

MIEJSKIE CENTRUM OBSŁUGI OŚWIATY W KRAKOWIE

31- 450 KRAKÓW, UL. UŁANÓW 9A

TEL. (12) 650 35 00

NIP: 675-10-41-971; REGON: 000553621

Informacja o unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn.:

**Kompleksowa obsługa w zakresie bezpieczeństwa i higieny pracy w roku 2023
samorządowych jednostek oświatowych,
których organem prowadzącym jest Gmina Miejska Kraków**

Znak sprawy: ZP.261.31.2022

Numer postępowania: MCOO/ZP/R/22/22

Uzasadnienie unieważnienia postępowania:

Zgodnie z art. 255 pkt. 2 ustawy PZP zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli wszystkie złożone oferty podlegały odrzuceniu.

W ww. postępowaniu zostały złożone dwie oferty, z których każda została odrzucona.

W związku z powyższym postępowanie zostało unieważnione na podstawie art. 255 pkt 2 ustawy PZP.

Informacja o Wykonawcach, których oferty zostały odrzucone:

A. Wykonawca/y: **Zakład Usługowo-Doradczy BHP i P/Poż UMI s.c. Przemysław Umiński, Adam Umiński** (oferta nr 1)

Podstawa odrzucenia oferty 1:

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt. 3 ustawy PZP, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jest niezgodna z przepisami ustawy PZP;

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt. 4 ustawy PZP, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów.

Przemysław Umiński w dniu 27.09.2022r. przekazał Zamawiającemu za pośrednictwem formularza dostępnego na ePUAP dwa pliki:

1. zaszyfrowany na miniPortalu plik: szyfrowanie-036230a8-a108-27-09-2022-20_41_27.zip;
2. niezaszyfrowany plik: SWZ_R.22.22.zal.1.doc;

Na etapie otwarcia ofert Zamawiający stwierdził, że:

- zaszyfrowany plik: szyfrowanie-036230a8-a108-27-09-2022-20_41_27.zip zawiera również tożsamy plik: SWZ_R.22.22.zal.1.doc;
- plik SWZ_R.22.22.zal.1.doc stanowi wypełniony formularz ofertowy (załącznik nr 1 do SWZ)

Żaden w ww. plików nie został opatrzony podpisem elektronicznym (tj. złożona przez Wykonawców oferta nie została podpisana).

Zgodnie z art. 63 ust. 1 ustawy PZP w postępowaniu o udzielenie zamówienia o wartości równej lub przekraczającej niż progi unijne, czyli również w przedmiotowym postępowaniu, ofertę składa się pod rygorem nieważności, w formie elektronicznej. Z uwagi na powyższe, Zamawiający wymagał w przedmiotowym postępowaniu, aby oferta (każdy dokument składający się na ofertę) była podpisana kwalifikowanym podpisem elektronicznym (czyli złożona w formie elektronicznej), przez osoby uprawnione lub upoważnione do reprezentowania Wykonawcy/-ów (rozdz. XII.6 SWZ).

Zgodnie z art. 78¹ ustawy Kodeks cywilny do zachowania elektronicznej formy czynności prawnej wystarcza złożenie oświadczenia woli w postaci elektronicznej i opatrzenie go kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Brak tego podpisu skutkuje nieważnością tego oświadczenia z uwagi na treść art. 73 § 1 ustawy Kodeks cywilny, zgodnie z którym jeżeli ustawa zastrzega dla czynności prawnej formę pisemną, dokumentową albo elektroniczną, czynność dokonana bez zachowania zastrzeżonej formy jest nieważna tylko wtedy, gdy ustawa przewiduje rygor nieważności.

Z powyższego wynika, że brak kwalifikowanego podpisu elektronicznego pod ofertą złożoną w postaci elektronicznej stanowi bezwzględną podstawę do odrzucenia takiej oferty w postępowaniu.

Tym samym oferta Wykonawców została odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 3 i 4 ustawy PZP w związku z art. 63 ustawy PZP oraz art. 78¹ i art. 73 § 1 ustawy Kodeks cywilny.

Podstawa odrzucenia oferty 2:

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt. 6 ustawy PZP, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli nie została sporządzona lub przekazana w sposób zgodny z wymaganiami technicznymi oraz organizacyjnymi sporządzania lub przekazywania ofert przy użyciu środków komunikacji elektronicznej określonymi przez zamawiającego.

