Sygn. akt: KIO 290/24

WYROK

Warszawa, dnia 16 lutego 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Andrzej Niwicki
Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 lutego 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 stycznia 2024 r. przez wykonawcę - P.P. Inżynieria Wodno – Melioracyjna ul. Kasztanowa 4, 73-110 Grzędzice w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego - Państwowe Gospodarstwo Wodne Wody Polskie Regionalny Zarząd Gospodarki Wodnej w Szczecinie przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego - P.P., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą: Firma Handlowo Usługowa RENPIOTR P.P. w Stargardzie

orzeka:

1.Oddala odwołanie.

2.1. kosztami postępowania obciąża wykonawcę P.P. Inżynieria Wodno – Melioracyjna w Grzędzicach i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez tego wykonawcę tytułem wpisu od odwołania.

2.2.zasądza od wykonawcy P.P. Inżynieria Wodno – Melioracyjna w Grzędzicach na rzecz Zamawiającego - Państwowe Gospodarstwo Wodne Wody Polskie Regionalny Zarząd Gospodarki Wodnej w Szczecinie kwotę 3 600 zł (słownie trzy tysiące sześćset złotych) tytułem uzasadnionych kosztów postępowania poniesionych z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika strony.

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 290/24

Uzasadnienie

Zamawiający Państwowe Gospodarstwo Wodne Wody Polskie Regionalny Zarząd Gospodarki Wodnej w Szczecinie ul. Żelazna 59A 00848 Warszawa prowadzi postępowanie, którego przedmiotem jest „Usługa kompleksowa - eksploatacja, obsługa i konserwacja urządzeń wodnych wraz z odcinkowym utrzymaniem koryt cieków naturalnych na terenie PGW WP RZGW w Szczecinie". Zamówienie jest podzielone na części. Ogłoszenie opublikowano w Dzienniku Urzędowym UE 27 października 2023 r. numer 2023/S 208-655495.

Odwołujący:P.P. Inżynieria Wodno – Melioracyjna ul. Kasztanowa 4, 73-110 Grzędzice wniósł dnia 29 stycznia 2024 r. odwołanie na niezgodną z przepisami ustawy czynność Zamawiającego, podjętą w postępowaniu o udzielenie zamówienia oraz na zaniechanie czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, do której Zamawiający był obowiązany na podstawie ustawy.

Odwołanie dotyczy części numer 13 i 19.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu:

1)zaniechanie czynności odrzucenia oferty wykonawcy Firma Handlowo Usługowa „RENPIOTR" P.P. [„Renpiotr"] w zakresie części numer 19;

2)zaniechanie czynności wezwania do wyjaśnień rażąco niskiej ceny wykonawcy Renpiotr w zakresie części numer 13;

3)zaniechanie czynności wezwania do wyjaśnień rażąco niskiej ceny wykonawcy Usługi Melioracyjne Ł.R. [dalej: „Usługi Melioracyjne ŁR"] w zakresie części nr 13.

Odwołujący stawia zarzut naruszenia:

1)art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Renpiotr w zakresie części nr 19, podczas gdy z wyjaśnień rażąco niskiej ceny tego wykonawcy wynika, że nie będzie on w stanie wykonać zamówienia za zaoferowaną cenę;

2)art. 224 ust. 1 Pzp przez zaniechanie wezwania do wyjaśnień rażąco niskiej ceny wykonawcy Renpiotr w zakresie części nr 13, gdy zaoferowana cena, wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia oraz wynikającymi z odrębnych przepisów;

3)art. 224 ust. 1 ustawy przez zaniechanie wezwania do wyjaśnień rażąco niskiej ceny wykonawcy Usługi Melioracyjne ŁR w zakresie części nr 13, podczas gdy zaoferowana cena, wydają się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami.

Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

1)unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w części nr 13 i nr 19;

2)dokonania ponownego badania i oceny ofert w części nr 13 i części nr 19, w tym:

a)odrzucenia oferty wykonawcy Renpiotr w zakresie części numer 19;

b)wezwania Renpiotr do wyjaśnień rażąco niskiej ceny w zakresie części nr 13;

c)wezwania wykonawcy Usługi Melioracyjne ŁR do wyjaśnień rażąco niskiej ceny w zakresie części numer 13.

ZARZUT NUMER 1

Okoliczności faktyczne

Zgodnie SWZ zamawiający wymaga zatrudnienia przez Wykonawcę na podstawie stosunku pracy osób, którzy wykonywać będą czynności określone w OPZ oraz przedmiarze i kosztorysie nakładczym dla danej części, stanowiącymi Załączniki Nr 9 do SWZ".

W postępowaniu, w części nr 19, oferty złożyli wykonawcy: Renpiotr z ceną 166.095,36 zł brutto, DREN Sp. z o.o. - 132.684,43 zł, Odwołujący - 186.419,79 zł, DREW-KOS Sp z o.o. - 199.213,08 zł, Transport Ciężarowy i Roboty Ziemne P.Ł. - 172.692,54 zł.

Cena wykonawcy Renpiotr była o ponad 30% procent niższa od wartości zamówienia powiększonej o należny vat, ustalonej przed wszczęciem postępowania.

Zamawiający wezwał Renpiotr do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny, wskazał, że zgodnie z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp wyjaśnienia muszą zawierać co najmniej elementy określone w art. 224 ust. 3 pkt 4 i 6 Pzp ze wskazaniem treści tego przepisu.

Wykonawca Renpiotr udzielił wyjaśnień w dniu 4 stycznia 2024 r.:

Treść wyjaśnień ma stosunkowo ogólny charakter; wykonawca powołuje się przede wszystkim na swoje doświadczenie.

Przedstawiona została kalkulacja kosztów wykonania zamówienia.

Z treści wyjaśnień wynika, że jednym z głównych kosztów realizacji zamówienia będą koszty osobowe, tj. koszt zatrudnia pracowników. Jest to kwota 85 665,90 zł.

Wykonawca wskazał koszt roboczogodziny w wysokości 23 zł za godzinę. Nie odniósł się do pozostałych kosztów, jakie musi ponieść pracodawca w związku z zatrudnieniem pracownika.

19.01.2024 r. Zamawiający poinformował o wyborze oferty Renpiotr jako najkorzystniejszej.

Do sprawy mają zastosowanie przepisy art. 226 ust. 1 pkt 8 i art. 224 ust. 5 i 6 ustawy Pz.

Przepisy te mają zapobiegać wybieraniu ofert, które nie dają pewności, że zamówienie zostanie wykonane bez uszczerbku dla jakości, gwarantuje zamawiającemu ochronę przed nieuczciwymi praktykami wykonawców, którzy zaniżając cenę lub koszt w celu uzyskania zamówienia, na etapie realizacji mogą to rekompensować niższą jakością lub domaganiem się dodatkowego wynagrodzenia, zagrożone może być też wykonanie zamówienia.

Z treści wyjaśnień Renpiotr wynika, że wykonawca nie będzie w stanie wykonać zamówienia za zaoferowaną cenę. Wynika to z faktu, że wykonawca:

1)całkowicie zignorował konieczność pokrycia wszystkich kosztów związanych z zatrudnieniem pracowników w tym:

a)kosztów pracy, których wartość nie może być niższa od min. wynagrodzenia za pracę;

b)kosztów z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego;

2)przedstawił ogólne wyjaśnienia, bez uwzględnienia wyjątkowych okoliczności, które pozwoliłyby mu aż tak obniżyć cenę.

