

Sygn. akt: KIO 1504/23

WYROK
z dnia 9 czerwca 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Wojciechowska

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 9 czerwca 2023 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 maja 2023 r. przez **wykonawcę KRAKEN LTT sp. z o.o. z siedzibą w Stalowej Woli** w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego Podkarpacki Zarząd Dróg Wojewódzkich z siedzibą w Rzeszowie**

przy udziale **wykonawcy Kazimierza Bałata prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą DROPOL K. B. z siedzibą w Tarnobrzegu** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty wykonawcy K. B. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą DROPOL K. B. z siedzibą w Tarnobrzegu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy pzp w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy pzp, jako zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego Podkarpacki Zarząd Dróg Wojewódzkich z siedzibą w Rzeszowie i

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę KRAKEN LTT sp. z o.o. z siedzibą w Stalowej Woli tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od zamawiającego Podkarpackiego Zarządu Dróg Wojewódzkich z siedzibą w Rzeszowie na rzecz wykonawcy KRAKEN LTT sp. z o.o. z siedzibą w Stalowej Woli kwotę 11 100 zł 00 gr (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione tytułem wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 z późn. 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 1504/23

Uzasadnienie

Zamawiający – Podkarpacki Zarząd Dróg Wojewódzkich z siedzibą w Rzeszowie - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym bez negocjacji na podstawie art. 275 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. 2022 r., poz. 1710 z późn. zm. – dalej „ustawa pzp”), pn. „Czyszczenie nawierzchni ulic i urządzeń odwadniających w ciągu dróg wojewódzkich na terenie administrowanym przez RDW w Stalowej Woli w 2023 r.”, nr postępowania: PZDW/WZP/243WD/34/2023. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 13 kwietnia 2023 r., za numerem 2023/BZP 00175674.

W dniu 29 maja 2023 r. odwołanie wniósł wykonawca KRAKEN LTT sp. z o.o. z siedzibą w Stalowej Woli – dalej Odwołujący. Odwołujący wniósł odwołanie wobec wyboru jako najkorzystniejszej oferty Wykonawcy K. B. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą DROPOL K. B. z siedzibą w Tarnobrzegu – dalej Przystępujący lub DROPOL, oraz zaniechania odrzucenia oferty tego Wykonawcy, jako zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a także wobec czynności powtórnego wezwania DROPOL do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy pzp w zw. z art. 224 ust. 1 ustawy pzp w zw. z art. 224 ust. 5 ustawy pzp oraz art. 224 ust. 6 ustawy pzp w zw. z art. 239 ust. 1 ustawy pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty DROPOL (będące skutkiem wadliwej oceny udzielonych wyjaśnień), pomimo że wykonawca ten udzielił wyjaśnień, które nie uzasadniają podanej w ofercie ceny, a zatem nie wykazał, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, a także poprzez nieuprawnione powtórne wezwanie do złożenia wyjaśnień, co doprowadziło do nieuzasadnionego wyboru oferty złożonej przez DROPOL jako najkorzystniejszej w postępowaniu,

2. art. 226 ust. 1 pkt 3 ustawy pzp w zw. z art. 224 ust. 1 pkt 4 i 6 ustawy pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty

DROPOL, pomimo że wykonawca ten nie uwzględnił w swojej ofercie kosztów minimalnego wynagrodzenia za pracę, co oznacza, że oferta DROPOL jest niezgodna z przepisami ustawy o minimalnym wynagrodzeniu za pracę.

Odwołujący w oparciu o wyżej wskazane zarzuty wniósł o uwzględnienie odwołania, jak również nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności polegającej na wyborze oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu,
- 2) odrzucenia oferty DROPOL
- 3) powtórzenie czynności badania i oceny ofert.

Odwołujący uzasadniając zarzuty odwołania wskazał, że w postępowaniu oferty złożyło dwóch wykonawców. Rozkład oferowanych cen oraz ich stosunek do szacunkowej wartości zamówienia przedstawia się następująco:

Odwołujący: 943856,40 zł brutto, DROPOL: 387169,00 zł brutto

Stosunek do średniej arytmetycznej wszystkich ofert: Odwołujący: 141,82%, Przystępujący: 58,18%

Stosunek do szacunkowej wartości zamówienia: Odwołujący 103,52%, Przystępujący: 42,64%.

Średnia arytmetyczna [zł]: 665512,70

Szacunkowa wartość zamówienia brutto zł: 911753,73

Różnica pomiędzy cenami [zł]: 556687,40

Odwołujący podniósł, że Zamawiający w 28 kwietnia 2023 r. wezwał DROPOL do złożenia wyjaśnień w trybie art. 224 ust. 2 ustawy pzp, z uwagi na fakt, że cena zaoferowana w ofercie jest niższa o ponad 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania oraz od średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu. Zamawiający wezwał DROPOL do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Zamawiający podkreślił, że niewystarczające będą wyjaśnienia lakoniczne i ogólnikowe lub ponowne zapewnienie Zamawiającego o wykonaniu zamówienia po wskazanej cenie. Jednocześnie Zamawiający wskazał, że zakres przedłożonych wyjaśnień i dowodów nie powinien rodzić po stronie Zamawiającego konieczności dokonywania kolejnych wezwań o doprecyzowanie i dodatkowe uzasadnienie złożonych wyjaśnień. W odpowiedzi na powyższe wezwanie DROPOL przedstawił w dniu 8 maja 2023 r. wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, które ograniczył jedynie do wskazania że obecnie realizuje zadanie pod nazwą: „Czyszczenie nawierzchni ulic i urzędzeń odwadniających w ciągu dróg wojewódzkich na terenie województwa podkarpackiego w latach 2021-2023, zadanie nr 7 RDW Stalowa Wola”, a także, że posiada własny sprzęt. Wyjaśnienia wbrew wezwaniu Zamawiającego nie zawierały jakiegokolwiek kalkulacji i nie były poparte jakimkolwiek dowodem. Powyższe skutkuje koniecznością stwierdzenia, że DROPOL nie wykazał, że cena jego oferty nie jest rażąco niska. Biorąc pod uwagę ogólnikowość wyjaśnień i brak złożenia jakichkolwiek dowodów, nie było w sprawie podstaw do ponownego wezwania Przystępującego do złożenia wyjaśnień. Ponowne wezwanie może być bowiem kierowane do wykonawcy, który już za pierwszym razem udzielił konkretnych, spójnych wyjaśnień, które jedynie w niektórych kwestiach wymagają doprecyzowania czy uzupełnienia. Natomiast w niniejszej sprawie mamy do czynienia z wyjaśnieniami, które nie zawierają żadnych konkretnych i żadnych dowodów. Tym samym powtórne wezwanie do ich złożenia stanowiłoby niezgodne z art. 16 pkt 1 i 2 ustawy pzp dawanie wykonawcy „drugiej szansy” (por. wyrok KIO z 23 stycznia 2023 r., KIO 81/23, LEX nr 3481476.)