Przemysław Umiński w dniu 27.09.2022r. przekazał Zamawiającemu za pośrednictwem formularza dostępnego na ePUAP, oprócz zaszyfrowanego na miniPortalu pliku: szyfrowanie-036230a8-a108-27-09-2022-20_41_27.zip, także niezaszyfrowany plik: SWZ_R.22.22.zal.1.doc;

Na etapie otwarcia ofert Zamawiający stwierdził, że niezaszyfrowany plik: SWZ_R.22.22.zal.1.doc stanowi wypełniony formularz ofertowy (załącznik nr 1 do SWZ), który jest tożsamy z plikiem SWZ_R.22.22.zal.1.doc zawartym w zaszyfrowanym pliku: szyfrowanie-036230a8-a108-27-09-2022-20_41_27.zip. Tym samym Zamawiający miał potencjalną możliwość zapoznania się z treścią oferty przed upływem terminu składania ofert.

Jednym z obowiązków zamawiającego, zgodnie z art. 68 ustawy PZP, jest taki dobór środków komunikacji elektronicznej do przekazywania ofert w postępowaniu, aby zapewnione zostało zachowanie integralności, autentyczności, nienaruszalności danych i ich poufności w ramach wymiany i przechowywania informacji, w tym zapewnienie możliwości zapoznania się z ich treścią wyłącznie po upływie terminu na ich składania. Ponadto, przepis art. 221 ustawy PZP wskazuje, iż zamawiający zapewnia, aby z zawartością ofert nie można było zapoznać się przed upływem terminu ich otwarcia.

Wywiązując się z powyższych obowiązków, Zamawiający przyjął jako środki komunikacji do przekazywania ofert miniPortal/ePUAP, które spełniają wszystkie powyższe wymagania, wobec czego obowiązkiem Wykonawców było i jest je stosować w sposób i na zasadach określonych w SWZ. Przedmiotową kwestię w zakresie sposobu złożenia oferty (w tym jej obligatoryjnego zaszyfrowania) regulują m.in. zapisy rozdz. IX.2 SWZ poprzez bezpośrednie wytyczne w tym zakresie oraz odesłanie do „instrukcji użytkownika” miniPortalu dostępnej na stronie: <https://miniporal.uzp.gov.pl>.

Z powyższego wynika, że złożenie poza zaszyfrowaną ofertą, także tożsamego dokumentu w formie niezaszyfrowanej, z którego treścią można było potencjalnie zapoznać się jeszcze przed upływem terminu otarcia ofert, powoduje konieczność odrzucenia takiej oferty, jako całości, gdyż nie została ona sporządzona i przekazana w sposób zgodny z wymaganiami technicznymi oraz organizacyjnymi sporządzania lub przekazania ofert przy użyciu środków komunikacji elektronicznej określonymi przez Zamawiającego.

Tym samym oferta Wykonawców została odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 6 ustawy PZP .

Podstawa odrzucenia oferty 3:

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy PZP, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli wykonawca nie wniósł wadium, lub wniósł w sposób nieprawidłowy lub nie utrzymywał wadium nieprzerwalnie do upływu terminu związania ofertą lub złożył wniosek o zwrot wadium w przypadku, o którym mowa w art. 98 ust. 2 pkt 3 ustawy PZP.

Zamawiający wymagał wniesienia wadium w wysokości 20 000,- zł. Wadium winno być złożone przed upływem terminu składania ofert. Wadium mogło być wniesione w jednej lub kilku formach wymienionych w art. 97 ust. 7 ustawy PZP tj: - w pieniądzu, - w gwarancjach bankowych, - gwarancjach ubezpieczeniowych, - w poręczeniach udzielanych przez podmioty, o których mowa w art. 6b ust. 5 pkt 2 ustawy z dnia 9 listopada 2000 r. o utworzeniu Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości (Dz. U. z 202 r. poz. 299). Wadium w pieniądzu Wykonawca winien był wpłacić przelewem na wskazany w SWZ rachunek bankowy Zamawiającego. Wadium w formie gwarancji lub poręczeń, Wykonawca winien przekazać w oryginale, w postaci elektronicznej.

Termin składania ofert upłynął w dniu 03.10.2022 r. o godz. 9:00. Do tego terminu (jak i później) Wykonawcy nie wnieśli wadium, w żadnej z ww. form.

