

WYROK

z dnia 18 sierpnia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie **17 sierpnia 2022 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej **3 sierpnia 2022 r.**

przez wykonawcę: **Przedsiębiorstwo-Usługowo-Handlowe RADEX sp.j. z siedzibą w Ornece** [„Odwołujący”]

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Dowożenie uczniów do szkół w Gminie Korsze od 1.09.2022 roku do 30.06.2023 roku w formie zakupu biletów miesięcznych* (nr GT.271.11.2022)

prowadzonym przez zamawiającego: **Gmina Korsze** [„Zamawiający”]

orzeka:

- 1. Oddala odwołanie.**
- 2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Odwołującego i zalicza w poczet tych kosztów kwotę 7500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez niego tytułem wpisu od odwołania.**

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 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.**

Uzasadnienie

Gmina Korsze {dalej: „Zamawiający”} prowadzi na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z2021 r. poz. 1129 ze zm.) {dalej również: „ustawa pzp” lub „pzp”) w trybie podstawowym postępowanie o udzielenie zamówienia na usługi pn. *Dowożenie uczniów do szkół w Gminie Korsze od 1.09.2022 roku do 30.06.2023 roku w formie zakupu biletów miesięcznych* (nr GT.271.11.2022).

Ogłoszenie o tym zamówieniu 11 lipca 2022 r. zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 2022/BZP 00248996.

Wartość tego zamówienia nie przekracza progów unijnych.

29 lipca 2022 r. Zamawiający zawiadomił drogą elektroniczną o rozstrzygnięciu powyższego postępowania – wyborze w obu częściach tego zamówienia jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Przedsiębiorstwo Handlowo-Uslugowo-Produkcyjne K. K. z Barcian {dalej: „K. K.”}.

3 sierpnia 2022 r. Przedsiębiorstwo-Uslugowo-Handlowe RADEX sp.j. z siedzibą w Orniecie {dalej również: „Radex” lub „Odwołujący”} wniosło do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od powyższego rozstrzygnięcia postępowania w obu jego częściach.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp {jeżeli poniżej nie wskazano innych aktów prawnych}:

1. Art. 226 ust. 1 pkt 8, art. 226 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 224 ust. 3 pkt 4-6, ust. 5 i ust. 6 pzp oraz art. 16 i art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1233) – przez zaniechanie odrzucenia oferty K. K., pomimo że zawiera rażąco niską ceną, złożone wyjaśnienia zawierają jedynie ogólnikowe twierdzenia, a załączone dowody nie dowodzą, że cena tej oferty nie jest rażąco niska.
2. Art. 239 ust. 2 w zw. z art. 17 ust. 2 – przez wybór oferty K. K., podczas gdy powinna ona podlegać odrzuceniu, a w konsekwencji nie jest ofertą przedstawiającą najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów w przedmiotowym postępowaniu.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu w obu częściach zamówienia:

1. Unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty.
2. Odrzucenia oferty K. K..
3. Ponownego badania i oceny ofert.

W ramach uzasadnienia zarzut zaniechania odrzucenia oferty został sprecyzowany przez powołanie się na następujące okoliczności.

{okoliczności faktyczne dotyczące treści SWZ i wezwania do wyjaśnienia ceny}

Zgodnie z brzmieniem poniżej wskazanych postanowień załącznika nr 7 do SWZ:

9. Wykonawca oprócz biletów miesięcznych musi zapewnić opiekę dla przewożonych uczniów. Obowiązek zapewnienia opieki dotyczy wszystkich części zamówienia oraz tras wskazanych w ustępie 10. Szczegółowe warunki zapewnienia opieki określono w § 6 Projektowanych postanowień umowy.

12. Do obowiązków Wykonawcy należy zapewnienie opieki przewożonym uczniom. Pod pojęciem „opieka” rozumie się zapewnienie warunków bezpieczeństwa i higieny w trakcie wsiadania, wysiadania i przejazdu uczniów autobusem, która jest niezbędna przy tego rodzaju przewozach. Opiekunem dowożonych dzieci musi być osoba pełnoletnia, potrafiąca utrzymać dobry kontakt z dziećmi niezbędny do zachowania bezpieczeństwa w czasie przewozu (zastrzeżenie: kierowca nie może być jednocześnie opiekunem, w autobusie musi znajdować się kierowca i opiekun).

13. Do obowiązków opiekuna dowozu należy w szczególności:

- 1) Zapewnienie bezpiecznego zachowania uczniów w pojeździe w czasie jazdy.*
- 2) Zapewnienie bezpiecznego wsiadania i wysiadania uczniów na przystankach, w tym dozór nad przechodzeniem na drugą stronę drogi.*
- 3) Jeżeli początkowy lub końcowy przystanek znajduje się przy posesji szkoły, opiekun dowozu przeprowadza również zebranych uczniów z miejsca oczekiwania na autobus w budynku szkoły do pojazdu i odwrotnie.*

W postępowaniu wpłynęło 5 ofert.

