

Sygn. akt: KIO 2129/23

WYROK
z dnia 07 sierpnia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aneta Mlącka

Protokolant: Patryk Pazura

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 03 sierpnia 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 lipca 2023 r. przez Odwołującego **INFRA-Centrum Doradztwa sp. z o.o. (ul. Leszno 14, 01-192 Warszawa)** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. (ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa)**

przy udziale Wykonawcy **Multiconsult Polska sp. z o.o. (ul. Bonifraterska 17, 00-203 Warszawa)** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

- 1) oddala odwołanie,
 - 2) kosztami postępowania obciąża Odwołującego **INFRA-Centrum Doradztwa sp. z o.o. (ul. Leszno 14, 01-179 Warszawa)** i
- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego **INFRA-Centrum Doradztwa sp. z o.o. (ul. Leszno 14, 01-192 Warszawa)** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 2129/23

UZASADNIENIE

Zamawiający PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. prowadzi postępowanie, którego przedmiotem jest: „Opracowanie dokumentacji projektowej wraz z pełnieniem nadzoru autorskiego w ramach projektu pn.: „Budowa nowej linii kolejowej Turek – Konin” realizowanego w ramach Programu Uzupełnienia Lokalnej i Regionalnej Infrastruktury Kolejowej – Kolej+ do 2029 roku.”

Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się 27 lutego 2023 roku w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2023/S 041-121979.

Odwołujący wniósł odwołanie, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez niewłaściwe zastosowanie, to jest błędne przyjęcie, że złożone przez Odwołującego wyjaśnienia wraz z dostarczonymi dowodami nie potwierdziły, że oferta Odwołującego nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia, co w konsekwencji doprowadziło do niesłusznego odrzucenia oferty Odwołującego;

- z ostrożności procesowej jako zarzut ewentualny, na wypadek nieuwzględnienia zarzutu z pkt 1, naruszenie art. 224 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez niewłaściwe zastosowanie, to jest błędne przyjęcie, że nie zaistniała możliwość uzupełniającego wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, podczas gdy z okoliczności sprawy wynika, że Odwołujący przedkładał rzetelne wyjaśnienia i współpracował z Zamawiającym w zakresie składanych wyjaśnień, co obligowało Zamawiającego do wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień uzupełniających, jeśli Zamawiający miał wątpliwości co do wyjaśnień złożonych uprzednio przez Odwołującego;

- art. 16 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wniósł o unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego z postępowania, nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Wykonawcę, ewentualnie nakazanie Zamawiającemu ponownego wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny w celu doprecyzowania uprzednio przekazanych przez niego informacji, powtórzenie badania i oceny pozostałych ofert, wybór oferty najkorzystniejszej.

Zamawiający treści wezwania do udzielenia wyjaśnień wskazał, iż: w związku z tym, że ceny zaoferowane w złożonej

przez Odwołującego ofercie, w zakresie Fazy I (zamówienie podstawowe) oraz w zakresie Fazy II (Prawo Opcji) wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz budzą wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, a w szczególności w zakresie wskazanym w art. 224 ust. 3 pkt 4 i 6 ustawy PZP, tj.:

-zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę, albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz.U. z 2020 r. poz. 2207) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie;

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

Dalej w wezwaniu Zamawiający poinstruował Odwołującego, iż powinien on wykazać, czy zaoferowana cena rzeczywiście uwzględnia wszystkie elementy związane z należyтым wykonaniem zamówienia, a wyjaśnienie winno zawierać konkretne dane liczbowe i wykazywać poczynione założenia, które miały wpływ na wyliczenie ceny netto w zakresie Fazy I i Fazy II, tj. kalkulację wraz z jej uzasadnieniem oraz dowodami na jej poparcie.

Zamawiający w treści Wezwania wskazał, iż oczekuje, aby Wykonawca, w ramach wyjaśnienia przedstawił szczegółową kalkulację wszystkich czynników cenotwórczych i założeń, jakie miały wpływ na oszacowanie ceny netto, oraz wykazał, czy istnieją konkretne uwarunkowania i obiektywne czynniki, jakie towarzyszyć będą realizacji zamówienia, które wpłynęły na wysokość oferowanej ceny wraz ze wskazaniem opisu tych czynników i skali ich wpływu na wysokość zaoferowanej ceny.

