawcy nie przedstawiali więc mniej lub bardziej szczegółowego oszacowania ceny czy kosztów związanych z realizacją zamówienia. Formularz oferty składał się z miejsc na podanie przez wykonawców Całkowitej ceny oferty (ceny za 12 miesięcy wykonywania zamówienia) oraz Ceny za jeden (1) miesiąc wykonywania zamówienia. Dopiero na późniejszym etapie miało dojść do konkretyzacji przez wykonawcę poszczególnych kosztów, które wraz z zyskiem składać się miały na zaoferowaną przez wykonawcę cenę ofertową (dowód: SWZ, SWZ po zmianie Nr 1 z 9 listopada 2023 r. – w aktach sprawy).

Skoro brak było na analizowanym etapie postępowania wymaganego dokumentu, który określałby składowe części ceny oszacowanej przez wykonawcę na potrzeby złożenia oferty

i odwołujący takowego dokumentu nie złożył, to nie jest zasadne zarzucanie zamawiającemu, iż ten nie wskazał wykonawcy w wezwaniu jakie konkretnie elementy oferty odwołującego budzą wątpliwości zamawiającego. Inaczej rzecz ujmując, brak było możliwości wskazania przez zamawiającego poszczególnych elementów cenotwórczych, które budziłyby jego wątpliwości. To rolą odwołującego było natomiast aby wskazać w swych wyjaśnieniach wszelkie istotne czynniki mające wpływ na obliczenie przez niego ceny ofertowej.

W tym miejscu zasadne jest także przytoczenie treści wezwania skierowanego przez zamawiającego, z uwzględnieniem powyższych wniosków. W skierowanym do wykonawcy wezwaniu, zamawiający:

- zgodnie z dyspozycją art. 223 ust. 3 ustawy Pzp, wskazał jakich aspektów mogą dotyczyć wyjaśnienia wykonawcy,
- za art. 223 ust. 4 ustawy Pzp, pouczył odwołującego, że obowiązkowe jest złożenie wyjaśnień w zakresie zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie oraz 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;

- wskazał odwołującemu, że wyjaśnienia wykonawcy będą oceniane przez zamawiającego w oparciu o przedstawione czynniki obiektywnie mające wpływ na zaoferowaną cenę;

- wskazał odwołującemu, że wykonawca w wyjaśnieniach musi wykazać, iż zaproponowana cena nie jest rażąco niska – wyjaśnienia muszą być konkretne i wyczerpujące a przedstawione dowody powinny potwierdzać, że zaproponowane ceny zostały skalkulowane w sposób rzetelny i umożliwiające wykonanie zamówienia zgodnie z warunkami określonymi przez zamawiającego

- wskazał odwołującemu, że przedłożone wyjaśnienia powinny uwzględniać wszystkie koszty ponoszone przez wykonawcę w związku z realizacją przedmiotu umowy i uwzględniać osiągnięcie przez wykonawcę także stosownego zysku.

Mając na uwadze tak określony zakres informacji ujętych w wezwaniu, a także brak możliwości odniesienia się do poszczególnych kosztów czy części składowych wynagrodzenia wykonawcy na obecnym etapie postępowania, zamawiający stoi na stanowisku, że w pełni uprawnione jest stwierdzenie, iż skonstruowane wezwanie dawało profesjonalnemu wykonawcy możliwość złożenia rzetelnych i konkretnych wyjaśnień, a oczekiwania zamawiającego zostały wyrażone w sposób dostatecznie jasny. Samo zaś wezwanie zostało sformułowane w sposób prawidłowy i w okolicznościach sprawy w pełni realizowało swój ustawowy cel. W tych okolicznościach nie sposób zgodzić się z odwołującym, który zarzuca zamawiającemu brak określenia poszczególnych kosztów zamówienia, które budzą jego wątpliwości. Nie można zapominać, że w myśl art. 224 ust. 5 ustawy Pzp, obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa na wykonawcy. Skoro zamawiający nie ograniczył zakresu wezwania, to przyjąć należy, iż wykonawca powinien odnieść swoje wyjaśnienia do wszystkich kosztów mających wpływ na zaoferowaną cenę (przyp. na co wprost wskazano w wezwaniu), a nie niektórych kosztów czy składników ceny.