Kwestia kosztów pracy

Głównym kosztem realizacji zamówienia są koszty osobowe, jest to kwota 85 665,90 zł brutto.

Wykonawca wskazał w kalkulacji w poz. od 1 do 20 jednolicie koszt robocizny 23,00 zł/r-g;

Odwołujący przypomina, że zgodnie z r. 4 ust. 4.8. SWZ: Zamawiający wymagał zatrudnienia w stosunku pracy.

Zgodnie z rozp. Rady Ministrów z 14 września 2023 r. w sprawie wysokości min. wynagrodzenia za pracę oraz wysokości min. stawki godzinowej w 2024 r. (Dz. U. z 2023 r. poz. 1893) [„Rozporządzenie o min. wynagrodzeniu 2024”] od 1 stycznia 2024 r. ustala się min. wynagrodzenie za pracę w wysokości 4.242 zł, a od 1 lipca 2024 r. ustala się minimalne wynagrodzenie za pracę w wysokości 4.300 zł.

Uwzględniając, że w 2024 roku miesiąc ma przeciętnie 167 h roboczych, min. stawka rbgo winna wynosić: 25,40 zł od 1 stycznia 2024 r. do 30 czerwca 2024 r. (4.242 zł podzielić przez 167 godzin); 25,75 zł od 1 lipca 2024 r. (4.300 zł podzielić przez 167 godzin).

Wykonawca Renpiotr wskazał koszt jednej rbg pracownika jako 23 zł. Jest to więc koszt, który nie pozwoli temu wykonawcy pokryć kosztu nawet minimalnego wynagrodzenia za pracę.

Wykonawca w kalkulacji wskazał, że do wykonania przedmiotu zamówienia potrzebnych jest łącznie 3 724,60 rbg. Przyjmując, że koszt jednej rbg jest niedoszacowany o 2,40 zł (w celu uproszczenia obliczeń zakładając nawet korzystniej dla wykonawcy brak wzrostu wynagrodzenia od 1 lipca 2024 r.), to cena jest niedoszacowana o ok. 8 939,04 zł. Jako że część praca będzie wykonana po dniu 1 lipca 2024 r. to niedoszacowanie to jest w rzeczywistości jeszcze większe.

Wykonawca za zaoferowaną cenę nie jest w stanie zapłacić pracownikom minimalnego wynagrodzenia, a więc zaoferowana jest niezgodna z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny jest niższa od min. wynagrodzenia za pracę, ustalonej na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o min. wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2020 r. poz. 2207) i w związku z tym oferta podlega odrzuceniu.

Jednocześnie wykonawca zapomina, że niezależnie od wynagrodzenia brutto musi również wziąć pod uwagę koszty wynikające z przepisów prawa pracy i o zabezpieczeniu społecznym.

W aktualnym stanie prawnym, poza kwotą wynagrodzenia brutto, pracodawca ponosi dodatkowo koszty:

1)wynikające z ustawy z dnia 13 października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 423, z późn. zm.):

Składki na ubezpieczenia emerytalne pracowników – finansują z własnych środków, w równych częściach, ubezpieczeni i płatnicy składek (zgodnie z treścią art. 22 ust. 1 składka na ubezpieczenie emerytalne wynosi 19,52% podstawy wymiaru).

Składki na ubezpieczenia rentowe osób, o których mowa w ust. 1 (pracowników), finansują z własnych środków, w wysokości 1,5% podstawy wymiaru ubezpieczeni i w wysokości 6,5% podstawy wymiaru płatnicy składek.

Składki na ubezpieczenie wypadkowe osób wymienionych w ust. 1 pkt 1 [pracownicy] i finansują w całości, z własnych środków, płatnicy składek.

2)Koszty wynikające ustawy z dnia 20 kwietnia 2004 r. o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy tekst jednolity Dz. U. z 2021 r. poz. 1100):

składka na Fundusz Pracy wynosi 2,0% podstawy wymiaru składek na ubezpieczenia emerytalne i rentowe, natomiast składka na Fundusz Solidarnościowy to 0,45% tej podstawy. Składka jest finansowana i opłacana przez płatnika składek (pracodawcę).

3)Koszty wynikające z ustawy z dnia 13 lipca 2006 r. o ochronie roszczeń pracowniczych w razie niewypłacalności

pracodawcy (Dz. U. z 2020 r., poz. 7):

Łączny dodatkowy koszt zatrudnienia pracownika (poza kwotą wynagrodzenia brutto) wynosi więc 20,48% wysokości wynagrodzenia.

Obowiązek doliczenia do kosztów wynagrodzenia również kosztów pracodawcy znajduje również potwierdzenie w orzecznictwie KIO np: 150/20: „Nie można zgodzić się ze stanowiskiem, że wykonawca obowiązany jest przyjąć do ustalenia ceny tylko wartość minimalnego wynagrodzenia za pracę ,KIO 2635/19: „Zaaprobowanie takiego rozumowania prowadziłoby jednak do wniosków nie do zaakceptowania na gruncie prawa pracy, mogłoby bowiem powodować, iż pracownicy de facto nie otrzymywaliby wynagrodzenia minimalnego (z kwoty tej należałoby bowiem uiszczać również zobowiązania pracodawcy). /…/ KIO 346/15, KIO 189/15. KIO 1074/17, KIO 82/21.

Oznacza to, że kalkulując koszty związane z realizacją zamówienia nie można brać pod uwagę wyłącznie kwoty wynagrodzenia brutto, lecz trzeba wziąć pod uwagę całkowity koszt związany z zatrudnieniem pracownika (nazywany czasem potocznie „duże brutto" lub „brutto brutto").

Uwzględniając kwotę min. wynagrodzenia za pracę, całkowity koszt zatrudnia poszczególnych pracowników przedstawia się następująco:

Od 1 stycznia do 30 czerwca 2024 r. 5 110,76 zł, w przeliczeniu na jedną rbg (zakładając, że miesiąc ma przeciętnie 167 godzin roboczych) to kwota 30,60 zł.

Od 1 lipca 2024 roku wynosi 5 180,64 zł, w przeliczeniu na jedną rbg (zakładając, że miesiąc ma przeciętnie 167 godzin roboczych) to kwota 31,02 zł.

Tymczasem wykonawca Renpiotr wskazał koszt rbg 23 zł. Jest więc koszt, który nie pozwoli ani pokryć kosztu minimalnego wynagrodzenia za pracę, ani również kosztów z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego (całkowitego kosztu pracodawcy).

Wykonawca w kalkulacji wskazał, że do wykonania zamówienia potrzebnych jest łącznie 3 724,60 rbg. Przyjmując, że koszt jednej rbg jest niedoszacowany o 7,60 zł (zakładając nawet korzystniej dla wykonawcy brak wzrostu wynagrodzenia od 1 lipca 2024 r.), to cena wykonawcy jest niedoszacowana o około 28 306,96 zł.

Jako że część prac będzie wykonana po dniu 1 lipca 2024 r. to niedoszacowanie to jest w rzeczywistości jeszcze większe.

Jest to kwota, która znacznie przewyższa wskazany w kalkulacji zysk Wykonawcy (określony jako 13 700,40 zł).