W tym celu, zgodnie z wezwaniem Zamawiającego, w szczególności Wykonawca powinien przedstawić:

- kalkulację wszystkich czynników cenotwórczych i założeń, jakie miały wpływ na oszacowanie ceny netto oferty realizacji Fazy I (zamówienia podstawowego) oraz Fazy II (Prawa Opcji);

- uszczegółowienie ww. kalkulacji prezentujących koszty poszczególnych części przedmiotu zamówienia dla Fazy I wyszczególnionych w Harmonogramie rzeczowo-finansowym Zakresu podstawowego oraz dla Fazy II w zakresie specjalności wyszczególnionych w Załączniku nr 1B do Formularza Ofertowego - Prawo opcji.

Przedmiotowe kalkulacje miałyby być przez Odwołującego przedłożone odrębnie dla każdej z Faz wraz z dowodami na ich poparcie.

W treści wezwania, Zamawiający zwrócił uwagę, iż na Wykonawcy spoczywa obowiązek przedstawienia i udowodnienia Zamawiającemu poprawności oszacowania oferty, którą przedłożył Zamawiającemu, co oznacza również, że Wykonawca samodzielnie decyduje o zakresie wyjaśnień, jak również ma swobodę w prezentowaniu dowodów. Zamawiający wskazał, że przedstawione wyjaśnienia będą następnie stanowiły podstawę do dokonania przez Zamawiającego oceny, czy zachodzi podstawa do odrzucenia oferty z uwagi na zastosowanie rażąco niskiej ceny.

Odwołujący złożył wyjaśnienia na wezwanie Zamawiającego. W ramach złożonych wyjaśnień, Odwołujący podkreślił, że zaoferowana przez niego cena wykonania zamówienia nie jest rażąco niska, a wręcz jest ceną racjonalną, znajdującą odzwierciedlenie w warunkach rynkowych. Odwołujący powołał się przy tym na bogate doświadczenie w realizacji podobnych projektów przez zespół oraz podwykonawców. Przechodząc do wyceny etapów wskazanych w harmonogramie rzeczowo-finansowym projektu, Odwołujący oparł swą kalkulację na doświadczeniu zdobytym w ramach opracowywania dokumentacji projektowej oraz studiów wykonalności na zlecenie PKP PLK S.A. oraz zapisów OPZ.

Odwołujący wyjaśnił, że dokonując kalkulacji kosztów wynagrodzeń, wskazał, iż będzie bezpośrednio dysponował personelem składającym się z czterech osób - koordynatorów. Przedstawione w treści wyjaśnień koszty wynagrodzenia pracowników Odwołującego są znacząco wyższe niż minimalne wynagrodzenie, co oznacza, że zbyt daleko idące jest twierdzenie Zamawiającego, jakoby cena zaoferowana przez Odwołującego była rażąco niska.

Odwołujący wskazał również, że pozostały personel wskazany w OPZ zostanie zapewniony przez poszczególnych podwykonawców, a koszty wynagrodzeń personelu podwykonawców zostaną pokryte przez podwykonawców.

Odwołujący w ramach udzielonych wyjaśnień wskazał, że zaoferowana przez niego cena jest ceną racjonalną, obejmującą wszystkie koszty realizacji zamówienia, a także godziwy zysk.

Odwołujący podkreślał, że cena zaoferowana przez Odwołującego nie odbiega, a wręcz kształtuje się na bardzo zbliżonym poziomie w stosunku do cen oferowanych przez Odwołującego w innych postępowaniach przetargowych, prowadzonych przez Zamawiającego na przestrzeni ostatnich lat, których zakres (przedmiot zamówienia) jest porównywalny lub tożsamy.

Zamawiający działając na podstawie art. 253 ust. 1 pkt 1) ustawy Prawo zamówień publicznych, w dniu 11 lipca 2023 r. poinformował wykonawców za pośrednictwem swojej platformy zakupowej o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz na podstawie art. 253 ust. 1 pkt 2) ustawy Prawo zamówień publicznych, poinformował o odrzuceniu wybranych ofert, w tym oferty złożonej przez Odwołującego.