Oferta Radexu została sklasyfikowana na drugiej pozycji.

Cena oferty K. K.: część I – 85.030,00 zł, część II – 43.610,00 zł (po uwzględnieniu osobno podawanej ceny za świadczenie usługi sprawowania opieki podczas przewozu określonej na 1,00 zł miesięcznie dla każdej z części, co daje 20,00 zł łącznie w obu częściach przez cały okres realizacji zamówienia).

Pismem z 22 lipca 2022 r. Zamawiający wezwał K. K. do: *...wyjaśnień, a w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych, gdyż zaoferowana przez Państwa cena, zaoferowany koszt lub ich istotne części składowe, wydają się zamawiającemu 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.*

W wyjaśnieniach z 25 lipca 2022 r. K. K. wskazał, że cena jego oferty nie jest rażąco niska z następujących względów:

- jako wykonawca lokalny zna specyfikę rynku i minimalizuje koszty,
- ma własne autobusy, które są również wykorzystywane do innych zadań,
- orientacyjny koszt paliwa to 7,30 zł, dlatego w roku szkolnym łącznie to 27.740,00 zł;
- jeden z kierowców jest zatrudniony na umowę o pracę za minimalną stawkę krajową,
 - zawarł z Powiatowym Urzędem Pracy w Gołdapi {dalej: „PUP”} umowę na prace interwencyjne dla pana P. S.,
- opiekunowie są zatrudnieni na umowy o pracę, ale będą wykonywać inne czynności, dlatego cena za opiekę dla Zamawiającego wynosi 1,00 zł miesięcznie.

Ponadto wyjaśnienia zawierają następującą kalkulację:

Podsumowując koszt wykonania usługi przez 10 miesięcy wyniesie: (190 dni)

Paliwo: 27740,00 zł

Wynagrodzenia: 20,00 zł $752 \cdot 10 = 7520 + 20 = 7540,00 \text{zł}$

Amortyzacja: $10 \cdot 1000,00 \text{ zł} = 10000,00 \text{zł}$

Koszty łącznie: 45 265,00 zł

Cena ofertowa: 133010,00 zł

Dotacja z tytułu stosowania ulg: 113100,00 zł

Suma ceny oraz dotacji: 246110,00 zł

Zysk (Suma ceny i dotacji - koszty łącznie): $246110,00 - 45265,00 \text{ zł} = 200845,00 \text{ zł tj. } 20084,55 \text{ zł na miesiąc zysku na 2 autobusy.}$

Przy czym z wyjaśnień wynika, że cena paliwa w okresie wykonywania zamówienia wyniesie 7,30 zł/litr, a średnie spalanie autobusu zostało określone na poziomie 19l/100 km.

Do wyjaśnień załączono:

- 3 umowy o pracę osób zatrudnionych odpowiednio na stanowiskach: kierowca autobusu, obsługa monitoringu oraz pracownik biurowy ds. transportu;
- umowę w sprawie organizacji prac interwencyjnych, w której PUP zobowiązał się zrefundować koszt składek społecznych, przy czym zgodnie z§ 1 ust. 3 tej umowy skierowany bezrobotny może świadczyć pracę tylko na terenie powiatu gołdapskiego.

{krytyczna analiza wyjaśnień}

Wykonawca wprost przyznał, że do wyliczenia ceny nie przyjął wartości wynikających z przepisów regulujących minimalne wynagrodzenie za pracę, lecz dowolnie ustalił, że ta wartość wyniesie 1,00 zł miesięcznie. Oznacza to ustalenie wynagrodzenia godzinowego osób sprawujących opiekę na poziomie 0,025 zł/h brutto (przy założeniu, że opieka ma trwać 2 godziny dziennie), podczas gdy minimalna stawka wynagrodzenia

wynosi obecnie 19,70 zł/h brutto.

Żaden z załączonych dowodów nie potwierdza, że opiekę będą sprawowały osoby zatrudnione na podstawie umowy o pracę, ani za jakim wynagrodzeniem.

Wykonawca przyjął łącznie koszt wynagrodzeń na poziomie 7540,00 zł brutto przez cały okres wykonywania umowy. Przedstawione wyliczenie nie potwierdza wskazanego na 7540,00 zł brutto kosztu wynagrodzeń, gdyż nie do końca wiadomo, co oznacza zaprezentowane działanie matematyczne, w tym nie wiadomo skąd wzięła się kwota 752 zł.

Wykonawca nie przedłożył dowodów na potwierdzenie, ani ceny paliwa w okresie wykonywania zamówienia, ani deklarowanego średniego spalania autobusu.

{okoliczności prawne}

Zgodnie z art. 224 ust. 3 pkt 4 i 6 ustawy pzp wyjaśnienia, o których mowa w ust. 1, mogą dotyczyć w szczególności:

- 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.