Najistotniejszy pozostaje jednak fakt, że wykonawca za zaoferowaną cenę nie jest w stanie pokryć kosztów z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie i w związku z tym oferta podlega odrzuceniu jako zawierająca rażąco niską cenę.

W części opisowej wyjaśnień wykonawca Renpiotr napisał wprawdzie, że:

„Zgodnie ze zmieniającymi się uwarunkowaniami dotyczącymi wynagrodzenia, Wykonawca śledząc na bieżąco zmiany w przepisach prawa skalkulował w swojej ofercie wzrost wynagrodzenia minimalnego pracowników w 2024r. w dwóch etapach: tj. od 1 stycznia – które wyniesie 4242 zł, oraz od 1 lipca – które wyniesie 4300 zł. Składanie ofert dotyczyło okresy przyszłego w stosunku do regulacji obowiązujących w czasie przygotowania oferty, tym samym Wykonawca bazował na regulacjach dotyczących okresu adekwatnego do okresu realizacji świadczenia. Wykonawca kalkulując swoją ofertę wziął pod uwagę również inne wypłaty na rzecz pracowników, które są uzależnione od tej płacy. Od kwoty minimalnego wynagrodzenia jest obliczanych wiele świadczeń przysługujących m.in. ze stosunku pracy".

Te oświadczenia wykonawcy Renpiotr są jednak i nie znajdują odzwierciedlenia w przedstawionym kosztorysie. Wykonawca Renpiotr, wbrew zapewniniom, nie uwzględnił tych kosztów w kosztorysie, a więc i w cenie swojej oferty, a wysokość minimalnego wynagrodzenia za pracę uwzględnił w niewłaściwej (za niskiej) wysokości.

Wyjaśnienia wykonawcy Renpiotr mają bardzo ogólny charakter.

Przykładowo wykonawca Renpiotr wskazuje, że: Dalej wykonawca Renpiotr wskazał przepisy prawa, które określają wysokość obciążeń pracodawcy w związku z zatrudnieniem pracowników. Jako dowód na tę okoliczność wykonawca przywołał kosztorys szczegółowy. gołosłowne

„Właściciel firmy jako menedżer projektu, opracowuje szczegółowy plan usług melioracyjnych, określając zakres prac, harmonogram i potrzebne zasoby".

Szczegółowy plan usług zawiera przedmiar robót, więc nie zachodzą tutaj żadne nadzwyczajne okoliczności. Ponadto nie wskazano nawet, jak taka okoliczność wpływa na możliwość obniżenia ceny.

„Pracownicy otrzymują szczegółowe instrukcje dotyczące ich zadań, w tym informacje dotyczące przestrzegania przepisów BHP, ochrony środowiska oraz standardów jakościowych".

Każdy pracownik musi zostać przeszkolony na swoim stanowisku pracy, wynika to z przepisów Kodeksu pracy. Nie zachodzą tutaj żadne nadzwyczajne okoliczności. Ponadto, nie wskazano nawet, jak taka okoliczność wpływa na możliwość obniżenia ceny.

„Właściciel regularnie sprawdza postępy prac i jakość wykonania, utrzymując komunikację z zespołem oraz Zamawiającym i jego przedstawicielami, szybko reagując na wszelkie wyzwania lub problemy".

To standardowa sytuacja, że ktoś musi nadzorować przebieg realizacji zamówienia. Ponadto, nie wskazano nawet, jak taka okoliczność wpływa na możliwość obniżenia ceny.

„Pracownicy są odpowiedzialni za prowadzenie dokładnej dokumentacji przebiegu prac, w tym godzin pracy, zużycia materiałów i sprzętu".

Zamawiający nie wymagał takich działań. Prowadzenie przez pracownika ewidencji godzin pracy jest jego obowiązkiem. Wykonawca wskazał w kalkulacji natomiast, że w zasadzie koszty materiałów są marginalne. Ponadto, nie wskazano nawet, jak taka okoliczność wpływa na możliwość obniżenia ceny.

„Wszystkie dane związane z kosztami pracy, zakupem materiałów i amortyzacją sprzętu są przekazywane do działu księgowości. Księgowość przeprowadza szczegółowe rozliczenia kosztów, fakturowanie oraz odprowadzanie podatków i składek ZUS. Księgowość może również przygotować raporty finansowe dotyczące rentowności usług melioracyjnych dla właściciela firmy".

Przy realizacji przedmiotu zamówienia w tej części nie ma w przedmiarze robót jakichkolwiek pozycji dotyczących zakupu materiałów. Powstaje więc dodatkowy koszt utrzymania księgowości. Szczegółowe rozliczenia generują większe koszty. Tym bardziej więc nie wskazano, jak taka okoliczność wpływa na możliwość obniżenia ceny.

„Po zakończeniu projektu właściciel wraz z zespołem przeprowadza ocenę jakości wykonanych prac oraz efektywności procesu produkcyjnego".

Wyżej wymieniona usługa nie polega na „efektywności procesu produkcyjnego", gdyż w ramach świadczonych usług niczego się nie produkuje, a jedynie wykonuje usługę. Właściciel nie przeprowadza oceny jakości, tylko inspektor nadzoru z ramienia Zamawiającego. Ponadto, nie wskazano nawet, jak taka okoliczność wpływa na możliwość obniżenia ceny.

dojazd, w tym również w przypadku wystąpienia prac awaryjnych tj. zatory na rzekach, przepustach, kratach mogących spowodować zagrożenie powodziowe, co umożliwi Wykonawcy przystąpienie do prac konserwacyjnych natychmiast po otrzymaniu wezwania od Zamawiającego, nie później niż w ciągu 4 godzin".

Siedziba wykonawcy jest oddalona ok 122 km od miejsca usług, czyli dojazd i powrót to ok. 244 km.

Zamawiający wymaga usługi 4 razy w miesiącu (4 × 244 = 976). Dalej, 976 km/m-c x 12 m-cy realizacji to 11 712 km. Przy średnim spalaniu 8l na 100 km i koszcie paliwa 6,38 daje to koszt ok. 5 977,80 zł.

Oprócz standardowych dojazdów trzeba doliczyć koszt na dwukrotne dojazdy codzienne na wykonanie koszeń w kwietniu oraz wrześniu.

Zamawiający szacuje na „Kanał Międzyzdroje" około 1 028 rbg. Dzieląc to na 8 h czas pracy i 5 wykazanych pracowników daje to 26 dni, w których trzeba codziennie dowieźć pracowników bądź ponieść koszty zakwaterowania pracowników i koszty pracy delegacyjnej.

Zamawiający szacuje na „Kanał Wydrzany" ok 1 578 rbg. Dzieląc to na 8 godzinny czas pracy i 5 wykazanych pracowników daje to 39 dni, w których trzeba codziennie dowieźć pracowników bądź ponieść koszty zakwaterowania pracowników i koszty pracy delegacyjnej.

Łączenie daje to 65 dodatkowych dni codziennego dojazdu. Mnożąc ilość dni dojazdu, czyli 65 oraz liczbę kilometrów codziennego dojazdu 200 km (zaokrąglając nawet w dół) daje to łącznie 13 000 km. Przy średnim spalaniu 8l na 100 km. i koszcie paliwa w wysokości 6,38 zł daje to koszt około 6 635zł.