W formularzu ofertowym (cz. E pkt. 2) Wykonawcy wskazują, że wadium w wysokości 20 000,- zł zostało wniesione w dniu 27.09.2022 r. w formie gwarancji ubezpieczeniowej Polisa nr 292351/00. Do oferty załączony został skan polisy o takim numerze wystawionej przez LINK4 TU. S.A. potwierdzającej zawarcie umowy ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej na okres 01.11.2021 r. – 31.10.2022 r. Dokument ten, z uwagi na to czego dotyczy, nie jest w ogóle wadialną gwarancją ubezpieczeniową - dokumentem, w którym Gwarant gwarantuje Zamawiającemu wypłatę kwoty wadium, w przypadku zaistnienia okoliczności, o których mowa w art. 98 ust. 6 ustawy PZP.

Tym samym oferta Wykonawców została odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 14 ustawy PZP.

Podstawa odrzucenia oferty 4:

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt. 10 ustawy PZP zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu.

Zamawiający w dokumentach zamówienia nie podał stawki VAT. Zgodnie z zapisem rozdz. XV.5 SWZ dotyczącym sposobu obliczenia ceny wskazał natomiast, że określenie stawki VAT jest obowiązkiem Wykonawcy oraz, że Wykonawca winien dokonać wyliczenia VAT zgodnie z obowiązującymi przepisami na dzień stanowiący termin składania ofert.

Zgodnie z obowiązującymi przepisami stawka podatku VAT na usługi stanowiące przedmiot zamówienia wynosi 23%.

Wykonawcy w formularzu ofertowym podali cenę oferty: 315,- zł/miesięczną obsługę 1 jednostki, z jej rozbiem na wartość netto: 242,- zł/miesięczną obsługę 1 jednostki oraz podatek VAT: 72,45 zł/ 1 dzień przewozu.

Zgodnie z podaną przez Wykonawców wartością netto tj. 242,- zł, podatek VAT (przy obowiązującej stawce VAT) winien wynosić 55,66 zł, a tym samym cenę oferty winna stanowić kwota 297,66 zł. Wyliczony przez Wykonawców podatek VAT stanowi nie 23%, ale ~30% wartości netto.

Przyjmując teoretycznie, że wartością wyjściową do wyliczenia pozostałych kwot jest cena oferty tj. kwota 315,- zł, wartość VAT (przy obowiązującej stawce VAT 23%) winna stanowić kwota 58,90 zł, a wartość netto 256,10 zł.

W trakcie zaistniałej sytuacji uwzględniono m.in. orzecznictwo (w tym: wyrok KIO 1462/17, wyrok KIO 1046/19, wyrok KIO 1065/19, wyrok KIO 372/20, uchwały Sądu Najwyższego sygn. akt. III CZP 52/11 i III CZP 53/11), oraz opinię Prezesa UZP:

<https://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/interpretacja-przepisow/opinie-archiwalne/opinie-dotyczace-ustawy-pzp/przygotowanie,-wszczecie-i-przebieg-postepowania-o-udzielenie-zamowienia-publicznego/omylki-i-bledy-w-ofertach-wykonawcow-analiza-na-przykladzie-orzecznictwa-sadow-okregowych-i-krajowej-izby-odwolawczej>

z których jednoznacznie wynika, że:

- jeżeli zamawiający nie określi w dokumentach zamówienia stawki podatku VAT, wykonawca jest obowiązany zastosować prawidłową stawkę podatku VAT;
- zastosowanie niewłaściwej stawki podatku VAT jest błędem w obliczeniu ceny, o ile nie można go poprawić w trybie art. 223 ust. 2 pkt. 3 ustawy PZP. Zgodnie z tym przepisem zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty. W sytuacji, w której zamawiający nie określił w dokumentach zamówienia stawki podatku VAT w ogóle nie może dojść do wystąpienia innej omyłki w rozumieniu art. 223 ust. 2 pkt. 3 ustawy PZP, ponieważ nie występuje w tym przypadku ustawowa przesłanka niezgodności oferty z dokumentami zamówienia wobec braku dwóch potrzebnych do porównania elementów, niezbędnych do oceny przesłanki w postaci zaistnienia niezgodności. W tej sytuacji w rachubę wchodzi wyłącznie ocena wystąpienia błędu w obliczeniu w ofercie ceny. Wobec braku faktycznej możliwości odniesienia się do stawki podatku VAT na skutek jej nieuwzględnienia w dokumentach zamówienia, obowiązek zamawiającego musi ograniczyć się wyłącznie do oceny prawidłowości przyjętej w ofercie wykonawcy stawki podatku VAT, która jako element cenotwórczy miała bezpośredni wpływ na ukształtowanie wysokości przedstawionej w ofercie ceny. Przyjęcie w ofercie nieprawidłowej stawki podatku VAT jest zatem równoznaczne z błędem w obliczeniu zawartej w ofercie ceny, polegającym na wadliwym doborze przez wykonawcę elementu mającego niewątpliwie wpływ na obliczenie wysokości zaoferowanej ceny. Innymi słowy, posłużenie się przez wykonawcę choćby tylko jednym