*Ustawodawca zobowiązuje zamawiających do odrzucania ofert wykonawców, którzy nie respektują zasad wynagradzania za pracę ustalonych w przepisach powszechnie obowiązujących. Przepis nie ingeruje w podstawy zatrudniania osób przez wykonawców ubiegających się o zamówienie. Nakazuje jedynie respektowanie poziomu wynagrodzenia wynikającego z przepisów o płacy minimalnej przy kalkulacji kosztorysów w ofertach. Oznacza to, że nawet przy zatrudnianiu osób na podstawie umowy cywilnoprawnej do obliczenia ceny oferty muszą być przyjęte kwoty wynagrodzeń minimalnych. Rozwiązanie to nie ingeruje w umowy wykonawców z zatrudnianymi osobami, odnosi się wyłącznie do kształtowania ceny oferty i eliminacji nierealnie niskich cen [W. Dzierżanowski (w:) Ł. Jaźwiński, J. Jerzykowski, M. Kittel, M. Stachowiak, W. Dzierżanowski, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2021, art. 224].*

Zgodnie z art. 224:

- ust. 5 – obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy,
- ust. 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.

{subsumpcja}

W tych okolicznościach Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów, jak w pkt 1. petitum odwołania, a ponadto wywiódł, co następuje.

Przepis art. 224 ust. 3 pkt 4 wprost wskazuje, że do wyliczenia ceny należy przyjąć koszty pracy w wysokości nie niższej niż minimalne wynagrodzenie za pracę. Stawka na poziomie 1,00 zł brutto miesięcznie jest rażąco niską składową ceny. Wykonawca w żaden sposób nie wykazał, dlaczego jest w stanie, pozostając w zgodzie z dyspozycją przepisu art. 224 ust. 3 pkt 4 pzp wykonać zamówienie z taką stawką.

Wyjaśnienia w zakresie sposobu organizacji sprawowania opieki powodują również niezgodność z art. 224 ust. 3 pkt 6 pzp, tj. przepisami prawa pracy i zabezpieczenia społecznego.

Kalkulacja kosztów opieki na tak drastycznie niskim poziomie ma oczywiste przełożenie na błędy w kalkulacji ceny ofertowej.

Sankcją za naruszenie warunków umowy (a jest nim obowiązek świadczenia pracy przez bezrobotnego na obszarze powiatu gołdapskiego) jest obowiązek zwrotu uzyskanej pomocy z odsetkami (§ 2 ust. 5 umowy). Ponieważ refundacja składki na ubezpieczenia społeczne stanowi pomoc publiczną (§ 5 ust. 8, § 9 pkt 4 umowy), złożone wyjaśnienia pozostają w sprzeczności z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy społecznej.

Przyjęcie tak ogólnikowych i niespójnych wyjaśnień wprost narusza art. 226 ust. 1 pkt 8 i art. 224 ust. 5 i 6 pzp, gdyż K. K. nie podołał ciężarowi dowodu co do wykazania braku rażąco niskiej ceny.

W toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających Izba nie stwierdziła, aby odwołanie podlegało odrzuceniu na podstawie przesłanek określonych w art. 528 pzp i nie zgłoszono w tym zakresie odmiennych wniosków.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania odwoławczego, Izba skierowała odwołania do rozpoznania na rozprawie, podczas której Odwołujący podtrzymał swoje dotychczasowe stanowisko i argumentację.

Natomiast Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania, następująco odnosząc się do zarzutu z pkt 1. petitum odwołania.

Wyjaśnił, że wyodrębnienie w ramach formularza ofertowego wynagrodzenia osoby sprawującej opiekę wynika z konieczności prawidłowego rozliczenia dotacji wg art. 5a ustawy o uprawnieniach do ulgowych przejazdów środkami publicznego transportu

zbiorowego.

Dotychczas Zamawiający we własnym zakresie zaspokajał te potrzeby i funkcje opiekuna podczas transportu dzieci do i ze szkoły pełnili pracownicy gminy (np. z przedszkola) w ramach swojego czasu pracy.

Stąd Zamawiający ani nie wymagał zatrudnienia tej osoby na umowę o pracę, ani nie określił sposobu, w jaki mają być wykonywane zadania opiekuna.

Z powyższych względów Zamawiający uznał za wystarczające wyjaśnienia złożone przez wybranego wykonawcę, uwzględniając również okoliczność, że działa on na rynku lokalnym, w tym świadczy usługi transportu zbiorowego w sąsiedniej gminie.

Dla Zamawiającego istotne było, że w wyjaśnieniach została przedstawiona kalkulacja kosztów wykonania zamówienia.

Z kolei w kontekście zarzutów odwołania dla Zamawiającego przekonujące jest również stanowisko wynikające z wyroku Izby, do którego krytycznie odniósł się w piśmie procesowym Odwołujący.