Łącznie więc koszt dojazdów wynosi 12 612 zł (jako wynik działania 5 977,8 + 6 635 = 12 612).

Nie wiadomo, gdzie wykonawca ujął ten koszt. Jeśli przyjął ten koszt w kosztach pośrednich to wyczerpują ona niemal całą wartość tych kosztów a przecież muszą się tam zawierać również koszty wcześniej wspomnianej księgowej, podatku dochodowego i innych kosztów. 8) „Posiadanie własnego, technicznie sprawnego sprzętu dedykowanego do realizacji zadań lioracyjnych, jak ciągniki, koparki kołowe i gąsienicowe, kosiarki bijakowe, grabiarki czy kosy spalinowe, umożliwia szybką i elastyczną reakcję na potrzeby projektu oraz zapewnia ciągłość prac bez konieczności wstrzymywania działań z powodu braku odpowiedniego sprzętu".

Każdy z wykonawców dysponuje podobnym sprzętem. Nie stanowi to wyjątkowej okoliczności. Nie wskazano nawet, jak taka okoliczność wpływa na możliwość obniżenia ceny.

„Własna baza sprzętowa oraz zaplecze warsztatowe pozwalają na szybkie przeprowadzanie ewentualnych napraw bez dodatkowych opóźnień i kosztów, co zwiększa niezawodność i efektywność operacyjną".

Każdy z wykonawców dysponuje podobnym zapleczem. Wykonawca i tak musi ponosić koszty prac pracowników jak i części. Ponadto, nie wskazano nawet, jak taka okoliczność wpływa na możliwość obniżenia ceny.

„Możliwość samodzielnego wykonania większości prac przez właściciela firmy, który posiada odpowiednie kwalifikacje, świadczy o wysokim poziomie zaangażowania i kontroli nad jakością realizowanych usług. To również przyczynia się do optymalizacji kosztów przez zmniejszenie liczby potrzebnych pracowników".

Brak wskazania wykształcenia właściciela odpowiedniego w zakresie melioracji i przedstawienia dowodów w tym zakresie. Ponadto, nie wskazano nawet, jak taka okoliczność wpływa na możliwość obniżenia ceny.

„Brak konieczności wynajmu maszyn i urządzeń oraz zredukowana liczba pracowników pozwalają na oferowanie usług w konkurencyjnych cenach przy zachowaniu wysokiej jakości i efektywności prac".

Często zdarza się, że wynajem sprzętu wychodzi korzystniej, niż utrzymywanie go(koszty zakupu, napraw, ubezpieczeń itp). Zakres prac sprzętu w zamówieniu jest dość minimalny. Zredukowana liczba pracowników nie sprawi wykonania usługi szybciej, więc dodatkowy czas generuje dodatkowe kosztu wykonania usługi. Ponadto, nie wskazano nawet, jak taka okoliczność wpływa na możliwość obniżenia ceny.

„Praktyczna wiedza i doświadczenie w realizacji specjalistycznych zadań melioracyjnych, w tym usuwania przeszkód utworzonych przez bobry, utrzymania drożności cieków i urządzeń melioracyjnych oraz usuwania zanieczyszczeń, świadczą o zdolności firmy do kompleksowego zarządzania wymagającymi projektami melioracyjnymi".

Przedmiotem zamówienia nie są projekty melioracyjne tylko wykonawstwo usług. Ponadto, nie wskazano nawet, jak taka okoliczność wpływa na możliwość obniżenia ceny.

„Posiadanie własnego sprzętu i zaplecza technicznego oznacza, że firma jest w stanie szybko reagować na awarie i nieprzewidziane sytuacje, co jest kluczowe w bieżącym utrzymaniu infrastruktury melioracyjnej".

Każdy z wykonawców dysponuje podobnym zapleczem. Wykonawca i tak musi ponosić koszty prac pracowników jak i części. Ponadto, nie wskazano nawet, jak taka okoliczność wpływa na możliwość obniżenia ceny.

Można stwierdzić, że żaden element wyjaśnień wykonawcy nie wnosi żadnej konkretnej informacji w zakresie przyczyn, dla których wykonawca mógł zaoferować konkretną cenę. Wyjaśnienia nie zawierają istotnych uchwytnych wartości ekonomicznych, nie zostały przedstawione konkretne wyjaśnienia na to, jak okoliczności dotyczącego tego wykonawcy wpływają na możliwość obniżenia kosztów wykonania zamówienia.

Odrzucenie innych wykonawców w podobnych okolicznościach przez Zamawiającego

W niniejszym postępowaniu Zamawiający odrzucił wykonawców, którzy w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny wskazali koszt rbg nieuwzględniający minimalnego wynagrodzenia za pracę w 2024 roku oraz kosztów z zakresu prawa praca i zabezpieczenia społecznego.

W części 19, której dotyczy niniejszy zarzut, oprócz wykonawcy Renpiotr, złożył ofertę również wykonawca DREN Sp. z o.o. [dalej: „Dren"]. Wykonawca ten również został wezwany do wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Wykonawca ten w swoich wyjaśnieniach wskazał: „Stawka roboczogodziny została ustalona na 23,50 zł". Oznacza to, że wykonawca ten przyjął stawkę roboczogodziny o 50 groszy wyższą niż wykonawca Renpiotr.

40.Zamawiający odrzucił ofertę wykonawcy Dren w części numer 19 (jak również w części numer 2, 3, 11, 13). W uzasadnieniu Zamawiający napisał:

„Zamawiający nie uwzględnił powyższych wyjaśnień. W pierwszej kolejności wskazać należy, że 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 ponadto nie wykazał w żaden sposób kosztów ponoszonych przez pracodawcę w związku z zatrudnieniem pracowników — składek na ubezpieczenie społeczne i składek na Fundusz Pracy".

41.Zamawiający w częściach numer 4, 12 odrzucił ofertę wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Zakład Usługowy „Domel" W.B. oraz Helianthus sp. z o.o. W uzasadnieni odrzucenia Zamawiający napisał:

„Wykonawca przedstawił wyliczenie kosztów roboczogodziny (na potrzeby kosztorysu) w oparciu o stawkę 27,70 zł netto + zysk + koszty pośrednie. Dla wyliczenia płacy minimalnej wykonawca przyjął stawkę 4242 zł miesięcznie. Zamawiający nie uwzględnił powyższych wyjaśnień. W pierwszej kolejności wskazać należy, jednak uwagę należy, że umowa realizowana będzie przez cały rok 2024 a tym samym Wykonawca powinien był uwzględnić zmianę minimalnego wynagrodzenia za pracę od dnia 1 lipca 2024 r. które wynosić będzie 4300 zł. Ponadto Wykonawca w żaden sposób nie uwzględnił kosztów ponoszonych przez pracodawcę w związku z zatrudnieniem pracowników — składek na ubezpieczenie społeczne i składek na Fundusz Pracy. Ponadto Wykonawca nie uwzględnił kosztów pozapłacowych— 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 nie wskazał liczby pracowników którzy będą zatrudnieni przy realizacji zamówienia. Wykonawca nie wykazał, aby uwzględnił koszty odzieży specjalistycznej wykorzystywanej przy pracach, koszty dowozu pracowników i sprzętu niezbędnych do realizacji zamówienia, kosztów paliwa niezbędnego przy pracy maszyn oraz innych koniecznych do poniesienia kosztów".