nieprawidłowo określonym elementem kalkulacji ceny przekłada się na wystąpienie błędu w obliczeniu ceny, bez względu na skalę lub rozmiar stwierdzonego uchybienia.

Brak wskazania w dokumentach zamówienia stawki podatku VAT nie daje Zamawiającemu możliwości dokonania poprawy oferty Wykonawców i zachodzi konieczność jej odrzucenia.

Tym samym oferta Wykonawców została odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 10 ustawy PZP.

B. Wykonawca: **ADRIUM BHP Adrian Robak** (oferta nr 2)

Podstawa odrzucenia oferty:

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt. 8 ustawy PZP, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Zgodnie z art. 224 ust. 6 ustawy PZP, 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 uwagi na fakt, iż całkowita cena oferty Wykonawcy tj. kwota 984.492,- zł (wyliczenie: cena oferty tj. 282,90 zł/miesięczną obsługę 1 jednostki x 12 miesięcy = 984.492,- zł) stanowi ~55% wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, Zamawiający zwrócił się do Wykonawcy w dniu 18.10.2022r. o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny zamówienia.

Wykonawca w ramach wyjaśnień winien był między innymi przedstawić wycenę obejmującą cały okres realizacji przedmiotu zamówienia tj. 1.01 – 31.12.2023 r., zawierającą co najmniej następujące pozycje:

1. Koszty zatrudnienia pracowników:

W ramach ww. kosztów należy wykazać koszt zatrudnienia każdego pracownika z rozbiem na:

- 1) wynagrodzenie brutto;
- 2) składki ZUS obciążające pracodawcę;
- 3) wpłaty do PPK obciążające pracodawcę;

2. Koszty eksploatacji pojazdów z rozbiem na:

- 1) koszt przeglądów technicznych,
- 2) koszt napraw,
- 3) koszt ubezpieczeń,
- 4) koszt leasingu,
- 5) koszt paliwa/energii elektrycznej;

wraz z podaniem liczby pojazdów stanowiących flotę przeznaczoną do realizacji zamówienia – z podziałem na pojazdy z różnymi rodzajami napędów (benzyna, olej napędowy, itd.);

3. Koszty materiałów biurowych (papier, tonery, itp.);
4. Koszty przesyłek pocztowych;
5. Koszty zużycia sprzętów biurowych /amortyzacja/ (komputery, inne sprzęty);
6. Koszty wynajmu (biuro, sala do szkoleń) oraz media;
7. Koszty internetu, telefonów stacjonarnych i komórkowych (połączenia + użytkowanie);
8. Koszty pozostałe (- wskazać jakie);
9. Zysk;
10. Podatek dochodowy PIT;
11. Podatek VAT;

W wyznaczonym przez Zamawiającego terminie Wykonawca złożył wyjaśnienia, zawierające m.in. „miesięczną kalkulację ceny”, która, jak oświadczył Wykonawca, „uwzględnia wszystkie koszty konieczne do prawidłowej realizacji zamówienia”, „uwzględnia wszystkie koszty wykonania zamówienia”.

- W sporządzonej przez Wykonawcę miesięcznej kalkulacji zostały wykazane koszty eksploatacji tylko jednego pojazdu (poz. 2):
OPEL, model: CORSA E HATCHBACK 14-19, typ: CORSA 1.4 LPG ENJOY rok produkcji: 2016 VIN: W0LOXEP68G4332281 pojemność silnika: 1398.
 - Koszt przeglądów technicznych: 160 zł;
 - Koszt napraw: 500 zł;
 - Koszt ubezpieczeń: 3 494 zł;
 - Koszt paliwa/energii elektrycznej: 700 zł.