Podkreślił, że przedmiotem zainteresowania Zamawiającego w kontekście wysokości ceny była jej globalna wysokość za całość usług objętych przedmiotem zamówienia.

Po przeprowadzeniu rozprawy, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Z art. 505 ust. 1 pzp wynika, że legitymacja do wniesienia odwołania przysługuje wykonawcy, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

W ocenie Izby Odwołujący wykazał, że ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, gdyż złożył ofertę w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia. Jednocześnie może ponieść szkodę w związku z zarzucanymi Zamawiającemu naruszeniami przepisów ustawy pzp, które dotyczą zaniechania odrzucenia oferty, która została wybrana jako najkorzystniejsza, gdyż zamyka mu to drogę do uzyskania tego zamówienia.

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne:

Nie ma potrzeby powtarzania okoliczności dotyczących treści: SWZ, wezwania do wyjaśnienia ceny, złożonych wyjaśnień w zakresie, w jakim została ona adekwatnie zacytowana lub opisana w odwołaniu.

Jak wynika z pkt 2 rozdziału XV SWZ dotyczącego sposobu obliczenia ceny oferty,

musi ona uwzględniać wszystkie koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia oraz projektowanymi postanowieniami umowy, przy czym stanowi ją (odrębnie dla każdej części) stanowi suma wartości brutto wyceny świadczenia usługi przewozów szkolnych na bilety miesięczne oraz wyceny świadczenia usługi sprawowania opieki podczas przewozów w okresie 10 miesięcy.

Zarzut odwołania, zasadzający się w przeważającej mierze na fakcie wyceny w każdej z dwóch części na 1 zł miesięcznie świadczenia usługi sprawowania opieki podczas przewozów, został postawiony w oderwaniu od faktu, że cena wybranej oferty wynosi w przeliczeniu na miesiąc odpowiednio 8503 zł dla części I i 4361 zł dla części II. Tymczasem, nie licząc poniżej omówionych kwestii, próżno szukać w treści uzasadnienia odwołania faktycznego zakwestionowania możliwości świadczenia za takim wynagrodzeniem usług objętych przedmiotem tego zamówienia.

Zakwestionowanie wiarygodności powołania się na otrzymywanie pomocy publicznej dzięki zatrudnieniu jednego z kierowców w ramach organizacji prac interwencyjnych przez Urząd Pracy w Gołdapi, oparte zostało na nieudowodnionym twierdzeniu, że wobec wskazania w umowie nr 17/2022 z 21 kwietnia 2022 r. powiatu gołdapskiego jako miejsca wykonywania tych prac, kierowanie przez tę osobę na potrzeby tego zamówienia autobusami na terenie gminy z powiatu kętrzyńskiego spowoduje konieczność zwrotu w całości otrzymanego dofinansowania. Tymczasem nie wynika to wprost z żadnego postanowienia tej umowy i abstrahuje od niespornego faktu, że przewozy świadczone w ramach tego zamówienia zajmą około dwóch godzin dziennie, co nie wyklucza, że w pozostałym wymiarze 8-godzinnego czasu pracy będzie ona świadczona na terenie powiatu kętrzyńskiego.

Z kolei subiektywna ocena Odwołującego, że zawarta w wyjaśnieniach kalkulacja ceny oferty jest niezrozumiała, nie oznacza, że obiektywnie rzecz biorąc tak jest. Przede wszystkim z kalkulacji tej wprost wynika, że koszt wynagrodzeń związanych z realizacją usług objętych tym zamówieniem wyliczony został na łącznie 7540 zł, a w odwołaniu zakwestionowana została wyłącznie składowa tych kosztów odnosząca się do wyceny kosztów świadczenia usługi sprawowania opieki podczas przewozów.

Wreszcie skonstatowaniu braku załączenia do wyjaśnień dowodów na potwierdzenie zadeklarowanych na: 19 l/100 km średniego zużycia paliwa przez autobus oraz 7,30 zł/l ceny paliwa (*de facto* oleju napędowego) nie towarzyszy zakwestionowanie adekwatności tych wielkości, nie mówiąc już o przedstawieniu w tym zakresie jakichkolwiek dowodów.

Natomiast wszelkie nowe okoliczności podniesione dopiero na rozprawie nie mogły być przedmiotem rozpoznania w tej sprawie.

Złożone wyjaśnienia czynią zadość wystosowanemu przez Zamawiającego wezwaniu (sprowadzającemu się do przytoczenia treści przepisów art. 224 ust. 1-6 ustawy pzp, bez sprecyzowania konkretnych wątpliwości) – zarówno co do poziomu ich szczegółowości, jak i co do treści, która wystarczająco uzasadnia cenę oferty w obu częściach zamówienia.