42.Zamawiający ma więc świadomość obowiązku uwzględnienia w kosztach pracy minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz kosztów z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego (całkowitego kosztu pracodawcy). Zamawiający słusznie odrzucił w postępowaniu wykonawców, którzy w swoich wyjaśnieniach nie uwzględnili tych kosztów.

43.Zupełnie niezrozumiałe jest jednak, dlaczego Zmawiający zaniechał odrzucenia z tej przyczyny oferty wykonawcy Renpiotr w części 19. Zadziwiające jest to, tym bardziej że w tej samej części Zamawiający odrzucił innego wykonawcę, który wskazał wyższy koszt roboczogodziny.

44.Zaniechanie odrzucenia wykonawcy Renpiotr jest więc jeszcze bardziej rażącym naruszeniem ustawy, ponieważ doprowadziło do nierównego traktowania wykonawców.

I.2.5.

Brak możliwości wezwania do ponownych wyjaśnień

45.Podnoszę również, że nie ma możliwości kolejnego wezwania wykonawcy Renpiotr do złożenia kolejnych wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny oraz przedstawienia dowodów. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej dopuszcza się ponowne wezwanie do złożenia wyjaśnień tylko w sytuacji, gdy wykonawca już za pierwszym razem udzielił konkretnych, spójnych wyjaśnień, które tylko w niektórych kwestiach wymagają doprecyzowania czy uzupełnienia.

46.Natomiast nie można ponownie wzywać o wyjaśnienia wykonawcy, z którego wyjaśnień wprost wynika, że nie jest w stanie zrealizować zamówienia za zaoferowaną cenę. Stanowiłoby to bowiem w istocie danie wykonawcy drugiej szansy na udzielenie wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny, co stoi w sprzeczności z zasadami równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.

47.Kwestia ta jest jednolicie przyjmowana w orzecznictwie. Tytułem przykładu wskazuję:

1)Wyrok KIO 1166/21: „Ponowne wezwanie do wyjaśnień w zakresie ceny rażąco niskiej nie ma charakteru automatycznego, czy też bezrefleksyjnego. KIO 806/21: „Izba podziela pogląd, że ustawodawca nie określił, ile razy zamawiający może ponawiać wezwania do wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny. /…/KIO 190/19: „Zwrócenie się do wykonawcy, który złożył wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny, o dalsze wyjaśnienia jest jednak wyłącznie w sytuacji, gdy wykonawca dołożył należytych starań, /…/.

II.

ZARZUT NUMER 2 ORAZ ZARZUT NUMER 3

Niniejszy zarzut dotyczy części numer 13 zamówienia.

Jak wynika z protokołu postępowania Zamawiający ustalił wartość zamówienia dla części numer 13 na kwotę 479.783,67 zł, co stanowi równowartość 107.729,40 euro.

Dla usługi będącej przedmiotem niniejszego zamówienia zastosowanie znajdzie stawka podatku od towarów i usług 8%.

Oznacza to, że wartość zamówienia powiększona o należny podatek od towarów i usług wynosi 518.166,36 zł (479.783,67 zł + 8% wartość podatku od towarów i usług).

50.W protokole postępowania Zamawiający wskazał, że wartość szacunkową zamówienia ustalił:

„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".

Podanie przez Zamawiającego kilku dat utrudnia ustalenie, kiedy ostatecznie kosztorys inwestorski i szacowanie zamówienia dokładnie miało miejsce. Najpóźniejsza z wymienionych dat to 31 sierpnia 2023 r.

51.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.

52.Postępowanie zostało wszczęte (tj. przekazano ogłoszenie o zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej) w dniu 24 października 2023 r.

53.Otwarcie ofert miało miejsce w dniu 5 grudnia 2023 r. W postępowaniu w zakresie części numer 13 oferty złożyli między innymi wykonawcy:

1)Renpiotr – który zaoferował cenę 362.724,48 zł brutto. Cena ta stanowi 70,0015% wartości zamówienia powiększonej należny podatek od towarów i usług.

2)Usługi Melioracyjne ŁR – który zaoferował cenę 362.750,27 zł brutto. Cena ta stanowi 70,0065% wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług.

[Początkowo w informacji z otwarcia ofert Zamawiający podał kwotę 335.879,88 zł brutto, jednak w dniu 12 grudnia 2023 r. Zamawiający poinformował tego wykonawcę o poprawie oczywistej omyłki pisarskiej i rachunkowej na kwotę 362.750,27 zł brutto].

54.Żaden z ww. wykonawców nie został wezwany przez Zamawiającego (w zakresie części numer 13) do wyjaśnień zaoferowanej ceny.

55.Pismem z dnia 19 stycznia 2024 r. Zamawiający poinformował o wyborze w zakresie części numer 13 oferty wykonawcy Renpiotr jako najkorzystniejszej.

Okoliczności prawne

56.Zgodnie z normą prawną wynikającą 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".

57.W niniejszym stanie faktycznym bezsprzecznie ceny zaoferowane przez wykonawców Renpiotr oraz Usługi Melioracyjne ŁR wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz budzą wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z dokumentami określonymi w dokumentach zamówienia, a przede wszystkim – również wynikających z odrębnych przepisów.

58.W pierwszej kolejności należy zauważyć, że przedmiotem zamówienia są usługi eksploatacji, obsługi i konserwacji urządzeń wodnych oraz utrzymania cieków naturalnych. Są to proste usługi. Do ich wykonania nie potrzeba żadnych materiałów, a zaangażowanie sprzętu jest minimalne.

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.

[Wprzypadku np. zamówień na roboty budowlane, do wykonania których potrzeba zazwyczaj dużej ilości materiałów i zaangażowania sprzętu, wzrost minimalnego wynagrodzenia za pracę również przekłada się na wzrost kosztów wykonania zamówienia, ale ze względu na fakt, że globalnie wyższe są koszty materiałów i sprzętu, to sumaryczny wzrost nie jest tak odczuwalny. W przypadku natomiast usług niewymagających zastosowania materiałów i wymagających jedynie minimalnego zaangażowania sprzętu – a taka usługa jest przedmiotem zamówienia – wzrost minimalnego wynagrodzenia za pracę wpływa bardzo mocno na globalny wzrost kosztów].

59.Odwołujący podkreśla, że wartość szacunkowa zamówienia została ostatecznie ustalona w dniu 31 sierpnia 2023 r. Natomiast w dniu 14 września 2023 r. uchwalone zostało rozporządzenie o minimalnym wynagrodzeniu. Rozporządzenie to przewidziało, że minimalne wynagrodzenie od dnia 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%).

[Wtakiej sytuacji Zamawiający powinien rozważyć zastosowanie przepisu art. 36 ust. 2 ustawy Pzp, który stanowi:

„Jeżeli po ustaleniu wartości zamówienia nastąpiła zmiana okoliczności mających wpływ na dokonane ustalenie, zamawiający przed wszczęciem postępowania dokonuje zmiany wartości zamówienia".

Pomiędzy uchwaleniem rozporządzenia o minimalnym wynagrodzeniu 2024 a wszczęciem postępowania minął ponad miesiąc, więc Zamawiający miał możliwość dokonania odpowiedniej zmiany wartości zamówienia. Zamawiający nie zdecydował się na taki krok, jednakże wzrost minimalnego wynagrodzenia za pracę ma istotny wpływ na rozstrzygnięcie niniejszego zarzutu.