Oferta Odwołującego została odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Prawo

zamówień publicznych. Zamawiający uzasadniając swoją decyzję, dotyczącą odrzucenia oferty Odwołującego wskazał, że Odwołujący w złożonych wyjaśnieniach w odpowiedzi na wezwanie do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, „w ogóle nie odniósł się do pkt. 6) przepisu art. 224 ust. 3 pzp, który w wezwaniu skierowanym przez Zamawiającego do Wykonawcy został wyszczególniony jako istotny element oceny oferty Wykonawcy w zakresie rażąco niskiej ceny. W zakresie pkt. 4) art. 224 ust 3 Ustawy Wykonawca w ramach wyjaśnień odniósł się jedynie do czterech koordynatorów (z całego wymaganego w OPZ personelu).”

Odwołujący nie zgodził się z decyzją Zamawiającego, wskazał następujące okoliczności:

Odwołujący wskazał na bardzo dużą rozbieżność cenową pomiędzy ofertami poszczególnych wykonawców. Na osiem ofert (z wyłączeniem oferty nr 6) dwie oferty przekraczały kwotę jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia, a sześć, w tym oferta Odwołującego, mieściły się co prawda w budżecie Zamawiającego, ale jednocześnie kształtowały się na poziomie 61% - 88% kwoty jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia.

Powyższa sytuacja w opinii Odwołującego potwierdza aktualny trend udzielenia zamówień publicznych prowadzonych przez PKP PLK S.A. o podobnym zakresie, gdzie wartości szacunkowe jak i kwoty jakie Zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia wskazywane dla zadań polegających na opracowaniu dokumentacji projektowej, są wyraźnie zawyżone. Odwołujący dokonując analizy wybranych w ostatnich latach cen ofertowych wskazanych przez wykonawców wskazał, że stanowią one około 23%-57% wartości budżetu Zamawiającego.

Odwołujący wskazał również, że zgodnie z art. 224 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych katalog okoliczności, na które powołać się mogą wykonawcy składając wyjaśnienia odnośnie rażąco niskiej ceny - jest katalogiem otwartym i tak jak zostało to zaznaczone przez samego Zamawiającego w wezwaniu do złożenia wyjaśnień, to wykonawca decyduje w ramach składanych wyjaśnień jakie okoliczności i elementy kosztotwórcze powinny w jego ocenie znaleźć się w składanych wyjaśnieniach, w celu wykazania Zamawiającemu rzetelnego skalkulowania ceny ofertowej dającej rękojmię należytego wykonania zamówienia.

Odwołujący podkreślał, że jeśli Zamawiający oczekiwał wyjaśnień w ściśle określonym zakresie, powinno to znajdować swoje odzwierciedlenie wprost w wezwaniu kierowanym do Odwołującego, w szczególności zaś Zamawiający nie powinien oczekiwać od Wykonawcy, aby ten domyślał się, które elementy wyceny oferty Zamawiający zakwestionował (które budzą jego wątpliwości), albo spodziewać się, że wykonawca w takiej sytuacji szczegółowo przeanalizuje każdą pozycję cenową oferty.

Odwołujący wskazał, iż aby wykonawca mógł skorzystać z możliwości wyjaśnienia oferty, skierowane przez Zamawiającego wezwanie powinno dokładnie wskazywać, w jakim zakresie oferta wykonawcy wywołuje wątpliwości Zamawiającego i co należy uzupełnić lub wyjaśnić.

Zamawiający, w ocenie Odwołującego nie był konsekwentny, albowiem z jednej strony wskazał na wątpliwości wynikające z odrębnych przepisów prawa, w tym w zakresie wskazanym w art. 224 ust. 3 pkt 4) i 6) ustawy Prawo zamówień publicznych, z drugiej strony pozostawił Odwołującemu dowolność poprzez wezwanie do przedstawienia wszystkich czynników cenotwórczych i założeń jakie miały wpływ na oszacowanie ceny netto oferty Odwołującego.