Takiej oceny nie zmienia fakt, że koszty świadczenia usługi opieki nie znalazły prawidłowego odzwierciedlenia w kalkulacji zawartej w wyjaśnieniach, gdyż do wyliczenia kosztów zatrudnienia przyjęto, zamiast części wynagrodzenia odpowiadającej ¼ etatu, cenę wskazaną w formularzu ofertowym, choć oczywiste i niesporne jest, że nie odpowiada ona wynagrodzeniu, które faktycznie będą otrzymywać osoby wykonujące ten zakres zamówienia. Skoro wykonawca powołał się w wyjaśnieniach na świadczenie tej opieki w wymiarze dwóch godzin dziennie przez pracowników, których już zatrudnia, oznacza to, że *de facto* w takiej proporcji ich wynagrodzenie za pracę będzie finansowane dzięki realizacji tego zamówienia. Jednak, jak już to powyżej zaznaczono, w uzasadnieniu odwołania nie podjęto nawet próby oszacowania wpływu tego błędu kalkulacji, ani na łączną wysokość kosztów, ani tym bardziej na możliwość realizacji zamówienia bez ponoszenia strat.

W tych okolicznościach Izba stwierdziła, że odwołanie jest niezasadne.

Zgodnie z art. 224 ust. 1 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.

Przy czym według art. 224 ust. 2 pzp 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.

Art. 224 ust. 3 pzp stanowi, że 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 2020 r. poz. 2207) 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.

Przy czym według art. 224 ust. 4 pzp 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.

Według art. 224 ust. 5 pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.

Art. 224 ust. 6 pzp stanowi, że 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. Z kolei zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 8 pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Ponadto na mocy art. 537 pkt 1 pzp ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego.

Ponieważ ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych {dalej: „popzp”} zawierała zbliżone uregulowania, w przeważającej mierze zachowuje aktualność dorobek doktryny i orzecznictwa wypracowany na tle stosowania poprzednio obowiązujących przepisów.

Należy rozważyć, co oznacza termin „rażąco niska cena”. Jak trafnie wskazano w wyroku Sądu Okręgowego w Katowicach z 28 kwietnia 2008 r. sygn. akt XIX Ga 128/08 przepisy ustawy pzp nie określają definicji pojęcia rażąco niskiej ceny. Punktem odniesienia do jej określenia jest przedmiot zamówienia i przyjęć można, że cena rażąco niska to taka, która jest nierealistyczna, niewiarygodna w porównaniu do cen rynkowych podobnych

zamówień i ewentualnie innych ofert złożonych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Przy braku takiej legalnej definicji „rażąco niskiej ceny” orzecznictwo sądów okręgowych oraz Krajowej Izby Odwoławczej, a wcześniej orzecznictwo arbitrażowe, wypracowało pewne cząstkowe lub opisowe rozumienie tego pojęcia. I tak w wyroku Izby z 28 marca 2013 r. sygn. akt KIO 592/13 zauważono, że o cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. Ponadto w wyroku z 4 sierpnia 2011 r. sygn. akt KIO 1562/11 wskazano, że cena rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia będzie ceną odbiegającą od jego wartości, a rzezona różnica nie będzie uzasadniona obiektywnymi względami pozwalającymi danemu wykonawcy, bez strat i finansowania wykonania zamówienia z innych źródeł niż wynagrodzenie umowne, zamówienie to wykonać. W podsumowaniu stwierdzono, że cena rażąco niska jest ceną nierealistyczną, nieadekwatną do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, zakładającą wykonanie zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów i w takim sensie nie jest ceną rynkową, tzn. generalnie niewystępującą na rynku, na którym ceny wyznaczone są m.in. poprzez ogólną sytuację gospodarczą panującą w danej branży i jej otoczeniu biznesowym, postęp technologiczno-organizacyjny oraz obecność i funkcjonowanie uczciwej konkurencji podmiotów racjonalnie na nim działających. Podobnie według powszechnie przywoływanej w doktrynie i orzecznictwie definicji zawartej w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Katowicach z 30 stycznia 2007 r. sygn. akt XIX Ga 3/07 o cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. Rażąco niska cena jest to cena niewiarygodna, oderwana całkowicie od realiów rynkowych. Przykładem może być oferowanie towarów poniżej kosztów zakupu lub wytworzenia albo oferowanie usług za symboliczną kwotę. Natomiast Sąd Okręgowy w Krakowie w uzasadnieniu wyroku z 23 kwietnia 2009 r. sygn. akt XII Ga 88/09 wskazał następujące kryteria określające cenę rażąco niską: odbieganie całkowitej ceny oferty od cen obowiązujących na danym rynku w taki sposób, że nie ma możliwości realizacji zamówienia przy założeniu osiągnięcia zysku; zaoferowanie ceny, której realizacja nie pozwala na utrzymanie rentowności wykonawcy na tym zadaniu; niewiarygodność ceny z powodu oderwania jej od realiów rynkowych.