Uwzględniając zawodowy charakter działalności prowadzonej przez przedsiębiorcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia, przy dochowaniu należytej staranności nie powinno stanowić dla niego problemu: zdiagnozowanie wszystkich istotnych kosztów realizacji zamówienia publicznego, rzetelne dokonanie kalkulacji tych kosztów, wskazanie zysku wykonawcy, przedłożenie dowodów na poparcie kosztów ponoszonych w związku z realizacją zamówienia, w tym dotyczących zgodności z przepisami określającymi minimalne wynagrodzenie za pracę albo minimalną stawkę godzinową oraz kosztów pracodawcy wynikających z zatrudnienia pracownika. Tym bardziej, że zamawiający udostępnił w załączeniu do SWZ - jako dokumenty zamówienia – przedmiary i kosztorysy nakładcze dla wszystkich części zamówienia.

Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp oraz zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 oraz art. 224 ust. 1 i 6 ustawy Pzp.

Zamawiający wskazuje, że nie sposób jest uznać, aby odwołujący udowodnił, że jego cena nie jest rażąco niska, a co za tym idzie, że jego oferta nie powinna ulec odrzuceniu. Wyjaśnienia z 29 grudnia 2023br. były ogólne i lakoniczne i nie potwierdzające, że jest w stanie z zyskiem wykonać zamówienie za zaoferowaną cenę. Nadto wyjaśnienia wskazywały na brak zgodności oferty odwołującego z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny. W wyjaśnieniach tych odwołujący:

- na str. 1 wskazał, że: „*Stawka roboczogodziny została ustalona na 23,50 zł, a więc zgodnie z przepisami dotyczącymi kosztów pracy. Wszyscy pracownicy firmy DREN Sp. z o.o. są zatrudnieni na umowę o pracę na pełny etat oraz opłacane są na bieżąco składki na ich ubezpieczenia społeczne. Pracownicy posiadają aktualne badania lekarskie oraz są przeszkoleni pod kątem bezpieczeństwa i higieny pracy*”,

- na str. 2 wskazał, że zmienia technologię koszenia z ręcznego wykaszania porostów, na koszenie kosą spalinową, co pozwala na czterokrotne zwiększenie wydajności,

- na str. 2-7 (przyp. w tym str. 2-4 w odniesieniu do cz. 2 i 3) podał, ile r-g jest potrzebnych na wykoszenie poszczególnych obiektów przy zastosowaniu zmienionej technologii koszenia,

- na str. 7 wskazał, że: (przyp. spółka?) samodzielnie prowadzi kadry i księgowość oraz biuro we własnym domu, dysponuje własnym parkiem maszynowym oraz wykwalifikowanymi zespołami pracowników z wieloletnim doświadczeniem, co pozwala skutecznie kontrolować koszty i osiągać wysoką wydajność,

- na str. 7-8 zamieścił zestawienie sprzętu, następnie zapewniono, że zaoferowana cena pozwoli na pokrycie kosztów i zapewni zysk i nie jest ona rażąco niska. Zapewniono, że zamówienie wykonane zostanie zgodnie z SWZ, umową, dokumentacją techniczną i w wyznaczonym terminie.

Zgodnie z art. 223 ust. 4 ustawy Pzp, obowiązkowe było złożenie wyjaśnień w zakresie zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r.

o minimalnym wynagrodzeniu za pracę lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw,

z którymi związane jest realizowane zamówienie oraz zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie.