W ramach uzupełnienia, Odwołujący wskazał, że w odpowiedzi na wezwanie, pismem z dnia 26 kwietnia 2023 r. zwrócił się do Zamawiającego z uprzejmą prośbą o wydłużenie terminu złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Odwołujący swoją prośbę motywował m.in. obszernością przygotowywanych dla Zamawiającego wyjaśnień, wysokim stopniem ich złożoności oraz koniecznością opracowania dokumentów w sposób wyczerpujący i rzetelny, co wymagało ze strony Odwołującego dużego nakładu pracy. Zamawiający w dniu 26 kwietnia 2023 r. udzielił Wykonawcy odpowiedzi, iż nie wyraża zgody na wydłużenie terminu na złożenie wyjaśnień. Zamawiający swoją decyzję argumentował tym, iż w jego ocenie wyznaczony na złożenie wyjaśnień termin od 18 kwietnia do 28 kwietnia do godziny 12:00 został ustalony z odpowiednią starannością jest wystarczający do udzielenia wyczerpującej odpowiedzi.

W związku z brakiem zgody na wydłużenie terminu do złożenia wyjaśnień, w dniu 27 kwietnia 2023 r. Odwołujący złożył wyjaśnienia dotyczące ceny ofertowej. W przekazanym piśmie, Odwołujący oświadczył, iż całkowita cena brutto zaoferowana w postępowaniu została określona z należytą starannością oraz gwarantuje wykonanie zamówienia w sposób rzetelny. Potwierdził również, że przy dokonywaniu wyceny Wykonawca uwzględnił wszystkie elementy związane z należyтым wykonaniem zamówienia, a cena została określona z uwzględnieniem posiadanych przez Wykonawcę zasobów ludzkich, wiedzy i doświadczenia poszczególnych ekspertów dedykowanych do realizacji zamówienia oraz narzędzi i materiałów niezbędnych do należytego wykonania przedmiotowego zamówienia.

Odwołujący podniósł, iż zarówno jego personel, jak i zespół jego podwykonawców są autorami wielu analiz wykonanych w ramach opracowania dokumentacji projektowej, programów funkcjonalno-użytkowych i koncepcji technicznych oraz dokumentacji przedprojektowej, studiów wykonalności, rezultatów studiów wykonalności, rezultatów studiów wykonalności dla PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. oraz przewoźników samorządowych na różnym szczeblu oraz PKP SA, które były przedmiotem odbioru przez szereg zamawiających, w szczególności przez PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., CUPT i Jaspers. Posiada unikatowe doświadczenie łączące wiedzę praktyczną z zakresem kolejowych projektów

inwestycyjnych, czego potwierdzeniem jest udział Odwołującego w licznych projektach, w tym m.in. wielu projektach realizowanych na rzecz PKP Polskich Linii Kolejowych S.A. Na przestrzeni długoletniej współpracy z PKP PLK S.A. w ramach realizacyjnych przez Odwołującego projektów, ceny oferowane przez Wykonawcę były cenami konkurencyjnymi w stosunku do innych podmiotów działających na rynku właściwym (innych wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia). Na potwierdzenie powyższego Odwołujący w przedłożonych wyjaśnieniach przywołał szereg zamówień publicznych realizowanych na rzecz m.in. PKP Polskich Linii Kolejowych S.A., które realizował przy udziale podwykonawców i ich ekspertów.

W ocenie Odwołującego, w przypadku dalszych wątpliwości po stronie Zamawiającego, które jego zdaniem wymagałyby doprecyzowania, winien był ponownie wezwać Odwołującego do złożenia wyjaśnień. Przepisy ustawy nie zakazują kilkukrotnego wezwania wykonawcy.

W ocenie Odwołującego, postępowanie wyjaśniające zostało przeprowadzone nieprawidłowo, co za tym idzie odrzucenie oferty Odwołującego nie powinno mieć miejsca.

Zdaniem Odwołującego, uzasadnienie odrzucenia oferty wskazuje, iż Zamawiający ocenił złożone wyjaśnienia pod kątem wymagań oraz oczekiwań, które nie zostały sprecyzowane w wezwaniu z dn. 18 kwietnia 2023 r. Zamawiający bowiem oczekiwał kalkulacji czynników cenotwórczych i założeń, jakie miały wpływ na oszacowanie ceny dla personelu, który będzie zapewniony przez podwykonawców - tymczasem w Wezwaniu skierowanym do Odwołującego Zamawiający nie określił szczegółowych wymagań odnośnie oczekiwanych dowodów potwierdzających koszty pracownicze. Zamawiający w wezwaniu określił jedynie, iż oczekuje "przedstawienia (1) kalkulacji wszystkich czynników cenotwórczych i założeń, jakie miały wpływ na oszacowanie ceny netto realizacji Fazy I oraz Fazy II (2) uszczegółowienia ww. Kalkulacji prezentujące koszty poszczególnych części zamówienia dla Fazy I oraz Fazy II".