Odwołujący podniósł, że choć przepis art. 224 ust. 1 ustawy pzp nie zawiera ograniczenia co do jednokrotnego wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, to zgodnie z jednolitą linią orzecznictwą przyjmuje się, że biorąc pod uwagę, iż wezwanie kierowane jest do profesjonalnego uczestnika obrotu gospodarczego, wobec którego stosowany jest miernik podwyższonej staranności (art. 355 par 2 k.c.), a także mając na uwadze zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, wezwanie w przedmiocie rażąco niskiej ceny należy, można co do zasady, kierować do wykonawcy jednokrotnie. Powtórne wezwanie jest możliwe, jeśli złożone wyjaśnienia rodzą u zamawiającego kolejne wątpliwości, na przykład, gdy treść wyjaśnień jest niejasna dla zamawiającego i oczekuje on doprecyzowania niektórych zagadnień. Podkreślił, że nie jest rolą zamawiającego przejecie od wykonawcy inicjatywy w wyjaśnieniu rażąco niskiej ceny i kierowanie wezwań „do skutku.” Kolejne wezwania do wyjaśnienia tego samego zakresu informacji, przy niestarannej postawie wykonawcy, uznać należy za dokonywane z naruszeniem art. 224 ustawy pzp. Innymi słowy, brak rzetelności i staranności po stronie wykonawcy nie może uzasadniać kierowania do niego kolejnych wezwań w trybie art. 224 ust. 1 ustawy pzp. Z powyższego płynie jednoznaczny wniosek, że wykonawca, który nie sprostą obowiązkowi związanemu ze złożeniem właściwych wyjaśnień musi liczyć się z negatywnymi konsekwencjami w postaci odrzucenia jego oferty. Pomimo braku podstaw do ponownego wezwania do złożenia

wyjaśnień, Zamawiający w dniu 10 maja 2023 r. wezwał ponownie DROPOL do złożenia wyjaśnień wraz z dowodami.

Zaznaczył, że biorąc pod uwagę lakoniczność pierwotnych wyjaśnień i brak odniesienia się przez DROPOL do któregokolwiek z elementu wezwania Zamawiającego, nieuzasadnione jest ograniczenie przedmiotowe ponownego wezwania. W dniu 11 maja 2023 r. DROPOL przedłożył dodatkowe wyjaśnienia rażąco niskiej ceny ponownie bez poparcia tychże dowodami, a same wyjaśnienia miały ponownie charakter lakoniczny. Co więcej wyjaśnienia dotyczące kosztów pracowniczych przemawiają za uznaniem, że oferta została skalkulowana w sposób sprzeczny z przepisami powszechnie obowiązującymi dotyczącymi wynagrodzenia za pracę. Zamawiający uznał przedłożone wyjaśnienia i w dniu 23 maja 2023 r. przekazał zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej złożonej przez wykonawcę DROPOL.

W ocenie Odwołującego zarówno pierwotne wyjaśnienia jak i wyjaśnienia dodatkowe nie potwierdzają, że zaoferowana przez DROPOL cena nie nosi znamion ceny rażąco niskiej. Zdaniem Odwołującego DROPOL nie dochował ciężącego na nim na mocy art. 224 ust. 5 ustawy pzp udowodnienia realności zaproponowanej ceny, czego skutkiem powinno być odrzucenie oferty DROPOL. Wyjaśnienia w zakresie sposobu kalkulacji ceny muszą być na tyle szczegółowe, aby uprawdopodobnić, że zaoferowana cena jest ceną realną i rynkową. Wezwanie Zamawiającego do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny prowadzi do powstania domniemania faktycznego, że cena wskazana w ofercie wykonawcy jest ceną rażąco niską. Konsekwencją powyższego jest nałożenie na wykonawcę ciężaru dowodzenia w zakresie wykazania, że wątpliwości zamawiającego co do poziomu cenowego oferty są niesłuszne. Istotne jest, że wyjaśnienia wykonawcy nie mogą mieć zdawkowego, lakonicznego charakteru. Wyjaśniając, iż możliwe jest wykonanie zamówienia za zaoferowaną przez wykonawcę cenę, zobligowany jest on do poparcia swoich twierdzeń dowodami. W przeciwnym razie mieć będziemy do czynienia z wyjaśnieniami, które (nawet jeśli w warstwie powiązanej z argumentacją spełniają wymogi dotyczące odpowiedniego poziomu skonkretyzowania) stanowią będą w istocie twierdzenia jedynie głoślowe, a zatem niedające Zamawiającemu minimalnej chociażby gwarancji w zakresie możliwości wykonania zamówienia za zaoferowaną cenę (a ta przecież budzi jego wątpliwości). Powołał się na wyrok KIO z dnia 30 kwietnia 2021 r. (sygn. akt. KIO 805/21). Niezależnie od wymienionych powyżej (obiektywnych) obowiązków wykonawcy udzielającego wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, nie można zapominać, że odrębnym obowiązkiem jest także uwzględnienie skonkretyzowanych wymagań zamawiającego. DROPOL nie sprostął wymienionym powyżej obowiązkom, tym samym nie obalił domniemania wystąpienia ceny rażąco niskiej. Co więcej, Odwołujący wskazał, że złożone przez DROPOL wyjaśnienia wskazują na ich niezgodność z przepisami o wynagrodzeniu minimalnym i dowodzą rażąco niskiego charakteru przyjętej wyceny.

Odwołujący podniósł, że DROPOL nie poparł swoich wyjaśnień jakimikolwiek dowodami. Dla Odwołującego zupełnie oczywiste jest, że nie każda okoliczność wskazywana w treści wyjaśnień zasługuje na poparcie materiałem dowodowym, jednakże równie oczywisty jest fakt, że nie jest dopuszczalna sytuacja, w której żadna okoliczność nie zostanie poparta stosownymi dowodami. Są takie okoliczności, które definitywnie powinny znaleźć odzwierciedlenie w materiale dowodowym jak np. udokumentowanie ponoszonych kosztów bieżących funkcjonowania działalności gospodarczej czy też kosztów pracowniczych. W przeciwnym razie dochodzi do złożenia wyjaśnień głoślowych i niewiarygodnych. Katalog tych dowodów stanowi konsekwencję treści udzielanych wyjaśnień, zależny jest zatem od tego, jakich argumentów używa dany wykonawca (innymi słowy — stanowi konsekwencję tych uwarunkowań, które pozwalają wykonawcy zaoferować cenę na określonym poziomie). Co istotne, obowiązek złożenia dowodów jest obowiązkiem ustawowym, niezależnie od tego czy został wyartykułowany w wezwaniu do złożenia wyjaśnień czy też nie. Obowiązek ten wynika wprost z art. 224 ust. 1 ustawy pzp, gdzie jednoznacznie wskazano, iż „zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych”, a potwierdzeniem istnienia powyższego obowiązku jest również art. 224 ust. 6 ustawy pzp, wskazujący na konieczność odrzucenia oferty gdy złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu. Konieczność poparcia przedstawianych wyjaśnień dowodami ma kluczowe znaczenie dla ich oceny, ponieważ same wyjaśnienia rzadko kiedy mogą być uznane za w pełni obiektywne jako składane przez podmiot bezpośrednio zainteresowany rozstrzygnięciem. Wezwanie do wyjaśnienia ceny oferty co do zasady jest konsekwencją stwierdzenia faktu, że cena ta w sposób zauważalny odbiega od wartości zamówienia czy średniej arytmetycznej cen innych ofert. W odpowiedzi na takie wezwanie wykonawca zobowiązany jest zatem wyjaśnić w sposób szczegółowy i konkretny, że zaoferowana cena gwarantuje należyłą realizację całego zamówienia, uwzględnia wszelkie niezbędne do tego elementy, jak również wykazać, dlaczego był w stanie zaoferować cenę na takim, a nie innym poziomie, czyli poziomie odbiegającym od wartości zamówienia lub cen innych złożonych w postępowaniu ofert. Odwołujący podkreślił, że nie jest wystarczające samo powołanie się na istnienie tego rodzaju okoliczności, lecz konieczne jest wykazanie w sposób mierzalny, jak wpływają one na obniżenie kosztów realizacji zamówienia, jakie mają przełożenie na poszczególne elementy składowe ceny. Tak złożone wyjaśnienia wykonawca zobowiązany jest poprzeć stosownymi dowodami potwierdzającymi wskazywane w wyjaśnieniach informacje. Jest to szczególnie istotne w sytuacji, gdy wykonawca

powołuje się na istnienie po jego stronie pewnych szczególnie korzystnych warunków czy posiadanie pewnych szczególnych rozwiązań, które wpłynęły na sposób ukształtowania ceny. Nie dysponując dowodami Zamawiający nie jest w stanie dokonać oceny czy okoliczności powodujące obniżenie ceny, na które powołuje się wykonawca, faktycznie zachodzą". (por. wyrok KIO z dnia 16 marca 2021 r., sygn. KIO 600/21).