W pierwszym z ww. zakresów wykonawca wskazał stawkę roboczogodziny na kwotę 23,50 zł. Zwrócić jednak uwagę należy, że stawka minimalnego wynagrodzenia w 2024 r. wynosi 27,70 zł (w okresie od 1 stycznia 2024 r. do 30 czerwca 2024 r.) i 28,10 zł (w okresie od 1 lipca 2024 r. do 31 grudnia 2024 r.) zgodnie z rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 14 września 2023 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2024 r. Tym samym wskazana przez wykonawcę stawka jest poniżej minimalnej stawki godzinowej. Wykonawca nie wskazał także liczby pracowników, którzy będą zatrudnieni przy realizacji zamówienia, która to liczba ma istotny wpływ dla wysokości kosztów ponoszonych przez wykonawcę w związku z realizacją zamówienia.

W drugim z ww. zakresów wykonawca nie wykazał w żaden sposób kosztów ponoszonych przez pracodawcę w związku z zatrudnieniem pracowników – składek na ubezpieczenie społeczne i składek na Fundusz Pracy. Ponadto wykonawca nie przedłożył żadnych dowodów na poparcie twierdzenia, że wszyscy pracownicy mają aktualne badania lekarskie – tym samym zamawiający nie jest w stanie stwierdzić, czy koszt tych badań nie powinien zostać wliczony do kosztów jakie wykonawca poniesie w związku ze realizacją zamówienia.

Wykonawca wskazał, że zastosowana przez niego technologia wpływa na czterokrotne zwiększenie wydajności oraz obniżenie liczby roboczogodzin. Wykonawca powołał się na korzyści wynikające ze stosowanego przez niego rozwiązania technicznego. Wykonawca nie wyjaśnił, dlaczego przyjęte zostało przez niego akurat czterokrotnie wydajniejsze wykonanie usług. Nie wskazał w jaki sposób obliczona została ta wydajność, jakimi parametrami się przy tym kierował. Nie zostały wskazane specyfikacje techniczne sprzętu ani nie porównano jego wydajności do wydajności koszenia ręcznego. Przywołane obliczenia dotyczące poszczególnych elementów (obiektów) w kwestii zmniejszenia

liczby roboczogodzin nie są zaś zgodne z deklaracją o czterokrotnie wyższej wydajności. Nadto wykonawca nie przedłożył żadnych dowodów na to, że dysponuje on kosami spalinowymi.

Wykonawca nie wskazał w jaki sposób okoliczności te wpływają lub w jaki sposób okoliczności te mogą wpływać na obniżenie ceny. Każdy profesjonalny wykonawca powinien mieć wykwalifikowanych pracowników. Wskazane przez wykonawcę zaplecze techniczne

w żaden sposób nie jest szczególne i zamawiający może przyjąć, że każdy z wykonawców dysponuje podobnym zapleczem technicznym.

Wykonawca nie przedłożył żadnych dowodów na to, że dysponuje wymienionym sprzętem, zwłaszcza z uwzględnieniem faktu, że wykonawca ubiegał się o udzielenie zamówienia

w 12 częściach postępowania, do wykonania których sprzęt ten jest potrzebny. Nie przedstawiono przykładowo ewidencji środków trwałych czy dowodów zakupu sprzętu, który ma zostać użyty do wykonania zamówienia.

Samo zapewnienie zaś o możliwości osiągnięcia przez wykonawcę zysku oraz wykonaniu zamówienia zgodnie z SWZ, umową, dokumentacją techniczną i w wyznaczonym terminie nie jest wystarczające i nie równa się wyjaśnieniom względem zaoferowanej przez wykonawcę ceny. W okolicznościach sprawy twierdzenia te pozostają jedynie gołosłownymi deklaracjami.