60.Skoro bowiem oszacowana przez Zamawiającego wartość zamówienia (powiększona o należny podatek od towarów i usług) przy założeniu minimalnego wynagrodzenia za pracę w wysokości 3.600 zł to kwota 518 166,36 zł, a po znacznym wzroście minimalnego wynagrodzenia za pracę

Zamawiający otrzymał oferty w wysokości 362.724,48 zł brutto oraz 362.750,27 zł brutto, to Zamawiający musi nabrać podejrzeń i wątpliwości co możliwości wykonania zamówienia za tę cenę oraz wątpliwości, czy cena ta jest zgodna z rozporządzeniem o minimalnym wynagrodzeniu 2024.

61.Podkreślenia wymaga również fakt, że cena zaoferowana przez wykonawcę Renpiotr stanowi 70,0015% wartości zamówienia powiększonej należny podatek od towarów i usług, natomiast cena zaoferowana przez wykonawcę Usługi Melioracyjne ŁR stanowi 70,0065% wartości zamówienia powiększonej o 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 odpowiednio 0,0015 oraz 0,0065 punktów procentowych.

62.Nie sposób również nie odnieść wrażenia, że zarówno wykonawca Renpiotr, jak i wykonawca Usługi Melioracyjne ŁR znali przed złożeniem oferty wartość zamówienia. Trudno bowiem przypuszczać, żeby wykonawcy w sposób przypadkowy zaoferowali z taką dokładnością ceny minimalnie powyżej progu określonego w art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp. W normalnych przypadkach aż taka dokładność jest po prostu niemożliwa.

Należy więc stwierdzić, że wykonawcy ci nie kalkulowali ceny w sposób, jaki robi to większość wykonawców. Większość wykonawców ustala, jakie koszty muszą ponieść w związku z realizacją zamówienia, a następnie dolicza zysk, który z jednej strony będzie satysfakcjonujący, a z drugiej na tyle konkurencyjny, żeby uzyskać zamówienie.

Nie sposób nie odnieść wrażenia, że wykonawcy Renpiotr oraz Usługi Melioracyjne ŁR zachowali się w dokładnie odwrotny sposób. Znając wartość zamówienia ustalili ceny na poziomie minimalnie poniżej limitu z art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, żeby nie musieć zostać wezwanym do wyjaśnień zaoferowanej ceny, gdyż w przypadku konieczności złożenia takich wyjaśnień okazałoby się, że koszty niezbędne do należytego wykonania zamówienia przewyższają zaoferowane ceny.

Ten aspekt również powinien wzbudzić wątpliwości Zamawiającego.

63.Odwołujący w celu ustalenia minimalnej ceny, przy jakiej możliwe jest zrealizowanie zamówienia, przygotował

szczegółowy kosztorys ofertowy.

Do przygotowania kosztorysu Odwołujący przyjął następujące założenia:

1)Stawka roboczogodziny to 28,10 zł (co jest najniższą wartością, jaką Zamawiający zaakceptował w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny w innych zadaniach).

2)Koszty pośrednie to 15%. Jest to najniższa możliwa wartość, w zasadzie niespotykana na rynku.

3)Przyjęto symboliczny zysk 0,01% (program do kosztorysowania nie umożliwiał przyjęcia zysku 0%, więc konieczne było założenie przynajmniej symbolicznej wartości.

Są to więc najniższe dopuszczalne wartości.

[Wtakich okolicznościach minimalna cena to 402.222,77 zł brutto.

Jest to 39.498,29 zł więcej niż cena zaoferowana przez wykonawcę Renpiotr oraz 39.472,50 zł więcej niż cena zaoferowana przez wykonawcę Usługi Melioracyjne ŁR.

Pokazuje to ponad wszelką wątpliwość, że ceny zaoferowane przez wykonawców Renpiotr oraz Usługi Melioracyjne ŁR wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz muszą budzić wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z dokumentami określonymi w dokumentach zamówienia oraz odrębnych przepisach.

Dowód: Kosztorys ofertowy przygotowany przez Odwołującego [załącznik numer 4 do niniejszego odwołania]

- na okoliczność ustalenia, że minimalny koszt wykonania zamówienia przy uwzględnieniu minimalnych wartości jest większy niż ceny zaoferowane przez wykonawców Renpiotr oraz Usługi Melioracyjne ŁR

Odwołujący wskazuje na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej wydany w zbliżonym stanie faktycznym (dotyczący tego samego Zamawiającego), tj. wyrok KIO 200/23, w którym Izba wskazała:

„Zgodnie z art. 224 ust. 1 PrZamPubl, 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 wyjaśnień, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych. Stosownie do ust. 5, obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.

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.

[Wwyroku z dnia 31 maja 2016 r., sygn. akt KIO 820/16, wydanym jeszcze na kanwie art. 90 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), ale zachowującym swą aktualność również pod rządami nowej PrZamPubl, Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła uwagę, że zwroty „wydaje się" czy „budzi wątpliwości zamawiającego" są pojęciami nieostrymi i należy uznać, że celowo zostały wprowadzone przez ustawodawcę, by dać zamawiającym szerokie możliwości działania, a z których winni korzystać w uzasadnionych sytuacjach, dla zapewnienia uczciwej konkurencji w postępowaniu oraz w celu wyboru wykonawcy, który za zaoferowaną cenę rzeczywiście może wykonać zamówienie w sposób zgodny z oczekiwaniami i wymogami zamawiającego.

Jednocześnie należy wskazać, że przepis art. 90 ust. 1 wskazanej ustawy (a tym samym art. 224 ust. 1 PrZamPubl) nie może być odczytywany jedynie jako uprawnienie zamawiającego, nie podlegające kontroli. Przeciwnie, norma prawna zawarta w tym przepisie przewiduje obowiązek przeprowadzenia procedury wyjaśniającej, a tym samym zaniechanie

tego obowiązku - gdy okoliczności sprawy wskazują o istnieniu uzasadnionych podstaw do zastosowania art. 90 ust. 1 - może być podnoszone w ramach środków ochrony prawnej. Należy przy tym dodać, że przepis ten stanowi, że „zamawiający zwraca się" o udzielenie wyjaśnień i złożenie dowodów, a nie, że „zamawiający może zwrócić się".

Krajowa Izba Odwoławcza uznała również, że obowiązek przeprowadzenia procedury wyjaśniającej - gdy zachodzą do tego ustawowe przesłanki - wpisuje się w podstawową zasadę z art. 7 ust. 1 ustawy z 2004 roku, w postaci zapewnienia uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (…)

Wskazując na powyższe, Izba nakazała zamawiającemu wezwanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Z. P., P. P., do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu".

65.Mając powyższe na uwadze należy stwierdzić, że ceny zaoferowane przez wykonawców Renpiotr oraz Usługi Melioracyjne ŁR wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz muszą budzić wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z dokumentami określonymi w dokumentach zamówienia oraz odrębnych przepisach.

[Wtych okolicznościach Zamawiający był zobowiązany wezwać wykonawców do wyjaśnień zaoferowanej ceny na podstawie art. 224 ust. 1, czego jednak zaniechał, a tym samym naruszył wskazany przepis.