Odwołujący wskazał dalej, że za niezależną podstawę odrzucenia oferty DROPOL uznać należy niesprostanie wymaganiom narzuconym przez Zamawiającego w treści wezwania. Zgodnie z treścią wezwania DROPOL miał bowiem przedstawić szczegółowe kalkulacje. Odwołujący zauważył, że pierwotne wyjaśnienia nie zawierają jakichkolwiek kalkulacji, natomiast wyjaśnienia dodatkowe są lakoniczne, a w niektórych przypadkach np. koszty wody, nie zawierają jakichkolwiek założeń. Ponadto DROPOL nie odniósł się w przedłożonych wyjaśnieniach do wybranych rozwiązań technicznych, zgodności z przepisami z zakresu ochrony środowiska, zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy. Udzielone przez DROPOL wyjaśnienia nie potwierdzają możliwości wykonania zamówienia za zaoferowaną cenę. Wręcz przeciwnie, ich analiza pozwala na jednoznaczne stwierdzenie, że wykonawca ten nie będzie w stanie podołać oczekiwaniom Zamawiającego wyartykułowanym w SWZ, w szczególności w zakresie zapewnienia wynagrodzenia minimalnego za pracę.

W wyjaśnieniach z dnia 11 maja 2023 r. DROPOL wskazał, że wynagrodzenie miesięczne jednej osoby w ramach sprzątania po zimie będzie wynosiło 3 500 zł, natomiast w ramach sprzątania letniego 3 700 zł. Przyjmuje się, że koszty pracy składają się z dwóch części. Pierwszą z nich są koszty pozapłacowe, do których zaliczamy wszystkie składki oraz koszty pracy, jakie ponosi przedsiębiorca poza wynagrodzeniem bezpośrednim. Z kolei ta druga grupa to koszty płacowe, w których skład wchodzi wynagrodzenia osobowe, dodatki oraz nagrody i premie. Powyższe znajduje potwierdzenie w Rozporządzeniu (tak wyrok KIO z dnia 29 kwietnia 2016 r., KIO 596/16; por. wyrok KIO z 1 września 2020 r., sygn. akt: KIO 1763/20). Powyższe stanowisko potwierdza orzecznictwo sądów powszechnych. Sąd Okręgowy w Krakowie w wyroku z dnia 23 kwietnia 2009 r., stwierdził, że wypłata nagród czy premii musi być ujęta w ogólnym koszcie realizacji zamówienia, w przeciwnym razie kalkulacja ta, pomijając dodatki do płac, byłaby nierzetelna (sygn. akt. XII Ga 88/09, LEX nr 552013). Jak zauważa Sąd Okręgowy w Gdańsku w wyroku z dnia 7 października 2020 r., w założeniach wynagrodzeń należy uwzględnić koszty pracodawcy, w tym składki ZUS, gdyż ich nieuwzględnienie będzie skutkowało заниżeniem wyceny prac. Co więcej Wykonawca powinien przy wycenie pracy uwzględnić regulacje dot. wynagrodzeń przy ciężkich pracach fizycznych pracowników leśnych oraz prawo do urlopu wypoczynkowego zagwarantowanego pracownikowi w przepisach Kodeksu pracy, a nie tylko płacę minimalną obowiązującą w roku 2020 r. (sygn. akt. XII Ga 298/20, LEX nr 3106298).

Mając na względzie obowiązujący stan prawny Odwołujący wskazał, że minimalne wynagrodzenie osób zatrudnionych na podstawie umowy o pracę w roku 2023 od 1 stycznia do 30 czerwca r. wynosi 3490 zł i 3600 zł od 1 lipca. Tym samym rzeczywiste koszty pracodawcy, chcącego zapewnić wynagrodzenie minimalne, będą kształtować się w sposób następujący:

Wynagrodzenie pracownika: 3490,00 zł

Ubezpieczenie emerytalne 340,62 zł

Ubezpieczenie rentowe: 226,85 zł

Ubezpieczenie wypadkowe: 58,28 zł

Fundusz Pracy: 85,51 zł

FGŚP 3,49 zł

Całość stanowi kwotę: 4204,75 zł

Wynagrodzenie pracownika: 3600,00 zł

Ubezpieczenie emerytalne 351,36 zł

Ubezpieczenie rentowe: 234,00 zł

Ubezpieczenie wypadkowe: 60,12 zł

Fundusz Pracy: 88,20 zł

FGŚP 3,60 zł

Całość stanowi kwotę: 4337,28 zł

Odwołujący podniósł, że z wyjaśnień DROPOL wynika, że wskazane koszty zatrudnienia nie uwzględniają

wszystkich jego elementów tj. składek oraz kosztów pracy, jakie ponosi przedsiębiorca poza wynagrodzeniem bezpośrednim. W konsekwencji wskazał, że oferta wykonawcy nie uwzględnia minimalnych wymogów wynikających z ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (t. j. Dz. U. z 2020 r. poz. 2207) oraz aktów wykonawczych, ewentualnie przepisów regulujących ubezpieczenia społeczne i inne świadczenia.

W dniu 6 czerwca 2023 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie wniesionego odwołania w całości. W złożonej odpowiedzi oraz na rozprawie przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swojego stanowiska.

Na posiedzeniu z udziałem Stron i Uczestnika Postępowania w dniu 9 czerwca 2023 r. Przystępujący złożył pismo procesowe, w którym wniósł o oddalenie odwołania i przedstawił swoje stanowisko w sprawie.

Izba ustaliła, co następuje:

Izba ustaliła, że odwołanie czyni zadość wymogom proceduralnym zdefiniowanym w Dziale IX ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych, tj. odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. Izba ustaliła, że nie zaistniały przesłanki określone w art. 528 ustawy pzp, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 505 ust. 1 i 2 ustawy pzp, tj. posiadanie interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy pzp.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz wskazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego zgłosił skuteczne przystąpienie wykonawca Kazimierz Bałata prowadzący działalność gospodarczą pod firmą DROPOL Kazimierz Bałata z siedzibą w Tarnobrzegu.

Izba postanowiła dopuścić dowody z dokumentacji przedmiotowego postępowania, odwołanie wraz z załącznikami, odpowiedź na odwołanie wraz z załącznikami (w tym dowody: kserokopie protokołów odbioru usług – 10 szt.), zgłoszenie przystąpienia wraz z załącznikami, pismo procesowe Przystępującego wraz z dowodami (kserokopie: umowy z dnia 2 grudnia 2020 r., referencji z dnia 22 stycznia 2019 r. oraz z dnia 20 lutego 2020 r., protokołu końcowego usług, umowy z dnia 9 maja 2023 r.) oraz dowody złożone przez Odwołującego na rozprawie: taryfa dla zbiorowego zaopatrzenia w wodę i zbiorowego odprowadzania ścieków na terenie gminy Stalowa Wola, wiadomość e-mail od Miejskiego Zakładu Komunalnego sp. z o.o. z siedzibą w Stalowej Woli.