Do tak skonstruowanych wyjaśnień nie zostały załączone żadne dowody. Wykonawca nie wskazał jakie koszty poniesie w związku z realizacją zamówienia. Wykonawca nie przedstawił żadnej kalkulacji ceny, obejmującej koszty wykonania zamówienia oraz zysk. Tymczasem nie jest sporne, że w wyjaśnieniach powinny znaleźć się wszystkie założenia przyjęte do kalkulacji ceny. Założeń takich wykonawca nie poczynił. Wspomnieć należy, że zamawiający udostępnił jako załącznik do SWZ przedmiar i kosztorys nakładczy dla każdej części zamówienia. Zamawiający wymagał wprawdzie aby kosztorys ofertowy sporządzony na podstawie tych dokumentów został przedłożony dopiero przez wykonawcę wybranego jako najkorzystniejszy, jednak nic nie stało na przeszkodzie temu, aby wykonawca wezwany do wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożył taki kosztorys w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego. Wykonawca nie pofatygował się nawet by dokonać tej czynności.

Konstatując stwierdzić należy, że odwołujący nie przedstawił żadnej kalkulacji ceny i zysku, podał stawkę roboczogodzin niezgodną z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, całkowicie pominął koszty zatrudnienia obciążające pracodawcę, nie przedstawił żadnych dowodów dysponowania sprzętem, całkowicie pominął koszty materiałów niezbędnych do realizacji zamówienia, koszty odzieży specjalistycznej, koszty paliwa, transportu sprzętu i dowozu pracowników do miejsca wykonywania usług, względnie koszty noclegu i diet tych pracowników. W wyjaśnieniach nie zawarto żadnych kosztów pośrednich związanych z wykonaniem zamówienia. Do wyjaśnień wykonawcy nie zostały dołączone żadne dowody. W wyjaśnieniach pominięto szereg aspektów istotnych dla szacowania ceny, a w pozostałym zakresie wyjaśnienia mają charakter bardzo lakoniczny.

Wykonawca powołuje się na swoje doświadczenie cyt. w świadczeniu kompleksowych usług w zakresie eksploatacji, obsługi i konserwacji urządzeń wodnych wraz z odcinkowym utrzymaniem koryt cieków naturalnych objętych przedmiotowym zamówieniem, jednak nie jest w stanie przedstawić i zidentyfikować choćby najistotniejszych elementów zamówienia mających wpływ na zaoferowaną cenę, ani przedstawić rzetelnej kalkulacji cenowej.

W wyroku z 19 maja 2023 r. sygn. akt KIO 1240/23 Izba wskazała, że *„Uzasadniając cenę zaoferowaną w postępowaniu, wykonawca ma obowiązek wykazać rzeczywiste koszty, jakie poniesie na realizację zamówienia oraz przychody, jakie planuje uzyskać z tytułu realizacji zamówienia w odniesieniu do całego okresu jego realizacji, a w konsekwencji - także zysk*

z realizacji zamówienia. Wykonawca winien wykazać, że przychody, jakie spodziewa się osiągnąć z tytułu realizacji zamówienia co najmniej w całości pokryją koszty związane z jego realizacją”.

Zgodnie z przepisem art. 224 ust. 5 ustawy Pzp, obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa na wykonawcy. Niewywiązanie się z tego obowiązku skutkuje koniecznością odrzucenia oferty. Konsekwencją złożenia wyjaśnień, które nie pozwalają stwierdzić, że zaoferowana cena jest realna, nie są wyczerpujące i nie zostały poparte dowodami jest obowiązek odrzucenia oferty. Tym samym zamawiający zasadnie uznał, że wykonawca nie podolał obowiązkowi wykazania, że zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niska. Dodać także należy, że wszystkie nowe okoliczności wskazane przez wykonawcę w postępowaniu odwoławczym uznać należy za spóźnione. Zamawiający nie dysponował nimi oceniając wyjaśnienia wykonawcy. Odwołujący dopiero w odwołaniu przedstawił listy plac za grudzień 2023 r. Powyższy dowód jako nieprzedstawiony

w wyjaśnieniach nie może wpływać na ocenę tych wyjaśnień dokonaną przez zamawiającego.

Stawiając zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 oraz art. 224 ust. 1 i 6 ustawy Pzp, odwołujący podnosi, że przed odrzuceniem oferty, zamawiający powinien uprzednio skierować do wykonawcy ponowne wezwanie do złożenia wyjaśnień w zakresie kwestii, których wyjaśnienia zamawiający nie wymagał w pierwszym wezwaniu.