Ponadto w opinii prawnej Urzędu Zamówień Publicznych {dalej: „UZP”} dotyczącej ceny rażąco niskiej (opublikowanej w serwisie internetowym UZP) zbieżnie z powyższym wskazano, m.in., że ustawa pzp wprowadzając możliwość odrzucenia oferty przez zamawiającego z powodu rażąco niskiej ceny, nie precyzuje jednak tego pojęcia. Nie definiują go również przepisy dyrektyw Unii Europejskiej będące u podstaw

przedmiotowej regulacji. Znaczenia tego wyrażenia nie wyjaśnia również orzecznictwo Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości. Mając na względzie cel przedmiotowej regulacji wydaje się, iż za ofertę z rażąco niską ceną można uznać ofertę z ceną niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień. Oznacza to cenę znacząco odbiegającą od cen przyjętych, wskazującą na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi, dostawy, roboty budowlanej.

Pomimo generalnej adekwatności powyższych definicji, występowanie w nich, po pierwsze – nieostrych terminów definiujących (takich jak „nierealistyczność”, „niewiarygodność”, „nieadekwatność”, „znaczne odbieganie” etc.), po drugie – terminów niewyraźnych (takich jak „nieopłacalność”, „koszt wytworzenia”, „rentowność na zadaniu”), powoduje, że mają one ograniczoną przydatność przy rozstrzyganiu konkretnych przypadków wystąpienia rażąco niskiej ceny. W szczególności powyższe definicje nie wyjaśniają, jakiego rodzaju koszty przedsiębiorstwa ma pokrywać cena ofertowa ani nie wskazują do jakich wskaźników lub progów rentowności postulat opłacalności ceny się odnosi (np. w jakim stopniu zaoferowana cena ma wpływać na wynik finansowy całej jednostki lub jej inne wskaźniki ekonomiczne, chociażby wskaźniki płynności finansowej). Wydaje się, że co do zasady rażąco niską będzie cena niepokrywająca średniego jednostkowego kosztu zmiennego wykonania, czyli pogarszająca wynik finansowy przedsiębiorstwa. Zawsze jednak konieczne jest, aby cena oferty była rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia, a dokładniej – jak wynika z przywołanych powyżej wypowiedzi orzecznictwa i opinii UZP – jego wartości rynkowej. W konsekwencji wartość rynkowa przedmiotu zamówienia, obejmująca jego pełny zakres i wszystkie konieczne do jego wykonania nakłady kosztowe, ustalana przez porównanie cen występujących w danej branży dla określonego asortymentu, stanowić będzie punkt odniesienia dla ceny rażąco niskiej.

Z art. 224 ust. 6 ustawy pzp wynika norma prawna, zgodnie z którą, jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny (hipoteza), oferta ta podlega odrzuceniu jako oferta z rażąco niską ceną (dyspozycja). Obecnie obowiązująca regulacja odzwierciedla interpretację poprzednio obowiązującego art. 90 ust. 3 popzp, który literalnie stanowił, że zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Oczywiście było bowiem, że za takie „potwierdzenie”, które niezwykle rzadko wprost wynika ze złożonych wyjaśnień wraz z dowodami, należy również poczytać sytuację, gdy nie potwierdzają one, że cena oferty nie jest rażąco niska. *De lege lata* nie może być zatem wątpliwości, że niewykazanie przez wezwanego do wyjaśnień wykonawcę, że cena jego oferty nie jest rażąco niska mieści się w zakresie

hipotezy normy prawnej dotyczącej oferty zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, którą w takiej sytuacji, zgodnie z dyspozycją tej normy, zamawiający obowiązany jest odrzucić (art. 226 ust. 1 pkt 8 pzp).

Przy czym – jak już powyżej wspomniano – według normy art. 537 pkt 1 pzp (art. 190 ust. 1a popzp) ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego. Jednocześnie z art. 224 ust. 5 pzp (art. 90 ust. 2 popzp) wynika, że obowiązek ten spoczywa na wykonawcy już na etapie składania wyjaśnień zamawiającemu. Oznacza to, że w toku postępowania odwoławczego Izba bada prawidłowość dokonanej przez zamawiającego oceny złożonych mu wyjaśnień i dowodów, a dodatkowe okoliczności i dowody zgłoszone na ich potwierdzenie przez przystępującego co do zasady nie mogą być brane pod uwagę.