Na podstawie tych dokumentów, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dowody złożone przez strony i uczestnika postępowania w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła:

Odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

W zakresie podniesionych zarzutów Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zgodnie z SWZ:

- „3.10. Wymagania związane z realizacją zamówienia w zakresie zatrudnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie stosunku pracy osób wykonujących wskazane przez zamawiającego czynności w zakresie realizacji zamówienia, jeżeli wykonanie tych czynności polega na wykonywaniu pracy w sposób określony w art. 22 § 1 ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. - Kodeks pracy zostały określone w załączniku do SWZ pn. **PODSTAWOWE INFORMACJE DOTYCZĄCE POSTĘPOWANIA.**”

- „Pkt 3.10 IDW: Szczegółowe wymagania, o których mowa w art. 95 Pzp dotyczące realizacji zamówienia oraz egzekwowania wymogu zatrudnienia na podstawie stosunku pracy: Zamawiający wymaga zatrudnienia na podstawie stosunku pracy. 1) rodzaj czynności niezbędnych do realizacji zamówienia, których dotyczą wymagania zatrudnienia na podstawie stosunku pracy przez wykonawcę lub podwykonawcę osób wykonujących czynności w trakcie realizacji zamówienia; Zamawiający wymaga zatrudnienia na podstawie stosunku pracy przez wykonawcę lub podwykonawcę osób wykonujących czynności w trakcie realizacji zamówienia określone w Opisie przedmiotu zamówienia, z wyjątkiem osób pełniących samodzielne funkcje techniczne w budownictwie oraz osób wykonujących czynności związane z wykonywaniem prac geodezyjnych, opracowań z zakresu ochrony środowiska, prac związanych z przygotowaniem materiałów do decyzji administracyjnych oraz prac pomiarowych w zakresie sieci i urządzeń teletechnicznych, energetycznych, gazowniczych, wodociągowych i oświetlenia. W celu udokumentowania zatrudnienia osób, o których mowa w art. 95 Ustawy Wykonawca powinien oświadczyć w formularzu ofertowym, że osoby wykonujące w/w czynności w zakresie realizacji zamówienia będą zatrudnione na podstawie umowy o pracę. Zamawiający nie wymaga zatrudnienia na

podstawie umowy o pracę przez wykonawcę lub podwykonawcę osób pełniących samodzielne funkcje techniczne w budownictwie oraz osób wykonujących czynności związane z wykonywaniem prac geodezyjnych, opracowań z zakresu ochrony środowiska, prac związanych z przygotowaniem materiałów do decyzji administracyjnych oraz prac pomiarowych w zakresie sieci i urządzeń teletechnicznych, energetycznych, gazowniczych wodociągowych i oświetlenia. 2) sposób weryfikacji zatrudnienia tych osób; W celu weryfikacji zatrudnienia w/w osób Wykonawca powinien oświadczyć w formularzu ofertowym, że osoby wykonujące w/w czynności w trakcie realizacji zamówienia będą zatrudnione na podstawie stosunku pracy. 3) uprawnienia zamawiającego w zakresie kontroli spełniania przez wykonawcę wymagań związanych z zatrudnianiem tych osób oraz sankcji z tytułu niespełnienia tych wymagań. Zamawiający ma prawo do skontrolowania Wykonawcy w zakresie zatrudnienia osób, o których mowa w art. 95 Ustawy Pzp wzywając go na piśmie do przekazania informacji w terminie 14 dni od otrzymania takiego wezwania. W przypadku gdy Wykonawca nie dochowa ww. terminu Zamawiający obciąży Wykonawcę karami umownymi w wysokości 500 zł za każdy dzień zwłoki."

- „Pkt 4.1 IDW: Opis przedmiotu zamówienia Przedmiot zamówienia obejmuje mechaniczne czyszczenie nawierzchni ulic, chodników i urządzeń odwadniających na terenie administrowanym przez RDW w Stalowej Woli – zimowe i letnie Szczegółowy opis oraz sposób realizacji zamówienia zawiera formularz cenowy, OPZ - stanowiące Załączniki do SWZ. Zgodnie z art. 222 ust. 4 Ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający informuje, że zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia kwotę: 911.753,73 zł.”

Szacunkowa wartość zamówienia brutto została ustalona na kwotę 911.753,73 zł na podstawie kosztorysu inwestorskiego.

Izba ustaliła również, że w postępowaniu wpłynęły dwie oferty: Odwołującego na kwotę: 943 856,40 PLN oraz Przystępującego na kwotę: 387.169,00 PLN.

Pismem z dnia 28 kwietnia 2023 r. Zamawiający wezwał Przystępującego do złożenia wyjaśnień wskazując: „W związku ze złożeniem przez Państwa oferty w ww. postępowaniu, która jest niższa o ponad 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania oraz od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu, Zamawiający — Podkarpacki Zarząd Dróg Wojewódzkich w Rzeszowie działając na podstawie art. 224 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (dalej jako PZP) w celu ustalenia czy oferta zawierają rażąco niską cenę, zwraca się o udzielenie wyjaśnień w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w szczególności w zakresie: 1) wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków dostaw, usług albo związanych z realizacją robót budowlanych; 2) 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; 3) zgodności z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej; 4) zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie; 5) zgodności z przepisami z zakresu ochrony środowiska; 6) wypełniania obowiązków związanych z powierzeniem wykonania części zamówienia podwykonawcy 7) kosztów zakupu paliwa 8) kosztów zakupu wody 9) kosztów zagospodarowania odpadów.

Zgodnie z art. 224 ust. 5 ustawy PZP obowiązek wykazania (ciężar dowodu), że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na Wykonawcy.

Należy opisać czynniki, które zadecydowały o wysokości ceny. Wyjaśnienia winny zawierać między innymi informacje odnoszące się do okoliczności, które przyczyniają się do określenia ceny zamówienia na poziomie wskazanym w ofercie, ze wskazaniem w jaki sposób wpływają one na kształtowanie się ceny ofertowej, tak aby jednoznacznie obalić domniemanie zaferowania przez Wykonawcę rażąco niskiej ceny.

Niewystarczające będą lakoniczne i ogólnikowe wyjaśnienia lub ponowne zapewnienie Zamawiającego o wykonaniu zamówienia po wskazanej cenie.

Przykładowo niewystarczające będzie powoływanie się na bliskość siedziby Wykonawcy w stosunku do miejsca realizacji przedmiotu umowy bez wskazania jakiego rzędu oszczędności powstają z tego tytułu i jakie ostatecznie koszty w związku z tym przyjął Wykonawca oraz bez poparcia tych twierdzeń stosownymi dowodami. Wykonawca nie może przy tym zakładać, że stosowne wyliczenia i analizy zostaną dokonane przez samego Zamawiającego, gdyż nie dysponuje on wszystkimi niezbędnymi do takich czynności informacjami.

Zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień oraz złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

Zakres przedłożonych wyjaśnień i dowodów nie powinien rodzić po stronie Zamawiającego konieczności dokonywania kolejnych wezwań o doprecyzowanie i dodatkowe uzasadnienie złożonych wyjaśnień.

(...) Zamawiający odrzuca ofertę Wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny. (...).”

Pismem z dnia 8 maja 2023 r. Przystępujący udzielił następujących wyjaśnień: „Składając ofertę cenową na wyżej wymienione postępowanie, głównym czynnikiem wpływającym na moją ofertę cenową było to, że obecnie realizuję zadanie pod nazwą: „Czyszczenie nawierzchni ulic i urządzeń odwadniających w ciągu dróg wojewódzkich na terenie województwa podkarpackiego w latach 2021-2023, zadanie nr 7 RDW Stalowa Wola”. Obecnie prowadzone postępowanie w zakresie swoich prac ma uwzględnione nowo powstałe po przebudowie długości odcinków dróg i chodników, które są uzupełnieniem już realizowanego przeze mnie zadania nr 7 RDW Stalowa Wola. Przy realizacji zamówienia dysponuję własnym sprzętem, który jest wydajny oraz ekonomiczny i gwarantuje należyte wykonanie zadania. Po ponownej kalkulacji cenowej kosztów ponoszonych podczas wykonywania zadania, uznaję podaną przez moją firmę cenę za właściwą. Biorąc pod uwagę zadanie realizowane obecnie, oraz zadanie pn. „Czyszczenie nawierzchni ulic i urządzeń odwadniających w ciągu dróg wojewódzkich na terenie administrowanym przez RDW w Stalowej Woli w 2023r.” tworzą one logistyczną całość która staje się ekonomiczna i opłacalna.”