Jednakże mając na uwadze okoliczności wskazane powyżej, tj. dostatecznie precyzyjne wezwanie zamawiającego oraz sformułowanie przez wykonawcę odpowiedzi w sposób szczątkowy, ogólny oraz lakoniczny, nieodpowiadający w żadnej mierze skierowanemu do niego wezwaniu, a nadto wskazujący na niezgodność ceny z art. 224 ust. 3 pkt 4 ustawy Pzp, brak było podstaw do skierowania do odwołującego kolejnego wezwania do złożenia kolejnych wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny. Dodać także należy, że do swych wyjaśnień odwołujący nie dołączył żadnych dowodów, choć obiektywnie nie zaistniały żadne okoliczności uniemożliwiające mu ich złożenie.

Wprawdzie orzecznictwo Izby dopuszcza ponowne wezwanie do złożenia wyjaśnień, jednak ma to miejsce w przypadku, gdy pierwsze wyjaśnienia wymagają doprecyzowania czy wyjaśnienia jedynie w niewielkiej części. Sytuacja taka nie ma miejsca. W okolicznościach sprawy, *de facto* nowe wezwanie zmierzałoby do umożliwienia wykonawcy zastąpienia poprzednich, nieprawidłowych wyjaśnień treścią nowych.

Nadto, za niedopuszczalnością ponownego wezwania przemawia wskazanie przez wykonawcę stawki godzinowej niezgodnej z obowiązującą wysokością w roku 2024, w którym mają być świadczone usługi będące przedmiotem zamówienia. Z wyjaśnień wynika,

że wykonawca nie jest w stanie zrealizować zamówienia za zaoferowaną cenę. W takim przypadku ponowne wezwanie stanowiłoby w istocie danie wykonawcy drugiej szansy na udzielenie wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny, co stoi w sprzeczności z zasadami równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. Działanie takie nastąpiłoby zatem niezgodnie z podstawową zasadą ustawy Pzp. Orzecznictwo Izby jednoznacznie sprzeciwia się takim działaniom. Należy mieć na względzie, iż wezwanie kierowane jest do profesjonalnego uczestnika obrotu gospodarczego, wobec którego stosowany jest miernik podwyższonej staranności (art. 355 § 2 k.c.). Mając na tym na uwadze zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, wezwanie w przedmiocie rażąco niskiej ceny należy, co do zasady, kierować do wykonawcy jednokrotnie. Jak wynika z bogatego orzecznictwa KIO, brak rzetelności i staranności po stronie wykonawcy nie może uzasadniać kierowania do niego kolejnych wezwań.

Zarzut naruszenia art. 239 ust. 1 i 2 ustawy Pzp.

W powołaniu na wyżej przytoczoną argumentację, zarzut naruszenia art. 239 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, który ma charakter niewątpliwie wynikowy, uznać należy za niezasadny. Zamawiający wybrał najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia, a oferta odwołującego w sposób zgodny z ustawą, została odrzucona.

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 przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego 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 zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania w zakresie zarzutów nr 1 i 2 odwołania, na podstawie przepisu art. 528 pkt 3 ustawy Pzp, który stanowi, że Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie. Zgodnie zaś z przepisem art. 515 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy Pzp, odwołanie wnosi się w przypadku zamówień, których wartość jest równa albo przekracza progi unijne, w terminie 10 dni od dnia przekazania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia, jeżeli informacja została przekazana przy użyciu środków komunikacji elektronicznej.