Odwołujący wskazał także, że fakt, iż pozostali uczestnicy postępowania przedstawili ceny wyższe od ceny zaoferowanej przez Odwołującego nie może stanowić samoistnej przesłanki do uznania, że cena realizacji zamówienia zaoferowana przez Odwołującego jest ceną rażąco niską. W ocenie Odwołującego to cena ofert pozostałych wykonawców są rażąco wysokie w stosunku do zakresu zamówienia i rzeczywistych kosztów jego realizacji.

W ocenie Odwołującego bezpodstawne odrzucenie oferty Odwołującego świadczy o niezachowaniu przez Zamawiającego w postępowaniu zasady uczciwej konkurencji równego traktowania wykonawców, tj. o naruszeniu art. 16 ustawy Prawo zamówień publicznych. W orzecznictwie, pomimo braku definicji rażąco niskiej ceny, jednolicie przyjmuje się bowiem za sprzeczne z prawem oraz z zasadą ochrony konkurencji, uznanie ceny za rażąco niską bez możliwości udowodnienia przez wykonawcę jej rzetelności w zakresie czynników cenotwórczych.

Izba ustaliła i zważyła co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Wbrew twierdzeniu Odwołującego, wezwanie Odwołującego do złożenia wyjaśnień było konkretne i jednoznaczne. Zamawiający wprost wskazał, jakie aspekty wyceny oferty wymagają wyjaśnienia. W wezwaniu Zamawiający wskazał jednoznacznie, że wymaga wyjaśnień „w szczególności w zakresie wskazanym w art. 224 ust. 3 pkt 4) i 6) ustawy, tj. zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2020 r. poz. 2207) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie; zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie”.

Nie jest zatem tak, jak twierdził Odwołujący, że był zobowiązany do domyślenia się, które elementy wyceny oferty Zamawiający zakwestionował (które budzą jego wątpliwości). Nie jest również tak, że w treści wezwania znalazły się sprzeczności i fragmenty niejednoznaczne. W treści wezwania Zamawiający wskazał, że „Wykonawca decyduje samodzielnie o zakresie wyjaśnień, jak również ma swobodę w prezentowaniu dowodów”, co nie powoduje wyłączenia konieczności wyjaśnienia i udowodnienia pozostałych punktów z wezwania. Wskazuje jedynie na fakt, że ciężar udowodnienia, że cena nie jest rażąco niska, spoczywa na wykonawcy, który może tę okoliczność wykazywać dowolnymi środkami.

Wyjaśnienia wykonawcy miały rozwiązać wątpliwości Zamawiającego, a więc odnieść się do każdej kwestii wyrażonej wyraźnie w wezwaniu. W sytuacji, gdy wezwanie wymieniało konkretnie i jasno poszczególne aspekty kalkulacji ceny wymagające wyjaśnienia, wykonawca zobligowany był odnieść się do każdego punktu wezwania.

Złożone przez Odwołującego wyjaśnienia nie zawierają jednak informacji, których oczekiwał Zamawiający i na które wskazał w treści wezwania. Wbrew twierdzeniu Odwołującego, Odwołujący nie odniósł się do kosztów, na które zwracał uwagę Zamawiający - do pkt. 6) przepisu art. 224 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, który w wezwaniu skierowanym przez Zamawiającego do Odwołującego został wyszczególniony jako istotny element oceny oferty Wykonawcy w zakresie rażąco niskiej ceny.