Należy przy tym podkreślić, że nawet przed obarczeniem wykonawcy wezwanego w trybie art. 224 ust. 1 pzp (90 ust. 1 popzp) obowiązkiem uregulowanym aktualnie wprost w art. 224 ust. 5 pzp (art. 90 ust. 2 popzp), konsekwentnie wskazywano w orzecznictwie, że dla zakwalifikowania oferty do dalszego postępowania nie jest wystarczające złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, lecz wyjaśnień odpowiednio umotywowanych, przekonujących, że zaproponowana oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny [por. uzasadnienia wyroków Sądu Okręgowego w Warszawie wydanych: 5 stycznia 2007 r. sygn. akt V Ca 2214/06, 13 lutego 2014 r. sygn. akt V Ca 3765/13 (dotyczył wyroku Izby z 22 października 2013 r. sygn. akt KIO 2354/13) oraz 17 lutego 2014 r. sygn. akt V Ca 3547/13 (dotyczył wyroku Izby z 7 października 2013 r. sygn. akt: KIO 2216/13, KIO 2221/13)]. Jak trafnie wskazał Sąd Okręgowy w Warszawie w uzasadnieniu wyroku z 8 czerwca 2006 r. sygn. akt V Ca 459/06, postępowanie wyjaśniające ma utwierdzić zamawiającego, że dokonana przez niego wstępna ocena oferty jest prawidłowa lub nie. Jeśli lektura wyjaśnień pozostawia istotne wątpliwości co do tego, że wykonanie przedmiotu zamówienia za cenę wskazaną w ofercie jest możliwe, zamawiający jest zobowiązany do odrzucenia oferty.

Według art. 513 pkt 1 i 2 pzp (art. 180 ust. 1 popzp) odwołanie przysługuje na niezgodną z przepisami ustawy czynność lub zaniechanie czynności, do której zamawiający był obowiązany na podstawie ustawy. Stąd dla skutecznego zakwestionowania wyboru oferty przystępującego po udzieleniu przez niego wyjaśnień dotyczących ceny jego oferty, konieczne a zarazem wystarczające jest wykazanie, że zamawiający nieprawidłowo ocenił te wyjaśnienia. W konsekwencji również Izba zobligowana jest wyłącznie do zbadania, czy wyjaśnienia, które zostały złożone zamawiającemu przez wezwanego wykonawcę, uzasadniły należycie cenę jego oferty.

Reasumując, z przywołanych powyżej przepisów wynika, że w toku postępowania

odwoławczego nie można już uzupełnić uprzednio złożonych wyjaśnień o nowe okoliczności uzasadniające cenę oferty oraz zgłosić na ich poparcie dowodów, gdyż kognicja Izby ogranicza się do zbadania w kontekście zarzutów odwołania, czy wyjaśnienia złożone zamawiającemu zostały przez niego prawidłowo ocenione.

Jednakże równocześnie wymaga przypomnienia, że zgodnie z art. 555 ustawy pzp (art. 192 ust. 7 popzp) Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Stąd niezależnie od wskazanego w odwołaniu przepisu, którego naruszenie jest zarzucane zamawiającemu, Izba jest uprawniona do oceny prawidłowości zachowania zamawiającego (podjętych lub zaniechanych czynności) jedynie przez pryzmat sprecyzowanych w odwołaniu dla uzasadnienia jego wniesienia okoliczności, przede wszystkim faktycznych, a także, choć w mniejszym stopniu, prawnych. Okoliczności te mają decydujące znaczenie dla ustalenia granic kognicji Izby przy rozpoznaniu sprawy, gdyż konstytuują zarzut podlegający rozpoznaniu. Taka interpretacja tej normy prawnej jest zgodna z linią orzecniczą konsekwentnie prezentowana przez Krajową Izbę Odwoławczą i została potwierdzona w orzecznictwie sądów okręgowych, w szczególności w uzasadnieniu wyroku z 25 maja 2012 r. sygn. akt XII Ga 92/12 Sąd Okręgowy w Gdańsku trafnie wywiódł, że Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu, przy czym stawianego przez wykonawcę zarzutu nie należy rozpoznawać wyłącznie pod kątem wskazanego przepisu prawa, ale również jako wskazane okoliczności faktyczne, które podważają prawidłowość czynności zamawiającego i mają wpływ na sytuację wykonawcy.

W konsekwencji odwołanie od zaniechania odrzucenia oferty jako zawierającej rażąco niską cenę, która była przedmiotem badania pod tym względem, o ile może ograniczać się do kwestionowania zaakceptowania przez zamawiającego złożonych mu przez wezwanego wykonawcę wyjaśnień wraz z dowodami, o tyle wymaga skonkretyzowania okoliczności faktycznych, które wskazują na to, że czynność ta była nieprawidłowa. Innymi słowy w takim układzie procesowym treścią zarzutu podlegającego rozpoznaniu przez Izbę są sprecyzowane w odwołaniu zastrzeżenia co do treści złożonych wyjaśnień, czyli dlaczego nie uzasadniają one możliwości wykonania przedmiotu zamówienia za cenę wskazaną w ofercie. W rozpoznawanej sprawie Odwołujący nie sprostął temu, co potwierdza fakt, że dopiero na rozprawie skonkretyzował szereg nowych zastrzeżeń pod adresem złożonych wyjaśnień, pomimo że mógł i powinien to uczynić do upływu zawitego terminu na wniesienie odwołania.