Wykonawca w kalkulacji nie uwzględnił kosztów eksploatacji pojazdu elektrycznego lub pojazdu napędzanego gazem ziemnym, którym Wykonawca winien dysponować do realizacji przedmiotowego zamówienia, zgodnie z określonym przez Zamawiającego warunkiem udziału w postępowaniu, o którym mowa rozdz. VI.1.4) SWZ (warunek 2).

Wykonawca wykazał dla pojazdu OPEL w zakresie kosztu przeglądu technicznego oraz kosztu ubezpieczenia pojazdu wartości, które z uwagi na ich wysokość stanowią koszty roczne, przy czym dodatkowo jako koszt przeglądu technicznego Wykonawca podał kwotę 160 zł, a aktualny koszt takiego przeglądu wynosi 162 zł.

- W sporządzonej przez Wykonawcę miesięcznej kalkulacji zostały wykazane koszty wynajmu w kwocie 1 450,17 zł. Z załączonej jako dowód kopii umowy najmu nr 24/N/KR/2021 wynika, że kwota ta stanowi miesięczny czynsz (w tym zryczałtowany koszt ogrzewania i zużycia wody).

Z uwagi na powyższe Zamawiający zwrócił się w dniu 26.10.2022r. do Wykonawcy z zapytaniami:

- Zapytanie 1.1: „Dlaczego w kalkulacji nie zostały uwzględnione koszty eksploatacji pojazdu elektrycznego lub pojazdu napędzanego gazem ziemnym, którym winien Pan dysponować do realizacji przedmiotowego zamówienia, zgodnie z określonym przez Zamawiającego warunkiem udziału w postępowaniu, o którym mowa rozdz. VI.1.4) SWZ (warunek 2)?”;
- Zapytanie.1.2: „Dlaczego wykazał Pan koszt rocznego przeglądu technicznego ww. pojazdu w kwocie 160 zł, skoro aktualny koszt takiego przeglądu wynosi 162 zł?”;
- Zapytanie 1.3: „Dlaczego w kalkulacji miesięcznej kosztu eksploatacji ww. pojazdu w zakresie kosztu przeglądu technicznego oraz kosztu ubezpieczenia pojazdu wykazane zostały koszty, które z uwagi na ich wartości stanowią koszty roczne?”;
- Zapytanie 2.1: „Dlaczego w kalkulacji nie zostały uwzględnione koszty: zużycia prądu, gazu i wywozu śmieci?”.

W wyznaczonym przez Zamawiającego terminie Wykonawca złożył wyjaśnienia zawierające odpowiedzi na ww. zapytania, „zmodyfikowaną kalkulację miesięczną” oraz:

- kopię polisy ubezpieczeniowej (OC, PWD) dla pojazdu: TESLA Model X, nr nadwozia: 5YJXCCE22HF031281, nr rejestracyjny: KR3XY07 (bez możliwości odczytu danych posiadacza pojazdu);
- kopię umowy użyczenia samochodu TESLA Model X 5YJXCCE22HF031281, nr rejestracyjny: KR3XY07 (bez możliwości odczytu danych Używającego);

- kopię refaktury za zużycie energii elektrycznej.

Ad. Zapytanie.1.1: Wykonawca wyjaśnił, że „omyłkowo wpisany został samochód napędzany na gaz LPG, w przedstawionym poniżej ujęciu tabelarycznym zostały ujęte koszty samochodu, samochód Tesla model X 5YJXCCE22HF031281, nr rejestracyjny KR3XY07”, którym dysponuje na podstawie ww. umowy użyczenia.

Ad. Zapytanie 1.2 i 1.3: Wykonawca podał, że koszt ubezpieczenia i przeglądu technicznego został raz jeszcze przedstawiony w rozbiciu miesięcznym w „zmodyfikowanej kalkulacji miesięcznej”, a nadwyżka z ww. pozycji została ujęta w kalkulacji w pozycji zysk.

Ad. Zapytanie: 2.1: Wykonawca podał, że w wynajmowanym lokalu nie ma gazu, a w ramach kwoty za wynajem opłacony jest również wywóz śmieci, woda kanalizacji. Jedynym dodatkowym kosztem jest prąd. Wykonawca w „zmodyfikowanej kalkulacji miesięcznej” uwzględnił już ten koszt, na potwierdzenie którego przedłożył ww. kopię refaktury za zużycie energii, który to koszt pomniejszył wskazany uprzednio zysk.