[Wstosunku do zarzutu numer 1 Odwołujący wskazuje, że gdyby Zamawiający nie zaniechał czynności odrzucenia oferty wykonawcy Renpiotr, to oferta Odwołującego, uwzględniając kryteria oceny ofert, byłaby ofertą najwyżej ocenioną i tym samym miałby duże szanse na ostateczne uzyskanie zamówienia.

Natomiast w stosunku do zarzutu 2 oraz 3 wyjaśnia, że w, gdyby Zamawiający nie zaniechał wezwania Renpiotr oraz wykonawcy Usługi Melioracyjne ŁR do wyjaśnień rażąco niskiej ceny, to wykonawcy ci potencjalnie mogliby nie odpowiedzieć na to wezwanie lub nie udowodnić, że zaoferowana przez nich cena nie jest rażąco niska. W takiej sytuacji oferty podlegałyby odrzuceniu, a oferta Odwołującego byłaby ofertą najwyżej ocenioną zamówienia.

Załączono Kosztorys ofertowy przygotowany przez Odwołującego.

Zamawiający w odpowiedzi wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Uzasadniając stanowisko wskazał, co następuje

I.Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 w związku z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp

Zamawiający wskazuje, że wbrew twierdzeniom Odwołującego brak jest podstaw do uznania, że wyjaśnienia złożone przez Przystępującego są ogólne i nie zawierają wymaganych elementów. Treść wezwania skierowanego przez Zamawiającego była jednoznaczna – Zamawiający wymagał wykazania, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska. W ocenie Zamawiającego Wykonawca podołał temu obowiązkowi.

W pierwszej kolejności należy zauważyć, że Przystępujący złożył bardzo obszerne (12 stron tekstu) wyjaśnienia jednoznacznie wskazujące na przewagę Przystępującego nad pozostałymi wykonawcami wynikającą ze stopnia organizacji, bliskości dojazdu do miejsca wykonywania zamówienia. Wbrew twierdzeniom Odwołującego Przystępujący po pierwsze przekazał wyliczenie uwzględniające wysokość minimalnego wynagrodzenia w 2024 r. i wiążących się z tym kosztów ponoszonych przez pracodawcę (z uwzględnieniem składek na ubezpieczenie społeczne i innych kosztów takich jak koszty badań lekarskich, badań BHP) i wskazał w przedłożonej kalkulacji, że koszty te zostały uwzględnione w cenie ofertowej.

Przystępujący wykazał również, że zatrudnia wymaganych pracowników na podstawie umowy o pracę i wypełnia wszelkie obowiązki wynikające z obowiązków pracodawcy.

Po drugie zwrócić uwagę należy, że Przystępujący przedłożył kosztorys wskazujący jednoznacznie na osiągany przez niego zysk przy realizacji zamówienia w części 19. Przekazane przez Przystępującego wyliczenia wraz z dowodami nie budzą żadnych wątpliwości po stronie Zamawiającego co do możliwości wykonania zamówienia za zaoferowaną cenę.

Odnosząc się do poszczególnych twierdzeń odwołania zawartych na stronach 11-15 odwołania dotyczących ogólności wyjaśnień, Zamawiający wskazuje, że treść wyjaśnień analizował łącznie z pozostałymi twierdzeniami i dowodami przedłożonymi przez Przystępującego, w szczególności ze złożonym kosztorysem. I nawet przy przyjęciu, że część twierdzeń wyjaśnień miała charakter ogólny, należy mieć na uwadze, że zostały one odpowiednio rozwinięte i udowodnione w dalszej części wyjaśnień i załączniku do nich.

Odnosząc się do wyjaśnień złożonych przez pozostałych wykonawców, których oferty zostały odrzucone, Zamawiający

opierał się na przepisie art. 224 ust. 5 i 6 ustawy PZP. Zamawiający, nie przyjął jednej stawki poniżej której opierał się na wartości minimalnej, a każdorazowo opierał się na treści wyjaśnień złożonych przez Wykonawców. Zwrócić należy uwagę, że cena oferty Przystępującego jest najniższą spośród ofert które nie zostały odrzucone i jednocześnie najwyższą spośród Wykonawców którzy zostali wezwani do wyjaśnienia czy ich cena nie jest rażąco niska.

Tym samym, w zakresie części 19 Zamawiający nie znalazł podstaw do odrzucenia oferty Przystępującego, a w świetle szczegółowości złożonych wyjaśnień, także wzywania Przystępującego do dalszych wyjaśnień.

II.Zarzuty naruszenia 224 ust. 1 ustawy Pzp

W zakresie zarzutów II i III Zamawiający wskazuje, że nie znalazł podstaw do wzywania pozostałych Wykonawców do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny. Nie został przekroczony, co wydaje się bezsporne, próg 30% określony w art. 224 ust. 2 ustawy PZP, a tym samym Zamawiający nie znalazł podstaw do zastosowania tego zapisu.

Ponadto Zamawiający nie znalazł podstaw do zastosowania przepisu art. 224 ust. 1 PZP. W pierwszej kolejności Zamawiający wskazuje, że kosztorysy załączone do postępowania sporządzone są, z uwagi na wewnętrzne regulacje obowiązujące u Zamawiającego, o katalogi norm w kosztorysowaniu (KNR 15-01) sporządzone w latach siedemdziesiątych. Tym samym częstym zjawiskiem jest składanie przez Wykonawców ofert odbiegających znacznie od ceny szacowanej przez Zamawiającego, z uwagi na postęp technologiczny i zdecydowaną zmianę techniki wykonywania prac. Przykładowo KNR zakłada wykonywanie koszenia przy użyciu kos ręcznych gdzie standardem są obecnie kosy spalinowe. Także kwestie cięcia drewna są oparte o piłę ręczną a nie mechaniczną. Powyższe pozwala na znaczną redukcję kosztów.

Zamawiający zwraca uwagę, że każda z siedmiu ofert złożonych w części 13 była zdecydowanie niższa od kwoty oszacowanej przez Zamawiającego wynoszącej 518.166,36 zł. Tym samym Zamawiający nie ma wątpliwości, że jest możliwe wykonanie zamówienia za cenę niższą niż szacowana przez Zamawiającego i nie widzi podstaw do wzywania wykonawców do wyjaśnienia czy ich cena nie jest rażąco niska w przypadku w którym nie mają zastosowania przesłanki z art. 224 ust. 2 PZP.

Zwrócić uwagę należy na linię orzeczniczą Krajowej Izby Odwoławczej w tym zakresie, wskazującą, że:

„ (…) przepis art. 224 ust. 1 PrZamPubl wprawdzie posługuje się pojęciami nacechowanymi 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 dnia 16 września 2021 r., KIO 2202/21; również: wyrok z dnia 16 czerwca 2020 r., sygn. akt KIO 709/20 i KIO 715/20; wyrok z dnia 22 maja 2020 r., sygn. akt KIO 410/20.

W wyroku z dnia 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".

Mając na uwadze fakt, że każda z cen w zakresie części 13 była znacznie niższa od szacunku Zamawiającego, ceny były do siebie zbliżone, Zamawiający nie powziął wątpliwości wskazujących na konieczność zastosowania procedury określonej w art. 224 ust. 1 PZP w odniesieniu do ofert złożonych przez Przystępującego i wykonawcę Usługi Melioracyjne Ł.R.. Tym samym brak odrzucenia tych ofert, a także wezwania do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny był zasadny.