W zakresie pkt. 4) art. 224 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, Odwołujący w ramach wyjaśnień odniósł się

jedynie do czterech koordynatorów, którymi dysponował bezpośrednio. Zatem Odwołujący opisał kalkulację kosztów pracowniczych dla niewielkiej części całego personelu, mającego brać udział w wykonaniu zamówienia. W pozostałym zakresie koszty pracownicze nie zostały opisane, Odwołujący ograniczył się jedynie do wskazania, że pozostały personel zostanie udostępniony przez podwykonawców. Stosownie do twierdzenia Zamawiającego i Przystępującego (czemu nie zaprzeczał Odwołujący), Wykonawca nie przedstawił w wyjaśnieniach wartości roboczogodziny, stawek dla blisko 70% personelu, a zatem w przeważającej ilości. W tomie III do SWZ - OPZ w pkt 6.2.3 Zamawiający opisał Personel wymagany do realizacji Zamówienia, który obejmuje 21 stanowisk specjalistycznych.

Co jednak istotne, Wykonawca w sposób świadomy pominął złożenie informacji dotyczących wskazania kosztów wynagrodzenia (wysokości) w przypadku pracowników, którzy zostaną zatrudnieni przez podwykonawców. W tabeli złożonej w wyjaśnieniach, w miejscu, w którym należało przedstawić dane w tym zakresie, Wykonawca w tych komórkach tabeli wstawił przekreślenie (znak: „-”), przez co wyraźnie zaznaczył, że jego zamiarem jest pozostawienie komórki tabeli niewypełnionej (bez żadnej treści). Oznacza to, że Wykonawca świadomie nie udzielił odpowiedzi na zadane pytanie Zamawiającego co do wysokości kosztów pracy, wynagrodzeń tych pracowników. Tym bardziej nie jest uzasadnione ponowne wzywianie Wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie, w którym Wykonawca już raz został wezwany i świadomie nie udzielił odpowiedzi. Wykonawca nie złożył również żadnych dokumentów ukazujących sposób kalkulacji kosztów pracowniczych ze strony podwykonawców.

Z powyższego wynika, że Odwołujący pozbawił Zamawiającego możliwości oceny sposobu kalkulacji ceny ofertowej w zakresie przesłanek zawartych w art. 224 ust. 3 pkt 4 i 6 ustawy Prawo zamówień publicznych. Jak wskazano, Wykonawca nie złożył żadnych wyjaśnień (oprócz personelu, którym dysponuje bezpośrednio) - w zakresie art. 224 ust. 3 pkt 4) i 6) ustawy Prawo zamówień publicznych), ani dowodów uwiarygadniających cenę oferty w zakresie zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy oraz prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, czego wymagał Zamawiający. Bez znaczenia pozostają wywody Odwołującego dotyczące porównania zaoferowanej przez niego ceny z cenami innych wykonawców, czy z cenami oferowanymi w innych postępowaniach.

Odwołujący nie kwestionował wezwania do złożenia wyjaśnień. Zamawiający dokonuje oceny na podstawie złożonych przez wykonawcę wyjaśnień – jest to zgodne z procedurą wynikająca z ustawy. A zatem to treść wyjaśnień wykonawcy jest podstawą do oceny w zakresie wiarygodności, realności zaoferowanej ceny, nie zaś ceny w innych postępowaniach. Co więcej, Zamawiający w treści wezwania wprost wskazał, że: „przedstawione wyjaśnienia będą następnie stanowiły podstawę do dokonania przez Zamawiającego oceny, czy zachodzi podstawa do odrzucenia oferty z uwagi na zastosowanie rażąco niskiej ceny”.

Dlatego nie są przydatne dla rozstrzygnięcia w niniejszym postępowaniu dowody, składane przez Odwołującego w trakcie rozprawy z udziałem stron, w postaci informacji z otwarcia ofert w innym postępowaniu (na okoliczność, że ceny innych wykonawców są zróżnicowane), a także wykonane przez Odwołującego zestawienie cen w innych postępowaniach (na okoliczność, że ceny w postępowaniach są o ponad 50% niższe niż ceny szacowane przez zamawiających). Dowody te w ogóle nie odnoszą się do treści złożonych przez Wykonawcę wyjaśnień, a to te właśnie wyjaśnienia stanowiły podstawę oceny Zamawiającego i podstawę odrzucenia oferty.