Wykonawca jest podmiotem prowadzącym działalność gospodarczą. Zgodnie z ustawą Kodeks cywilny (art. 355 § 2), takie podmioty zobowiązane są do zachowania staranności właściwej dla profesjonalistów. Wyjaśnienia Wykonawcy winny być konkretne, wyczerpujące i rozwiewające wszelkie wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przez niego przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w SWZ. Tym samym Wykonawca składając wyjaśnienia w odpowiedzi na wezwanie z dnia 18.10.2022r. winien był do rzetelnego sporządzenia wyceny, zawierającej kompletne i prawidłowe dane. Zamawiający przecież wyłącznie na podstawie złożonych wyjaśnień dokonuje oceny czy oferta zawiera rażąco niską cenę, czy też rażąco niskie jej istotne części składowe.

Wykonawca pomimo tego co oświadczył w treści wyjaśnień, że przedstawiona w ramach tych wyjaśnień „miesięczna kalkulacja” uwzględnia wszystkie koszty konieczne do prawidłowej realizacji zamówienia, nie uwzględnił w niej kosztów eksploatacji pojazdu elektrycznego lub pojazdu napędzanego gazem ziemnym, którym Wykonawca winien dysponować do realizacji przedmiotowego zamówienia zgodnie z określonym przez Zamawiającego warunkiem udziału w postępowaniu, o którym mowa rozdz. VI.1.4) SWZ (warunek 2), nie wskazał niektórych kosztów mediów oraz podał złe wyliczenia niektórych pozycji kosztowych, co skutkowało ponownym wezwaniem do złożenia przez Wykonawcę uzupełniających wyjaśnień, poprzez odpowiedzi na zadane Wykonawcy zapytania w tej kwestii.

Składane przez Wykonawcę uzupełniające wyjaśnienia mogą polegać na pewnym doprecyzowaniu poprzednich odpowiedzi, mogą polegać na rozwianiu wątpliwości interpretacyjnych Zamawiającego – nie mogą natomiast powodować zmiany merytorycznej treści pierwotnych wyjaśnień, ani też nie mogą stanowić uzupełnienia dowodów, które winny zostać przedstawione przez wykonawcę w ramach wyjaśnień. Dopuszczenie i przyjęcie przez Zamawiającego takiej zmiany jak i uzupełnień – byłoby równoznaczne z daniem Wykonawcy tzw. „drugiej szansy”, co jest niezgodne z przepisami PZP, a szczególnie z zasadą zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 maja 2021 r. (KIO 918/21) brak jest podstaw prawnych do uznawania takich wyjaśnień, które wyjaśnieniami nie są, ale stanowią uzupełnienie treści złożonych już wyjaśnień.

Wprowadzona przez Wykonawcę w odpowiedzi na zapytanie Zamawiającego z dnia 26.10.2022r. „korekta” w zakresie pojazdu jakim będzie dysponował on do realizacji zamówienia z pojazdu napędzanego LPG - OPEL, model: CORSA E HATCHBACK 14-19, typ: CORSA 1.4 LPG ENJOY rok produkcji: 2016 VIN: WOLOXEP68G4332281 pojemność silnika: 1398 na pojazd elektryczny - TESLA Model X 5YJXCCE22HF031281, nr rejestracyjny: KR3XY07 ma charakter znaczącej zmiany uprzednio złożonych wyjaśnień i nie zmienia tego faktu, że jak wyjaśnił Wykonawca samochód napędzany na gaz LPG został przez niego wpisany omyłkowo. Trudno dać wiarę, że podanie pojazdu OPEL CORSA 1.4 LPG ENJOY miało charakter omyłki skoro Wykonawca w pierwszych wyjaśnieniach oprócz podania danych tego pojazdu, dodatkowo umieścił również jego zdjęcie, jak i załączył jako dowody w zakresie ponoszonych kosztów kopię polisy ubezpieczeniowej (OC,AC) dla tego pojazdu oraz wydruk ze strony internetowej z cenami stacji paliw dla województwa małopolskiego dla paliw: 95, 98, ON, ON+, LPG. Oprócz powyższego w samej kalkulacji kosztów jako koszt ubezpieczeń została wpisana kwota 3 494 zł, stanowiąca zgodnie z załączoną polisą roczne ubezpieczenie samochodu OPEL. Koszt ten został przez Wykonawcę zmieniony w „zmodyfikowanej kalkulacji miesięcznej” do kwoty 45,33 zł, więc zmiana ta nie polegała tylko na podaniu tego kosztu w ujęciu miesięcznym (wtedy winien on wynosić ~291,17 zł). Wykonawca w „nowej” kalkulacji podał miesięczną stawkę ubezpieczenia pojazdu elektrycznego TESLA, co wynika bezpośrednio z załączonej dopiero do drugich wyjaśnień kopii polisy ubezpieczeniowej tego pojazdu. Również dowód w postaci kopii umowy użyczenia tego pojazdu, został przekazany Zamawiającemu dopiero na tym samym etapie tj. jako załącznik do drugich wyjaśnień.