Przystępujący: „Firma Handlowo Usługowa RENPIOTR P.P." wniósł oddalenie odwołania jako bezzasadnego.

Oferta Przystępującego została uznana za najkorzystniejszą, a zamawiający w sposób rzetelny i wnikliwy dokonał oceny i badania ofert. Argumentacja Odwołującego nie może zasługiwać na uwzględnienie.

Krajowa Izba Odwoławczapo rozpatrzeniu sprawy na rozprawie z udziałem stron i uczestnika, biorąc pod uwagę dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska przedstawione na piśmie i do protokołu rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje.

W zakresie kwestii formalnych stwierdzono:

1/ że odwołanie nie podlega odrzuceniu, jako że spełnia wszystkie wymogi w tym zakresie;

2/ wykonawca Transport Ciężarowy i Roboty Ziemne P.Ł. z siedzibą w Kołbaskowie zgłosiłprzystąpienie do odwołania i oświadczył: „Przystępuję do odwołania i opowiadam się za stroną Wykonawców, którzy zostali odrzuceni, a tym samym potraktowani niesprawiedliwie i bezprawnie odrzucając między innymi moją ofertę."

Izba nie dopuściła tego podmiotu do udziału w postępowaniu w charakterze przystępującego wobec braku wymaganych przepisem art. 525 ustawy pzp przesłanek w postaci wskazania do której strony postępowania odwoławczego przystępuje i jaki ma interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść konkretnej strony, tej wszak nie wskazał opowiadając się ogólnie za rozstrzygnięciem na korzyść wykonawców, których oferty odrzucono.

W zakresie merytorycznym Izba potwierdza, że odwołujący wykazał, że ma interes w uzyskaniu zamówienia w rozumieniu art. 505 ust. 1 ustawy pzp, w zakresie objętym zarzutami podniesionymi co do decyzji zamawiającego dla części nr 19 oraz nr 13 zamówienia.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 w związku z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp skład orzekający uznaje, że mimo odmiennych twierdzeń odwołującego brak jest podstaw do uznania, że wyjaśnienia złożone przez przystępującego są ogólne i nie zawierają wymaganych elementów. Zamawiający skierował do wykonawcy wezwanie, w którym wymagał wykazania, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska. Wezwanie zawierało w zasadzie powtórzenie przesłanek ustawowych opisanych w art. 224 ust. 3 ustawy pzp.

W odpowiedzi wykonawca – obecny przystępujący - złożył stosunkowo obszerne wyjaśnienia z kilkunastoma załącznikami na poparcie tezy o realności zaoferowanej przez siebie ceny ofertowej. Znacząca część wyjaśnień została zastrzeżona jako zawierająca informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa. Okoliczność ta niewątpliwie utrudnia konkurującemu wykonawcy tj. odwołującemu odnieść się do szeregu informacji, do których nie ma dostępu. Zarzuty zatem oparł na dostępnym kosztorysie sporządzonym przez przystępującego i załączonym do wyjaśnień. W szczególności wskazał na znaczenie kosztów pracy w kosztach zamówienia i przyjęcie w kosztorysie stawki roboczogodziny dla wszystkich zadań w wysokości nieaktualnej dla okresu, w którym zamówienie ma być realizowane.

Analiza wyjaśnień wskazuje jednak, że przystępujący przedstawił obowiązujące przepisy prawa i uwzględnił wysokość minimalnego wynagrodzenia w 2024 r. i wiążących się z tym kosztów ponoszonych przez pracodawcę z uwzględnieniem składek na ubezpieczenie społeczne i innych kosztów takich jak koszty badań lekarskich, badań BHP i wskazał w przedłożonej kalkulacji, że koszty te zostały uwzględnione w cenie ofertowej.

Przystępujący wykazał również, że zatrudnia stosownie do wymogów specyfikacji warunków zamówienia pracowników na podstawie umowy o pracę i wypełnia obowiązki wynikające z obowiązków pracodawcy.

Wyliczenia wraz z dowodami są wiarygodne i nie budzą wątpliwości co do możliwości wykonania zamówienia za zaoferowaną cenę. Należy zatem stwierdzić, że wyjaśnienia odczytane łącznie z załącznikami stanowiącymi dowody na okoliczność prawdziwości wyjaśnień, stanowią przekonujący dowód co do poprawności ceny. Tym samym bazowa stawka roboczogodziny uwidoczniona w kosztorysie jest jedynie wielkością wyjściową aktualizowaną, co zostało potwierdzone w wyjaśnieniach.

Tym samym, w zakresie części 19 zamawiający poprawnie dokonał oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej po uprzednim przeprowadzeniu postępowania wyjaśniającego, zatem nie miał podstaw do odrzucenia oferty przystępującego.

W zakresie zarzutów naruszenia 224 ust. 1 i 2 ustawy pzp należy stwierdzić, że nie zostały spełnione ustawowe przesłanki obligujące zamawiającego do prowadzenia postępowania wyjaśniającego w zakresie wysokości zaoferowanej ceny, mającej znamiona rażąco niskiej. Zamawiający może jednak, stosownie do własnej oceny i ewentualnych wątpliwości, o przeprowadzeniu takiego postępowania zdecydować. W sprawie rozpatrywanej taka sytuacja nie wystąpiła. Zamawiający uznał, że nie ma potrzeby żądania wyjaśnień, skoro nie został przekroczony, co wydaje się bezsporne, próg 30% określony w art. 224 ust. 2 ustawy. Fakt, iż ceny dwóch ofert były znacząco zbliżone do kwoty oszacowania dokonanego przez zamawiającego, jednak były one niższe, co miałoby uwolnić wykonawców od obowiązku składania wyjaśnień co do wysokości oferowanej ceny, nie wydaje się wskazywać na uprzednią wiedzę tych podmiotów o wielkości oszacowania. Co najmniej przypadek przystępującego wskazuje, że ewentualne obalenie domniemania zaoferowania ceny jako rażąco niskiej, nie stanowiłoby dla niego utrudnienia w toku postępowania.

Skład orzekający zauważa przy tym, że każda z siedmiu ofert złożonych w części 13 była zdecydowanie niższa od kwoty oszacowania zamawiającego. Tym samym wykonawcy potwierdzili, że jest możliwe wykonanie zamówienia za cenę niższą niż szacowana przez zamawiającego i nie widzi podstaw do wzywania wykonawców do wyjaśnienia czy ich cena nie jest rażąco niska w przypadku w którym nie mają zastosowania przesłanki z art. 224 ust. 2 PZP. Ceny ofert dla

tej części można zatem określić jako rynkowe dla tego rodzaju zamówienia co najmniej w tym obszarze działania.

Z uwagi na dokonane ustalenia, Izba uznaje, że zamawiający dokonując czynności wyboru oferty najkorzystniejszej dla zadania nr 19 i zadania nr 13 nie naruszył przepisów ustawy pzp wskazanych w odwołaniu.

W takim stanie rzeczy orzeczono, jak w sentencji.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 oraz art. 575 ustawy Pzp, a także w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 w zw. § 5 pkt 1 i pkt 2b w zw. z § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r., poz. 2437 ze zmianami), orzekając w tym zakresie o obciążeniu kosztami postępowania odwoławczego odwołującego.

Przewodniczący:…….....