Pismem z dnia 10 maja 2023 r. Zamawiający ponownie wezwał Przystępującego do złożenia wyjaśnień: „W związku ze złożeniem przez Państwa wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, Zamawiający — Podkarpacki Zarząd Dróg Wojewódzkich w Rzeszowie — działając na podstawie art. 224 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (dalej jako PZP) w celu ustalenia czy oferta zawierają rażąco niską cenę, zwraca się o wyjaśnienie treści oferty złożonej w przedmiotowym postępowaniu, ponieważ wymienione poniżej elementy przedłożonych wyjaśnień wymagają dodatkowego uzasadnienia:

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

2) kosztów zakupu paliwa

3) kosztów zakupu wody

4) kosztów zagospodarowania odpadów.

Jednocześnie Zamawiający zwraca się o przedłożenie szczegółowej kalkulacji obejmującej zestawienie kosztów wykonania usługi oraz przewidywany zysk.”

Pismem z dnia 11 maja 2023 r. Przystępujący wyjaśnił: „W odpowiedzi na pismo PZDW/WZP/243/WD/34/2023 z dnia 10.05.2023 r. poniżej przedstawiam kalkulację elementów mających wpływ na cenę oferty:

1. Koszty zatrudnienia 2 osób na umowę o pracę:

- sprzątnięcie po zimie (1 miesiąc): 2 osoby 3 500 zł = 7 000 zł

- sprzątnięcie letnie za 1 miesiąc: 2 osoby x 3 700 zł = 7 400 zł

Łącznie sprzątnięcie przez 4 miesiące: 7 400 zł x 4 = 29 600 zł

2. Koszty paliwa (przyjęto średnio 6,50 zł/litr)

- praca sprzętu (zamiatarka) 10 h/ dziennie

zużycie paliwa 95 litrów/ dzień

- po zimie zmiatanie przez 22 dni/ m-c

95l x 22 dni x 6,50 zł = 13 585 zł

- letnie zmiatanie podstawowe 22 dni/ m-c

95l x 22 dni x 6,50 zł = 13 585 zł

- letnie zmiatanie (krotności) 10 dni w miesiącu przez okres 3 miesięcy:

95 l x 10 dni x 6,50 zł = 6 175 zł x 3 miesiące = 18 525 zł

3. Koszty wody: 1000 zł

4. Koszty zagospodarowania odpadów: - przewidziano ok. 20 m³ - koszty utylizacji ok. 600zł/m³, 20x600zł/m³ = 12 000 zł

5. Koszty ogółem:

- zatrudnienie:

7 000 zł + 29 600 zł = 36 600 zł

- paliwo:

13 585 zł + 13 585 zł + 18 525 zł = 45 695 zł

- woda:

1000 zł

- utylizacja odpadów:

12 000 zł

RAZEM: 95 295, 00 zł

Cena złożonej oferty: 387 169, 00 zł

Różnica między kosztami a ceną ofertową:

387 169, 00 zł – 95 295,00 zł = 291 874,00 zł

6. Opłacalność złożonej oferty:

Kwota 291 874 ,00 zł to przewidywana suma, która zostanie przeznaczona na:

- amortyzację sprzętu

- zysk/ wynagrodzenie właściciela, obsługa zmiatarki

- ponoszone składki (ZUS)

Po ponownej kalkulacji cenowej kosztów ponoszonych podczas wykonywania zadania przedstawionych powyżej, uważam cenę podaną przez moją firmę za właściwą."

Artykuł 16 pkt 1 – 3 ustawy pzp stanowi: „Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny.”

Zgodnie z art. 224 ustawy pzp: „1. 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. 2. W przypadku gdy cena całkowita oferty złożonej w terminie jest niższa o co najmniej 30% od: 1) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia; 2) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania, w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych, zamawiający może zwrócić się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1. 3. Wyjaśnienia, o których mowa w ust. 1, mogą dotyczyć w szczególności: 1) zarządzania procesem produkcji, świadczonych usług lub metody budowy; 2) wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków dostaw, usług albo związanych z realizacją robót budowlanych; 3) oryginalności dostaw, usług lub robót budowlanych oferowanych przez wykonawcę; 4) 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 2018 r. poz. 2177 oraz z 2019 r. poz. 1564) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie; 5) zgodności z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej; 6) zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie; 7) zgodności z przepisami z zakresu ochrony środowiska; 8) wypełniania obowiązków związanych z powierzeniem wykonania części zamówienia podwykonawcy. 4. W

przypadku zamówień na roboty budowlane lub usługi, zamawiający jest obowiązany żądać wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, co najmniej w zakresie określonym w ust. 3 pkt 4 i 6. 5. Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy. 6. 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.”

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy pzp: „1. Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (...) 8) zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.”

W myśl art. 239 ust. 1 ustawy pzp: „Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.”

Przedmiotem sporu w niniejszej sprawie było rozważenie prawidłowości czynności Zamawiającego polegających na ocenie złożonych przez Przystępującego wyjaśnień rażąco niskiej ceny, a także czynności skierowania do Wykonawcy ponownego wezwania. Analiza dokumentacji postępowania doprowadziła Izbę do przekonania, że czynność ponownego wezwania do wyjaśnień była nieuprawniona, a ocena przez Zamawiającego zarówno pierwszych jak i drugich wyjaśnień Przystępującego nieprawidłowa, co skutkowało błędnym uznaniem oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu. W zakresie podnoszonych zarzutów Izba w całości podzieliła argumentację przedstawioną przez Odwołującego.

W pierwszej kolejności zauważyć należy, że stanowisko doktryny oraz orzecznictwa dotyczące rażąco niskiej ceny pozostaje aktualne na gruncie nowej ustawy pzp, mając na względzie, że przepisy uległy zmianie w tym zakresie w niewielkim stopniu. Zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem Izby za cenę rażąco niską uznaje się cenę poniżej kosztów własnych wykonawcy, niepozwalającą na wypracowanie zysku. Jest to cena oderwana od realiów rynkowych i nierzeczywista.

Jak wskazano w wyroku z dnia 30 listopada 2021 r.: „Procedura badania i ustalania ceny rażąco niskiej przebiega więc w taki sposób, że Zamawiający musi umożliwić wykonawcy wykazanie okoliczności, iż zaoferowana przez niego cena jest ceną realną. Następnie zaś na wykonawcy, zgodnie z art. 224 ust. 5 Pzp, spoczywa obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Rolą Zamawiającego jest ustalenie i weryfikacja czy czynniki wskazane przez wykonawcę w ramach wyjaśnień rzeczywiście istnieją, mogą być osiągnięte w ramach realiów rynkowych i na podstawie jakich założeń wykonawca zakłada realność wystąpienia tych szczególnych czynników i sprzyjających okoliczności. Treść normy art. 224 ust. 5 Pzp nie pozostawia wątpliwości, że to na wykonawcy wezwanym do złożenia wyjaśnień spoczywa obowiązek wykazania, czy możliwe i realne jest wykonanie zamówienia za określoną w ofercie cenę. Z racji tego, że celem wyjaśnień jest wzruszenie przyjętego domniemania, że zaoferowana cena jest ceną rażąco niską, wyjaśnienia takie muszą być konkretne, wyczerpujące i uzasadniające realność dokonanej przez wykonawcę kalkulacji.”