Ponadto Zamawiający zauważa, że dysponowanie przez Wykonawcę pojazdem elektrycznym poprzez jego użyczenie, stanowi poleganie na zdolnościach innych podmiotów, w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu (warunek 2), a Wykonawca w JEDZ poinformował, że nie polega na zdolnościach innych podmiotów.

Wykonawca zobowiązany był do uwzględnienia w wycenie złożonej w odpowiedzi na wezwanie z dnia 18.10.2022r. wszystkich kosztów jakie ponosi z tytułu mediów w związku z wynajmem pomieszczeń, czego Wykonawca nie uczynił - pomijając koszt zużycia energii elektrycznej. Został on przez niego wykazany dopiero w odpowiedzi na zapytanie z dnia 26.10.2022r. Wtedy też, Wykonawca przekazał Zamawiającemu jako dowód kopię refaktury za zużycie energii elektrycznej.

W kontekście powyższego należy uznać, że złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny, ponieważ nie zawierają kosztu eksploatacji pojazdu elektrycznego lub pojazdu napędzanego gazem ziemnym, który był wymagany w przedmiotowym postępowaniu. Ponadto są przygotowane nierzetelnie ponieważ Wykonawca w pierwszych wyjaśnieniach nie jest w stanie jednoznacznie określić kosztów poszczególnych elementów kalkulacji oraz zysku. Zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej *Oferta podlega odrzuceniu, jeżeli wykonawca nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu. Podstawa do odrzucenia oferty występuje zatem między innymi w sytuacji, w której wyjaśnienia udzielone przez wykonawcę nie są wystarczające konkretne, kompletne czy rzetelne.* (Wyrok KIO z 1.02.2022 r., KIO 151/22, LEX nr 3361608.)

Zamawiający zwraca uwagę że:

- *ustawodawca zakłada, że wykonawcy biorący udział w postępowaniach są profesjonalistami, stąd składane przez nich wyjaśnienia muszą cechować się podwyższonym miernikiem staranności. Niespełnienie tego warunku powoduje, że ponoszą oni negatywne skutki niewykazania zasadności swoich twierdzeń co do tego, że zaoferowana cena lub koszt są rażąco niskie;*

(Komentarz do ustawy PZP pod redakcją Huberta Nowaka, Mateusza Winiarza, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2021)