W trakcie rozprawy z udziałem stron Odwołujący wyjaśnił, że sposób składania wyjaśnień był wypracowany od lat, a dotychczasowa praktyka składania wyjaśnień u tego samego Zamawiającego wskazywała, że Zamawiający uznawał za prawidłowe złożone w taki sposób wyjaśnienia. Tej okoliczności zaprzeczył Zamawiający, wskazując, nie został wypracowany jakikolwiek schemat wyjaśnień oraz że dotychczasowa praktyka składania wyjaśnień u Zamawiającego jest taka, że Zamawiający wymaga, aby w wyjaśnieniach wykonawcy odnosili się do informacji wskazanych w art. 224 ust 3 pkt 4 i 6 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Przed wszystkim jednak, wykonawca składa wyjaśnienia niezależnie w każdym postępowaniu, z uwzględnieniem sytuacji i czynników kosztowych szczególnych w danym postępowaniu. Każde postępowanie przetargowe jest inne, zawiera inne czynniki, a zatem wyjaśnienia składane w postępowaniu powinny się różnić. Należy podkreślić, że podstawą oceny w niniejszej sprawie jest prawidłowość dokonanej przez Zamawiającego oceny wyjaśnień złożonych przez Odwołującego w tym postępowaniu, nie zaś ewentualna „praktyka” w innych postępowaniach. A w tym postępowaniu istotną kwestią jest, że Odwołujący nie odniósł się w treści złożonych wyjaśnień do tych czynników, których wyjaśnienia wymagał Zamawiający w treści wezwania.

Odwołujący podniósł jako zarzut ewentualny – zarzut naruszenia art. 224 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez niewłaściwe zastosowanie, to jest błędne przyjęcie że w stanie faktycznym niniejszej sprawy nie zaistniała możliwość uzupełniającego wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Zarzut ten jest bezzasadny.

Zamawiający w trakcie rozprawy z udziałem stron wyjaśnił, że nie widział okoliczności, co do wyjaśnienia których powinien wzywać Odwołującego. W tej sytuacji musiałby powtórzyć treść wystosowanego już do Odwołującego wezwania, co stoi w sprzeczności z zasadą równego traktowania wykonawców.

W ocenie Izby również brak było podstaw do żądania od Odwołującego dalszych wyjaśnień na podstawie art. 223 i 224 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. W niniejszej sprawie Zamawiającymusiabły w zasadzie wezwać Odwołującego do złożenia wyjaśnień w tym samym zakresie, w jakim Odwołujący został już wezwany uprzednio, a zatem powtórzyć treść wezwania, co stoi w sprzeczności z zasadą równego traktowania wykonawców.

Izba podziela stanowisko Zamawiającego, że Zamawiający nie powinien przejmować za wykonawcę inicjatywy w dążeniu do udowodnienia realności elementów mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. Takie działanie Zamawiającego byłoby wyrazem nierównego traktowania wykonawców.

Zgodnie z art. 224 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych, odrzuceniu jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu. Skoro Wykonawca na wezwanie Zamawiającego nie udzielił wymaganych w treści wezwania wyjaśnień, nie złożył dowodów, to oferta Wykonawcy podlega odrzuceniu. Wykonawca nie składając wyjaśnień (w wymaganym zakresie) nie uzasadnił podanej w ofercie ceny, nie wykazał zatem, że zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niska. Przedstawienie niepełnych wyjaśnień, brak złożenia wyjaśnień w zakresie wskazanym przez Zamawiającego w wezwaniu, skutkuje koniecznością stwierdzenia, że Odwołujący nie dowiódł, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska, co potwierdza, że Zamawiający nie naruszył przepisów ustawy, dokonując czynności odrzucenia oferty Odwołującego.

Z powyższych względów, Izba nie dopatrzyła się nieprawidłowości decyzji Zamawiającego o odrzuceniu oferty Odwołującego w sytuacji nieudzielenia wyjaśnień w zakresie, o którym mowa w art. 224 ust. 3 pkt 4 i 6 ustawy Prawo zamówień publicznych, pomimo żądania wskazanego w wezwaniu z dnia 18 kwietnia 2023 r.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 oraz art. 574 ustawy z 11.09.2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 ze zm.) oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1, zaliczając w poczet kosztów postępowania uiszczony przez Odwołującego wpis od odwołania.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:.....