Niewątpliwie więc istotą procedury wyjaśnień rażąco niskiej ceny jest wykazanie zamawiającemu, że zaoferowana przez wykonawcę cena gwarantuje należyte wykonanie zamówienia, a założenie niższej ceny wynika z właściwości danego wykonawcy, zasobów kadrowych, sprzętowych, możliwości organizacyjnych czy też współpracy z określonymi podmiotami i pozostaje ceną rynkową. Na skutek ich złożenia zamawiający powinien uzyskać pewność, co do możliwości zrealizowania zamówienia zgodnie z wymaganiami za cenę podaną w ofercie, a także co do tego, że wątpliwości zamawiającego w zakresie zbyt niskiej ceny były nieuzasadnione. W odpowiedzi na wezwanie wykonawca powinien w rzetelny i jak najpełniejszy sposób wykazać, również poprzez złożenie dowodów odpowiadających wyjaśnianym składnikom ceny, że zaoferowane przez niego ceny nie noszą znamion rażąco niskich. Co jednak kluczowe, wyjaśnienia wykonawcy muszą odpowiadać wezwaniu, szczególnie w sytuacji, gdy zamawiający precyzuje szczegółowo, jakie elementy ceny budzą jego wątpliwości. W przeciwnym razie nawet obszerne wyjaśnienia, które nie odnoszą się jednak do kwestionowanych przez zamawiającego cen, nie będą mogły zostać uznane za uzasadniające ich zaoferowanie na niskim poziomie. Izba podziela w tym zakresie stanowisko przedstawione w wyroku o sygn. akt KIO 3750/21 z dnia 18 stycznia 2022 r.: „(...) ocena wyjaśnień ceny złożonych przez wykonawcę musi odbywać się, w kontekście wezwania zamawiającego – jego szczegółowości oraz wyrażonych w nim skonkretyzowanych wątpliwości. Jeżeli Zamawiający wskaże w wezwaniu do wyjaśnień elementy ceny oferty, które jego zdaniem wymagają takich wyjaśnień to wykonawca zobowiązany jest udzielić wyjaśnień co najmniej w zakresie zakreślonym przez Zamawiającego. (...) obowiązkiem wykonawcy jest, aby w odpowiedzi na wezwanie wystosowane przez zamawiającego udzielił wyjaśnień dotyczących okoliczności, które wpłynęły na wysokość zaoferowanej ceny w taki sposób, aby na ich podstawie możliwe było jednoznaczne ustalenie, że cena oferty (odpowiednio koszt, istotna część składowa) nie jest ceną rażąco niską. Efektem składanych wyjaśnień ma być stworzenie podstaw do uznania przez zamawiającego, że podejrzenie dotyczące rażąco niskiej ceny oferty nie było uzasadnione. Podkreślić trzeba, iż nie tylko nieudzielenie wyjaśnień w wyznaczonym terminie skutkować będzie koniecznością odrzucenia oferty, ale także złożenie takich wyjaśnień, które nie uzasadniają

podanej w ofercie ceny.”

Przenosząc powyższe rozważania na kanwę niniejszej sprawy wskazania wymaga, że wbrew twierdzeniom Zamawiającego sprecyzował on w wezwaniu, jakich wyjaśnień oczekuje. Weryfikacja treści wyjaśnień w odniesieniu do brzmienia wezwania prowadzi do oczywistego wniosku, że Przystępujący nie poddał obaleniu domniemania rażąco niskiej ceny, a w zasadzie do uznania, że w odpowiedzi na pierwsze wezwanie Zamawiającego Przystępujący nie udzielił żadnych wyjaśnień. Istotnym jest, że cena oferty Przystępującego stanowiła prawie 1/3 ceny zaoferowanej przez Odwołującego, ale również szacowanej przez Zamawiającego, co dodatkowo powinno wzbudzić wątpliwości Zamawiającego i szczególną ostrożność przy ocenie złożonych wyjaśnień.

Jak wynika z treści wezwania Zamawiający nie sformułował ogólnego wezwania powielającego wyłącznie przepis art. 224 ust. 2 ustawy pzp i poza oczekiwaniem wykazania kosztów, o których mowa w ustawie pzp wskazał, że Wykonawca ma wyjaśnić również koszty zakupu paliwa, koszty zakupu wody oraz koszty zagospodarowania odpadów. Zamawiający zaznaczył ponadto, że: *„Należy opisać czynniki, które zadecydowały o wysokości ceny. Wyjaśnienia winny zawierać między innymi informacje odnoszące się do okoliczności, które przyczyniają się do określenia ceny zamówienia na poziomie wskazanym w ofercie, ze wskazaniem w jaki sposób wpływają one na kształtowanie się ceny ofertowej, tak aby jednoznacznie obalić domniemanie zaoferowania przez Wykonawcę rażąco niskiej ceny. Niewystarczające będą lakoniczne i ogólnikowe wyjaśnienia lub ponowne zapewnienie Zamawiającego o wykonaniu zamówienia po wskazanej cenie. (...) Zakres przedłożonych wyjaśnień i dowodów nie powinien rodzić po stronie Zamawiającego konieczności dokonywania kolejnych wezwań o doprecyzowanie i dodatkowe uzasadnienie złożonych wyjaśnień.”*

Izba zauważa, że rację należy przyznać Odwołującemu, że Zamawiający dokonując oceny złożonych przez Przystępującego wyjaśnień nie zastosował się do własnych wytycznych wyrażonych w treści wezwania. Przystępujący bowiem w odpowiedzi wskazał wyłącznie na dwie okoliczności, które miałyby uzasadniać zaoferowanie niskiej ceny: posiadanie sprzętu będące jego własnością oraz okoliczność, że Wykonawca realizował analogiczne zamówienie dla Zamawiającego na lata 2021-2023. W ocenie Izby, tak złożonych wyjaśnień nie sposób uznać za rzetelne, wyczerpujące i wskazujące na czynniki wpływające na cenę. Wykonawca nie przedstawił w wyjaśnieniach żadnej kalkulacji składników cenotwórczych, nie wskazał na pochodzenie przyjętych cen i stawek, brak bowiem jakichkolwiek dowodów do wyjaśnień. Wykonawca nie powołał się na dokonane założenia realizacji zamówienia w kontekście ponoszonych kosztów. Izba zwraca uwagę, że przywołana przez Przystępującego okoliczność wykonywania zamówienia podobnego w poprzednich latach, którego kalkulacja kosztów miała miejsce w 2021 r. nie może być okolicznością uzasadniającą cenę aktualną w 2023 r. Przystępujący nie dokonał zresztą żadnego odniesienia przyjętych w poprzednim zamówieniu cen do zaoferowanych obecnie. Pełnomocnik Przystępującego wskazywał na rozprawie, że poprzednia realizacja zamówienia, a także okoliczność, że aktualne zamówienie jest niejako uzupełnieniem zakresu rzeczowego poprzedniej realizacji, pozwoliła Wykonawcy na zmarginalizowanie kosztów przedmiotowego zamówienia. Próżno jednak szukać w treści wyjaśnień założeń Wykonawcy, które uzasadniałyby możliwość ograniczenia kosztów. Takich założeń nie może również czynić Zamawiający zastępując Wykonawcę w obowiązku udzielenia umotywowanych wyjaśnień. Przystępujący wskazał dodatkowo na posiadany sprzęt jednak nie załączył żadnych dowodów na potwierdzenie tej okoliczności. Nie przedstawił także jak wydajność i ekonomiczność sprzętu przekłada się na możliwość zaoferowania niższej ceny.