W ramach podniesionych w odwołaniu zastrzeżeń Odwołujący obstawał przy tym, że dla wykazania wynikających ze złożonych wyjaśnień okoliczności (np. co do kosztów paliwa, zarówno w kontekście wielkości zużycia paliwa przez autobusy, jak i ceny paliwa),

winy zostać załączone dodatkowe dowody.

Takie stanowisko nie zasługuje jednak na aprobatę, gdyż rygor dowodowy, który ustawa pzp nakłada na wykonawcę w przypadku wezwania go do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny nie oznacza konieczności składania ściśle określonego katalogu dowodów w każdym przypadku oraz odniesienia się do wszystkich zagadnień wskazanych przykładowo w ustawie pzp. Zwrócić przy tym należy uwagę na to, że w wezwaniu Zamawiający nie domagał się przedłożenia określonych dowodów na potwierdzenie sposobu skalkulowania ceny. Z tych względów nic nie stało na przeszkodzie, aby wykonawca udowodnił brak rażąco niskiej ceny takimi dowodami, które jego zdaniem uzasadniają przyjętą wycenę przedmiotu zamówienia.

W ocenie Izby zawarte w złożonych wyjaśnieniach oświadczenia i kalkulacje były wystarczającymi dowodami na potwierdzenie prawidłowości skalkulowania ceny. O ile oczywiste jest, że tak złożone wyjaśnienia obejmujące kalkulację stanowią dokument pochodzący od wykonawcy, o tyle nie pozbawia to go automatycznie jakiegokolwiek mocy dowodowej. Kalkulacje i oświadczenia jak każdy dowód podlegają bowiem ocenie. Tymczasem Odwołujący, przyjmując zbyt formalistyczne podejście co do braku możliwości traktowania ich jako dowodów, błędnie uważa, że na ich podstawie nie jest możliwe zweryfikowanie oferty pod kontem realności ceny. Zdaniem Izby prawidłowa, a zatem pogłębiona analiza treści złożonych Zamawiającemu wyjaśnień, które obejmują kalkulację ceny oferty, prowadzi do wniosku, że nie jest ona rażąca w stosunku do przedmiotu zamówienia objętego daną częścią zamówienia. Tym samym Izba uznała za adekwatne również w rozpoznawanej sprawie stanowisko wyrażone uprzednio odnośnie analogicznych kwestii w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie (działającego jako Sądu Zamówień Publicznych) z 22 grudnia 2021 r. sygn. akt XXIII Zs 90/21.

Niezależnie od powyższego należy zauważyć, że jeżeli Zamawiający powziąłby wątpliwości na podstawie informacji zawartych w wyjaśnieniach, mógł wystosować wezwanie do ich wyjaśnienia. W szczególności nieuwzględnienie w kalkulacji realnego kosztu sprawowania opieki również mogłoby być przedmiotem dodatkowych wyjaśnień. Nie prowadziłyby to w tym przypadku do naruszenia wywiedzionej w doktrynie i orzecznictwie z zasady równego traktowania wykonawców zasady jednokrotnego wzywania, gdyż służyłoby jedynie rozwianiu wątpliwości co do konkretnej kwestii wynikłej przy badaniu złożonych wyjaśnień.

Reasumując, zarzut nieprawidłowej oceny przez Zamawiającego złożonych mu wyjaśnień, co miałyby obligować go do odrzucenia oferty, którą wybrał jako najkorzystniejszą, nie potwierdził się.

Ponieważ w odniesieniu do wskazanej również w pkt 1. petitum odwołania podstawy prawnej odrzucenia oferty złożonej w warunkach czyn nieuczciwej konkurencji, czyli art.226 ust. 1 pkt 7 pzp w zw. z art. 15 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, odwołanie nie tylko nie zawiera żadnych okoliczności faktycznych, ale nawet nie zawiera jakiegokolwiek wyводу prawnego, w tym co do treści wskazanej jednostki redakcyjnej ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, w istocie odwołanie nie zawiera w tym zakresie zarzutu nadającego się do rozpoznania.

Podobnie nie zostało nigdzie w odwołaniu sprecyzowane na czym miałyby polegać naruszenie art. 16 pzp, czyli które i dlaczego spośród wskazanych w pkt 1-3 zasad przeprowadzenia postępowania miałyby zostać naruszone przez Zamawiającego.

Wreszcie zarzut z pkt 2. petitum odwołania na charakter wynikowy, czyli rozstrzygnięcie zarzutu zasadniczego przesądza również o niezasadności tego zarzutu.

Mając powyższe na uwadze, Izba – działając na podstawie art. 553 pzp – orzekła, jak w pkt 1. sentencji,

Ponieważ Odwołujący w całości przegrał sprawę, stosownie do tego wyniku powinien ponieść koszty postępowania odwoławczego, na które złożył się uiszczony przez niego wpis, stąd na podstawie art. 557 ustawy pzp w zw. z § 5 pkt 1 przywołanego powyżej rozporządzenia orzeczono, jak w pkt 2. sentencji.