- art. 224 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych, będący odpowiednikiem art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych z 29 stycznia 2004 r., stanowi odrębną od art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Prawo zamówień publicznych i samodzielną podstawę odrzucenia oferty. Stanowi on, 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. Zatem z przepisu tego wynika, że podstawą do uznania, że oferta zawiera rażąco niską cenę jest nie tylko bezpośrednie stwierdzenie, że taka cena rzeczywiście wystąpiła, lecz także brak złożenia wymaganych wyjaśnień w tym zakresie, a także stwierdzenie, że złożone przez wykonawcę wyjaśnienia nie uzasadniają podanej w ofercie ceny. Przepis ten jest więc w swojej regulacji bardziej kategoryczny, jeśli chodzi o obowiązek udowodnienia przez wykonawcę braku zaistnienia ceny rażąco niskiej i konsekwencje owego braku uzasadnienia danego poziomu ceny niż art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych z 2004 r., który odnosił się do dokonanej przez zamawiającego oceny ("Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.");
(Wyrok KIO z 23.02.2022 r., KIO 290/22)
- złożone przez wykonawcę wyjaśnienia wraz z dowodami powinny uzasadniać brak występowania rażąco niskiej ceny lub kosztu. Wyjaśnienia te winny być konkretne, wyczerpujące i rozwiewające wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów. Powyższe ma istotne znaczenie, ponieważ to wyłącznie na podstawie złożonych wyjaśnień Zamawiający dokonuje oceny czy oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt, czy też rażąco niskie ich istotne części składowe. 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 (co wynika z art. 224 ust. 6 ustawy PZP).
(Wyrok KIO z 23.12.2021 r., KIO 3571/21)
- wyjaśnianie rażąco niskiej nie można utożsamiać z uzupełnianiem treści tych wyjaśnień, w odpowiedzi na kolejne wezwania zamawiającego. Każdorazowo, jeżeli wyjaśnienia w zakresie ceny oferty prowadzą do nadania jej zapisom z wcześniejszych wyjaśnień nowego znaczenia, mamy do czynienia z modyfikacją treści wyjaśnień, a nie ich uszczegółowieniem. Wyjaśnić można tylko to co w ofercie, czy złożonych na wezwanie zamawiającego informacjach, już istnieje. Natomiast każde wprowadzenie nowej treści jest uzupełnieniem treści wyjaśnień, a nie wyjaśnieniem kwestii wątpliwych dla zamawiającego. W przedmiotowej sytuacji, zamawiający po otrzymaniu odpowiedzi na drugie wezwanie przystępującego, w których ujawniły się inne koszty niż podane w pierwszych wyjaśnieniach, powinien był nie uznać takich wyjaśnień, gdyż jak sam stwierdza – „wykonawca zamieścił skorygowany kosztorys”, a więc zostały zawarte nowe treści. Tym samym oferta winna była zostać odrzucona;
(wyrok KIO z dnia 5 maja 2021 r., KIO 918/21).
- Zwrócenie się przez zamawiającego do wykonawcy o złożenie wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny oznacza obciążenie wykonawcy ciężarem dowodu w zakresie wykazania, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska. Na powyższe wskazuje wprost art. 224 ust. 5 ustawy Pzp. Wyjaśnienia wykonawcy co do zasady muszą być konkretne, wyczerpujące, odpowiednio umotywowane, rzeczywiście uzasadniające podaną w ofercie cenę, wykazujące, że możliwe i realne jest wykonanie zamówienia za zaproponowaną cenę. Powyższe wynika z faktu, że to wyłącznie na podstawie złożonych wyjaśnień Zamawiający dokonuje oceny czy oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt, czy też rażąco niskie ich istotne części składowe. 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 (por. art. 224 ust. 6 ustawy Pzp); (Wyrok KIO z 20.08.2021 r., KIO 2249/21)

- W przypadku wystosowania przez zamawiającego do wykonawcy wezwania o złożenie wyjaśnień w przedmiocie ceny lub kosztu oferty na wykonawcy spoczywa obowiązek złożenia zamawiającemu kompletnych i konkretnych wyjaśnień, wraz z dowodami, odpowiadających treści wezwania zamawiającego. Nieprzedstawienie kompletnych i wystarczająco konkretnych wyjaśnień skutkuje ziszczeniem się przesłanki odrzucenia oferty wskazanej w art. 89 ust. 1 pkt 4 p.z.p. w zw. z art. 90 ust. 3 p.z.p. Jak bowiem wynika wprost z przepisu art. 90 ust. 3 p.z.p. zaistnienie przesłanki do odrzucenia oferty ma miejsce nie tylko wtedy, gdy dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia, lecz także wtedy, gdy wykonawca nie złożył wyjaśnień, przez co należy rozumieć również brak złożenia kompletnych i wystarczająco konkretnych wyjaśnień.
(Wyrok KIO z 18.02.2021 r., KIO 204/21)
- Udzielenie wyjaśnień, w których wykonawca nie udowodnił, że cena oferty nie jest rażąco niska, obliguje zamawiającego do odrzucenia oferty. Tym samym od rzetelności wyjaśnień wykonawcy zależy jego dalszy udział w postępowaniu;
(Wyrok KIO z 28.12.2020r., KIO 3126/20)
- Zamawiający musi mieć pewność, że cena za którą będzie realizowane przedmiotowe zamówienie jest ceną realną a jej kalkulacja sporządzona jest rzetelnie;
(Wyrok KIO z 17.11.2020r., KIO 2717/20)

Z uwagi na powyższe należy uznać, że złożone przez Wykonawcę wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny.

Tym samym oferta Wykonawcy została odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 8 ustawy PZP w związku z art. 224 ust. 5 i ust. 6 ustawy PZP.

Kraków, dnia 09.11.2022r.

Sporządziła:
Aleksandra Kostrzewa