W powyższym zakresie Izba podziela wnioszek wraz z uzasadnieniem postawiony przez zamawiającego wskazując, iż czynnością zamawiającego, która mogłaby stanowić podstawę do stawiania przedmiotowych zarzutów odwołujący powziął w chwili przekazania przez zamawiającego wezwania do złożenia wyjaśnień dotyczących ceny ofertowej z 29 grudnia 2023 roku. Zdaniem Izby, to ten dzień należało traktować jako początek biegu terminu na wniesienie odwołania, gdyż odwołujący otrzymując wezwanie zamawiającego uzyskał informacje, które *de facto* dopiero w dniu wniesienia przedmiotowego odwołania, tj. 29 stycznia 2024 roku, odwołujący uznał za stanowiące podstawę do stawiania zamawiającemu określonych zarzutów. W ocenie Izby, okoliczność o podstawie wezwania zamawiającego oraz zakresie żądanych informacji odwołujący powziął już 29 grudnia 2023 roku. Tym samym, stawianie zarzutów w odwołaniu z 29 stycznia 2024 roku w odniesieniu do okoliczności,

o których odwołujący dowiedział się już 29 grudnia 2023 roku, uznać należało za niedopuszczalne. Izba stoi na stanowisku, że o ile odwołujący dowiedział się o czynnościach zamawiającego w wyniku wezwania z 29 grudnia 2023 roku, to czynność tę można również zakwalifikować w taki sposób, że od tej daty należało liczyć termin na wniesienie odwołania kwalifikując ją z przepisu art. 515 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, który stanowi, że odwołanie w przypadkach innych niż określone w ust. 1 i 2 wnosi się w terminie 10 dni od dnia, w którym powzięto lub przy

zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość

o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia, w przypadku zamówień, których wartość jest równa albo przekracza progi unijne.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła,

iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Do merytorycznego rozpoznania na rozprawie, Izba skierowała zarzuty nr 3 i 4 odwołania.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzuty odwołującego są bezzasadne. Krajowa Izba Odwoławcza dzieląc w całości stanowisko zamawiającego (za wyrokiem SO 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.

Pismem z 29 grudnia 2023 r., zamawiający wezwał odwołującego do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, m.in. w zakresie Części 2 (NW Gryfice II) i Części 3 (NW Kamień Pomorski), na podstawie art. 224 ust. 2 pkt 1 i ust. 4 ustawy Pzp. W wezwaniu wskazano, iż ceny ofertowe w zakresie Części 2 (NW Gryfice II) i Części 3 (NW Kamień Pomorski) są ponad 30% niższe niż wartość zamówienia powiększona o podatek od towarów i usług.

Odwołujący, wyjaśnienia złożył 31 grudnia 2023 roku.

19 stycznia 2024 r., zamawiający przesłał odwołującemu informację o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz o odrzuceniu jego oferty, m.in. w zakresie Części 2 (NW Gryfice II) i Części 3 (NW Kamień Pomorski).

Oceny zachowania odwołującego w niniejszym postępowaniu należy dokonać z uwzględnieniem zawodowego charakteru prowadzonej działalności (art. 355 § 2 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 p.z.p), a więc stosować podwyższony miernik staranności wymaganej od profesjonalnego wykonawcy. Wykonawca będący uczestnikiem rynku zamówień publicznych winien znać regulacje prawne nim rządzące. W związku z powyższym, w ocenie Izby nie można uznać argumentacji odwołującego za zasadną.

Wskazać bowiem należy, iż zamawiający w treści wezwania kierowanego do wykonawcy do złożenia wyjaśnień, poza czynnikami, które mogą wpływać na wysokość zaoferowanej ceny ofertowej wynikającymi wprost z przepisów (art. 224 ust. 3 ustawy Pzp), zwrócił wykonawcy uwagę, iż cyt. „Wyjaśnienia Wykonawcy będą oceniane przez Zamawiającego w oparciu

o przedstawione czynniki obiektywne mające wpływ na zaoferowaną cenę. Wykonawca

w wyjaśnieniach musi wykazać, iż zaproponowana cena nie jest rażąco niska - wyjaśnienia muszą być konkretne i wyczerpujące a przedstawione dowody powinny potwierdzać,