Konkludując, Zamawiający wymagał podania m.in. kosztów wody, paliwa, zagospodarowania odpadów, a także wykazania zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy. Wykonawca tych kosztów nie wyjaśnił ani nie podał przyjętych stawek. Zamawiający oczekiwał podania czynników, które wpłynęły na wysokość ceny. Wykonawca nie wyjaśnił jak poprzednia realizacja przekłada się na koszty obecnego zamówienia, a także jak wydajność sprzętu wpływa na obniżenie ceny. Nie podał żadnych innych czynników, które uzasadniałyby przyjęte koszty wykonania zamówienia. Zamawiający wymagał złożenia dowodów do wyjaśnień – Przystępujący nie załączył żadnych dowodów. Analiza porównawcza wezwania i treści wyjaśnień prowadzi do oczywistego wniosku, że wyjaśnienia nie odpowiadają wezwaniu. Informacje przekazane przez Przystępującego są lakoniczne i ogólnikowe, a więc Zamawiający powinien zastosować zastrzeżenie, które sam sformułował w treści wezwania, że Wykonawca musi jednoznacznie obalić domniemanie rażąco niskiej ceny, a *„Niewystarczające będą lakoniczne i ogólnikowe wyjaśnienia lub ponowne zapewnienie Zamawiającego o wykonaniu zamówienia po wskazanej cenie.”* I dalej, że *„Zakres przedłożonych wyjaśnień i dowodów nie powinien rodzić po stronie Zamawiającego konieczności dokonywania kolejnych wezwań o doprecyzowanie i dodatkowe uzasadnienie złożonych wyjaśnień.”* Zamawiający zatem powinien był uznać wyjaśnienia jako niewystarczające i w konsekwencji zastosować dyspozycję art. 224 ust. 6 ustawy pzp i odrzucić ofertę Przystępującego, gdyż złożone wyjaśnienia nie uzasadniają podanej w ofercie ceny. Nie ulega wątpliwości, że już z tych powodów wniesione odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

Powyższe okoliczności jednoznacznie w ocenie Izby przesądzają, że skierowanie ponownego wezwania do Wykonawcy

było nieuprawnione. Niezgodność działań Zamawiającego z ustawą pzp, w tym z zasadami równości i uczciwej konkurencji, przejawia się również w niezastosowaniu własnych wytycznych wyrażonych w treści pierwotnego wezwania do wyjaśnień dotyczących zastrzeżenia, że Zamawiający nie uzna wyjaśnień ogólnych i lakonicznych. Izba zauważa, że co prawda zasada jednokrotnego wezwania do wyjaśnień rażąco niskiej ceny nie została wprost wyrażona w ustawie pzp, to jednak wynika ona w ocenie Izby z treści art. 224 ust. 6 ustawy pzp – jeśli wykonawca złoży wyjaśnienia nieuzasadniające ceny oferty to zamawiający ma obowiązek ofertę odrzucić, a nie wezwać po raz kolejny wykonawcę do wyjaśnień. Przepis art. 224 ustawy pzp jest jednolicie wykładany w orzecznictwie Izby, które podkreśla jednokrotność wezwania mając na względzie zasady udzielania zamówień oraz profesjonalizm adresata, wobec którego stosowany jest miernik podwyższonej staranności (art. 355 § 2 k.c.). Uprawnienie do skierowania ponownego wezwania do wyjaśnień jest wyjątkiem, który materializuje się w sytuacji, kiedy wykonawca złoży wyjaśnienia szczegółowe, rzetelne, wykazane dowodami, a przede wszystkim odpowiadające wezwaniu zamawiającego, niemniej jednak z uwagi na treści w nim zawarte po stronie zamawiającego rodzą się jeszcze jakieś dodatkowe (niewyrażone w pierwszym wezwaniu) wątpliwości wymagające doszczegółowienia. Tak też w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 października 2020 r., sygn. akt: KIO 2239/20, KIO 2240/20, w którym Izba wskazała, że: „skierowanie powtórnego wezwania do złożenia wyjaśnień możliwe jest tylko w szczególnie uzasadnionych przypadkach i może dotyczyć wykonawcy, który rzetelnie złożył pierwsze wyjaśnienia, np. gdy w świetle złożonych wcześniej wyjaśnień pojawiły się u zamawiającego nowe wątpliwości. Izba w pełni podziela pogląd wyrażony uprzednio m.in. w wyroku z 13 października 2014 r. sygn. akt KIO 2025/14 oraz w wyroku z 28 lipca 2017 r. sygn. akt 1431/17, że ponowienie wezwania nie może stanowić próby ratowania oferty, wówczas gdy wykonawca składa wyjaśnienia zbyt ogólne, niekonkretne, nierzeczowe, niepoparte faktami, wykonawca ma bowiem obowiązek dołożyć wszelkich starań, aby na pierwsze wezwanie zamawiającego rzetelnie wyjaśnić okoliczności, które uzasadniają wysokość ceny jego oferty. Zamawiający nie może wzywać jednak wykonawcy kilkakrotnie do uszczegółowienia i skonkretyzowania ogólnikowych twierdzeń podanych wcześniej, prowadziłoby to bowiem do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, poprzez sugerowanie wykonawcy, jakie wyjaśnienia powinien ostatecznie złożyć.” Czy też w wyroku KIO 643/21 z dnia 19 marca 2021 r.: „Izba wskazuje, że niezłożenie wystarczających wyjaśnień powinno skutkować odrzuceniem oferty, nie zaś skierowaniem do wykonawcy kolejnego wezwania do wyjaśnień. Chociaż ustawa nie formułuje wprost takiego zakazu, to jednak wynika on z przepisów art. 90 ust. 2 i 3 ustawy Pzp w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Po pierwsze, z przepisów tych wprost wynika, że niewywiązanie się przez wykonawcę z ciężaru wykazania prawidłowości ceny aktualizuje obowiązek jej odrzucenia. Po drugie zauważenia wymaga, że dopuszczenie wielokrotnego wzywania do wyjaśnień może prowadzić do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Gdyby bowiem przyjąć, że złożenie niewystarczających wyjaśnień powinno skutkować kolejnym wezwaniem, to powstaje pytanie, ile takich kolejnych szans wykonawca powinien otrzymać i czy prowadzenie procedury wyjaśniającej powinno trwać tak długo, aż wyjaśnienia będą mogły być uznane za wystarczające. W takiej sytuacji, która daje zamawiającemu prawo uznaniowego decydowania o tym, ile razy wykonawca otrzyma możliwość uzupełnienia i doprecyzowania swoich wyjaśnień, powstaje też ryzyko nierównego traktowania wykonawców, poprzez zróżnicowanie ich szans na wykazanie prawidłowości ceny. W związku z tym w orzecznictwie Izby ukształtowane i trwale prezentowane jest stanowisko, zgodnie z którym zasadą jest jednokrotne wezwanie do złożenia wyjaśnień dotyczących ceny, a czynność ponownego wezwania można by uznać za usprawiedliwioną tylko wtedy, gdyby złożone wyjaśnienia, które mogą być uznane za rzetelne i wiarygodne, dostarczyły określonych informacji powodujących nowe, wymagające usunięcia wątpliwości lub obejmują kwestie, co do których zamawiający musi się jeszcze ostatecznie upewnić. Nie można jednak oczekiwać ponownego wezwania do wyjaśnień, jeśli wykonawca w odpowiedzi na pierwsze wezwanie, nie wywiązuje się ze spoczywającego na nim obowiązku, składając wyjaśnienia ogólne, nieprecyzyjne i gołosłowne – jak to miało miejsce w niniejszej sprawie.” (podobnie wyrok z dnia 20 stycznia 2021 r., sygn. akt: KIO 3448/20).

W ocenie Izby, powyższe okoliczności i rozważania potwierdzają argumentację przedstawioną przez Odwołującego, że Zamawiający nie był uprawniony do kierowania ponownego wezwania do wyjaśnień i powinien odrzucić ofertę Przystępującego. Na żądanie dodatkowych wyjaśnień nie pozwalała lakoniczna treść wyjaśnień pierwotnie złożonych. Izba zauważa, że Zamawiający w ponownym wezwaniu nie kieruje dodatkowych pytań do Wykonawcy bazujących na treściach wynikających z wyjaśnień, które mogłyby budzić dalsze wątpliwości Zamawiającego. Zamawiający w zasadzie wskazuje na takie same okoliczności wymagające wyjaśnienia, jak w pierwotnym wezwaniu: koszty pracy, koszty wody, zagospodarowania odpadów, koszty paliwa. Nie znajduje zatem uzasadnienia w stanie faktycznym teza, że ponowne wezwanie jest determinowane treścią wyjaśnień, skoro Zamawiający już pierwotnie wzywał o wyjaśnienie powyższych kosztów i nie otrzymał żadnej odpowiedzi w tym zakresie. Nie może być zatem mowy o tym, że wyjaśnienia w tych aspektach, jak wskazał Zamawiający: „wymagają dodatkowego uzasadnienia”, skoro pierwotne wyjaśnienia Wykonawcy w ogóle nie uzasadniały i nie przedstawiały kosztów pracy, wody, zagospodarowania odpadów, kosztów paliwa.