że zaproponowane ceny zostały skalkulowane w sposób rzetelny i umożliwiający wykonanie zamówienia zgodnie z warunkami określonymi przez Zamawiającego. Wykonawca powinien mieć świadomość, iż celem wyjaśnień jest umożliwienie dokonania przez Zamawiającego prawidłowej oceny, dlatego wyjaśnienia muszą zawierać informację przydatną dla owej oceny. Przedłożone wyjaśnienia powinny uwzględniać wszystkie koszty ponoszone przez Wykonawcę w związku z realizacją przedmiotu umowy i uwzględniać osiągnięcie przez wykonawcę także stosownego zysku”. Oznacza to, że wykonawca pozostawał w świadomości obowiązku przedłożenia takich wyjaśnień, które w sposób jednoznaczny będą wykazywały prawidłowość zaoferowanej ceny. Tymczasem odwołujący w swoich wyjaśnieniach nie przedstawił żadnego konkretnego argumentu, który prowadziłby do odmiennej oceny, tj. takiej, która pozwalałaby na przyjęcie, że cena ofertowa nie jest rażąco niska.

Odwołujący w swoich wyjaśnieniach powołał się na stawkę roboczogodziny w wysokości 23,50 zł, która nie odpowiadała przepisom odpowiadającym okresowi, w którym ma być świadczona usługa. Już tylko ta okoliczność, która ma decydujące znaczenie przy realizacji umowy, albowiem usługa będąca przedmiotem umowy w decydującym zakresie opiera się na pracy ludzi, przesądza o nieprawidłowości złożonych przez odwołującego wyjaśnień.

Następnie odwołujący wykazuje oszczędności w roboczogodzinach jakie może uzyskać przez zastosowanie metody koszenia kosą spalinową zamiast koszenia kosą ręczną. Jednakże poza samodzielnym przeliczeniem roboczogodzin odwołujący nie dokonuje analizy finansowej przyjętej optymalizacji, która mogłaby wykazywać realność przedstawionej ceny. Odwołujący w swoich wyjaśnieniach podał zastawienie sprzętu jakim dysponuje, jednakże nie dokonał analizy, który z tych sprzętów będzie zastosowany/użyty odpowiednio do części 2 i 3 zamówienia oraz jakie generuje koszty.

Jednozdaniowe podsumowanie złożonych wyjaśnień, iż „Oświadczam, że cena zaoferowana dla części 2, 3, 13, 19 pozwoli na pokrycie kosztów i zapewni zysk” nie może zostać uznane za wystarczające do przyjęcia, iż wykonawca wykazał, że cena ofertowa

w częściach 2 i 3 zamówienia nie jest rażąco niska.

Krajowa Izba Odwoławcza wskazuje, iż niedopuszczalne byłoby przeprowadzenie dowodu złożonego na rozprawie przez odwołującego, albowiem dowód ten stanowi *de facto* uzupełnienie wyjaśnień wykonawcy złożonych

zamawiającemu 31 grudnia 2023 roku. Natomiast ocena Izby dotyczy czynności zamawiającego podjętych w oparciu o wyjaśnienia z 31 grudnia 2023 roku.

Izba nie stwierdziła również podstaw do uwzględnienia zarzutu dotyczącego zaniechania zamawiającego do wezwania odwołującego do złożenia dodatkowych wyjaśnień. Krajowa Izba Odwoławcza wielokrotnie wypowiadała się w kwestii dopuszczalności czynności prowadzących do wezwania wykonawcy do złożenia dodatkowych wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Jednakże, aby taka czynność zamawiającego mogła zostać usankcjonowana wykonawca składający takie wyjaśnienia musi dać asumpt do takich czynności, tzn. musi złożyć wyjaśnienia, co do zasady prawidłowe, ale zawierające w swojej treści pewne nieścisłości, błędy, oczywiste omyłki itp. W przedmiotowej sprawie wyjaśnienia odwołującego są na tyle ogólne, że nie sposób ustalić w jakim zakresie zamawiający mógłby zwrócić się do wykonawcy o dodatkowe wyjaśnienia.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 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 wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Przewodniczący:.....