Podkreślić należy dalej, że także analiza kolejnego wezwania jak i treści odpowiedzi Wykonawcy potwierdza, że Przystępujący nie podolał obaleniu domniemania rażąco niskiej ceny nawet złożeniem kolejnych wyjaśnień. W drugim wezwaniu Zamawiający oczekiwał uzasadnienia dla ww. kosztów, przedstawienia kalkulacji oraz przewidywanego zysku i przedłożenia dowodów. W ocenie Izby druga odpowiedź Wykonawcy, również nie odpowiada wezwaniu, brak jest bowiem uzasadnienia kosztów, czy też dowodów na potwierdzenie założonych stawek. Przystępujący co prawda złożył kalkulację kosztów, natomiast trudno uznać przedstawione wyliczenia za szczegółowe. Kalkulacja w okolicznościach danej sprawy może stanowić dowód potwierdzający, że cena oferty nie jest rażąco niska, ale dotyczy to sytuacji, gdy złożenie innych dowodów nie jest możliwe z uwagi na specyfikę wykazywanych kosztów, a przedstawiona kalkulacja jest spójna, wyczerpująca i szczegółowa (zakłada wszystkie istotne koszty wykonania zamówienia) oraz zawierająca rzetelne wyjaśnienie poszczególnych składników cenotwórczych i założeń co do ich poziomu, które to informacje nie pozostawiając żadnych wątpliwości dają pewność zamawiającemu, że cena oferty jest prawidłowo skalkulowana. W niniejszej sprawie z taką sytuacją nie mamy do czynienia. Po pierwsze, złożona kalkulacja nie jest wyczerpująca i szczegółowa. Po drugie, Wykonawca nie uzasadnił poziomu cen wskazanych w kalkulacji. Po trzecie zaś, Wykonawca mógł przedstawić dowody na potwierdzenie, że przyjęte przez niego poziomy cenowe poszczególnych kosztów są prawidłowe i realne, czego nie uczynił.

Izba zauważa, że odnośnie kosztów pracy Przystępujący wskazał wyłącznie na koszty pracownika bez kosztów pracodawcy. Rację ma Odwołujący, że nie jest wystarczające podanie, że składki ZUS zawierają się w pozostałej kwocie wskazanej przez Wykonawcę w podsumowaniu kalkulacji, skoro kwota ta obejmuje jeszcze inne koszty i nie jest wiadome jakie składki i w jakiej wysokości zostały wyliczone. Zamawiający nie może w tym zakresie czynić założeń za Wykonawcę, i przyjmować, że na pewno Wykonawca będzie składki odprowadzał w wysokości określonej przepisami. Jeśli czynienie takich założeń byłoby uprawnione to traciłoby sens wezwanie Wykonawcy do wyjaśnień w tym zakresie. To obowiązkiem Wykonawcy wezwanego do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny jest przedstawienie takich informacji, aby poszczególne koszty nie budziły wątpliwości. Zgodzić należało się z Odwołującym także, że Wykonawca nie wyjaśnił kosztów wody, a swoje wyjaśnienia sprowadził to podania kosztu 1000 zł. Nie jest wiadome jakie założenia Wykonawca poczynił, m.in. ile litrów wody na realizację zamówienia i jaki jest koszt zakupu wody. Nie przedstawił w tym zakresie żadnego dowodu, w przeciwieństwie do Odwołującego. Jak wynika z taryfy opłat za wodę na terenie Stalowa Wola, stawka za m³ wynosi 3,87 zł. Formularz ofertowy przewiduje do czyszczenia ok. 487 082 m² powierzchni. Wykonawca założył zatem ok. 0,5 l wody na posprzążanie 1m² co nie wydaje się realne. Pełnomocnik Przystępującego podnosił, że zamiatarki, będące własnością Wykonawcy zużywają mało wody, a ponadto posiada studnie chłonne, gdzie jest zbierana woda z deszczówki i Wykonawca ponosi tylko koszty pracy pompy na terenie bazy sprzętowej. Izba zauważa jednak, że wskazanie na takie czynniki mogące mieć wpływ na obniżenie ceny oferty nie znalazło się w złożonych wyjaśnieniach. Nie dołączono również dowodów potwierdzających przywołane okoliczności. Wykonawca ma obowiązek wyjaśnić cenę oferty w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego. Na etapie postępowania odwoławczego takie argumenty należało uznać więc za spóźnione. Nie wyjaśniono także kosztów zagospodarowania odpadów, w tym przyjętych ilości odpadów dla realizacji zamówienia. Nie załączono dowodów na potwierdzenie realności kosztów zagospodarowania, co nie było utrudnione, gdyż Odwołujący taki dowód przedstawił. Ponadto, Wykonawca wskazał łączną sumę, która pozostaje po odjęciu kosztów pracowniczych, wody, zagospodarowania odpadów, paliwa bez wyjaśnienia jakie są poszczególne koszty amortyzacji i obsługi sprzętu, czy też jakie składki ZUS i w jakiej wysokości Wykonawca przewidział, w tym brak informacji odnośnie wysokości założonego zysku. W ocenie Izby, nawet jeśli ponowne wezwanie do wyjaśnień można by było uznać za uprawnione (z czym Izba się nie zgadza) to również drugie wyjaśnienia Przystępującego cechuje brak rzetelności i udowodnienia realności zaoferowanej ceny. Przedstawiona kalkulacja nie zawiera komentarza odnośnie przyjętych założeń, w tym brak jest opisu czynników mających wpływ na obniżenie kosztów. Wyjaśnienia nie odpowiadają również wezwaniu Zamawiającego, który oczekiwał uzyskania uzasadnienia dla kosztów pracy, wody, paliwa i zagospodarowania odpadów, w tym złożenia dowodów. Za takie nie może zostać uznane wyłącznie powołanie się na realizację zamówienia podobnego w latach 2021 – 2023, skoro Wykonawca nie wskazał na czynniki wpływające na cenę, które z tej okoliczności wynikają. Argument taki wskazujący na doświadczenie Wykonawcy może stanowić jedynie argument wspierający rzetelne, wyczerpujące i szczegółowe wyjaśnienia, a takie jak Izba stwierdziła, nie zostały przez Przystępującego złożone. Z tych powodów Izba uznała za nieprzydatne dla rozstrzygnięcia dowody przedłożone w postępowaniu odwoławczym przez Zamawiającego i Przystępującego, czyli umowy, referencje i protokoły z poprzednich realizacji. Dowody takie mogły zostać dołączone dodatkowo do wyjaśnień, a na tym etapie są to dowody spóźnione.

W konsekwencji Izba uznała, że zarzuty odwołania potwierdziły się. Izba stwierdziła, że zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 3 ustawy pzp dotyczący niezgodności z przepisami ustawy założeń co do kosztów pracy to okoliczność mieszcząca się w przesłance odrzucenia oferty z art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy pzp, dlatego odwołanie zostało uwzględnione w całości. Przystępujący nie uzasadnił realności zaoferowanej ceny, co powinno skutkować odrzuceniem

oferty na ww. podstawie i co też Izba nakazała w sentencji orzeczenia.

Mając na względzie powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 575 oraz art. 574 ustawy pzp, a także w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 7 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r., poz. 2437 ze zm.) zaliczając na poczet niniejszego postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania uiszczony przez Odwołującego oraz zasądzając od Zamawiającego na rzecz Odwołującego koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania w wysokości 7 500,00 zł i wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3 600,00 zł na podstawie faktury Vat złożonej przez Odwołującego na rozprawie.

Przewodniczący: