Sygn. akt: KIO 388/23

WYROK

z dnia 27 lutego 2023 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Irmina Pawlik

Protokolant: Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 lutego 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 lutego 2023 r. przez wykonawcę K. Budownictwo Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Żninie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gminę Rogowo

przy udziale wykonawcy P. D. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą DOM-BRUK D. P. w Januszkowie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża odwołującego K. Budownictwo Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Żninie i:

2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od odwołującego K. Budownictwo Spółka z ograniczoną

odpowiedzialnością z siedzibą w Żninie na rzecz zamawiającego Gminy Rogowo kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty postępowania poniesione przez zamawiającego z tytułu 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 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący: ……..……

Sygn. akt: KIO 388/23

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający Gmina Rogowo (dalej jako „Zamawiający") prowadzi postępowanie w trybie podstawowym pn. „Przebudowa i modernizacja dróg gminnych i wewnętrznych na terenie Gminy Rogowo w tym zadań: - Przebudowa dróg gminnych 130545C ul. Jeziorna, 130550C ul. Leśna oraz 130552 ul. Ogrodowa w miejscowości Rogowo, - Przebudowa drogi gminnej nr 130560C ul. Spokojna w Rogowie, - Modernizacja drogi gminnej 130530C Wiewiórczyn – Kaczkowo od km 0+000 do km 2+220 oraz drogi wewnętrznej na dz. 7/4 obręb Wiewiórczyn, dł. 0,3 km, - Przebudowa wewnętrznej drogi gminnej dz. 41 obręb Budzisław dł. 0,825 km, - Przebudowa drogi gminnej nr 130567C Mięcierzyn od km 0+000 do km 0+737" (nr ref. RIDiGP. 271.1.21.2022.ZP). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 8 listopada 2022 r. pod numerem 2022/BZP 00427925/01. Do ww. postępowania o udzielenie zamówienia zastosowanie

znajdują przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm., dalej „ustawa Pzp"). Wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza progów unijnych, o których mowa w art. 3 ustawy Pzp.

W dniu 13 lutego 2023 r. wykonawca K. Budownictwo Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Żninie (dalej jako „Odwołujący") wniósł odwołanie wobec czynności odrzucenia jego oferty w zakresie I i II części zamówienia oraz wobec czynności wyboru oferty wykonawcy P. D. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą DOM-BRUK D. P. w Januszkowie (dalej jako „Przystępujący") jako najkorzystniejszej w postępowaniu, w ww. częściach zamówienia. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 224 ust. 1, art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 oraz art. 16 i 17 ustawy Pzp poprzez niewłaściwe sformułowanie wezwania do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, a ponadto niewłaściwą ocenę wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny złożonych przez Odwołującego, pomimo, iż udzielił wyjaśnień zgodnie z treścią wezwania Zamawiającego oraz potwierdził, że cena nie została rażąco zaniżona, a która to nieprawidłowa ocena doprowadziła do odrzucenia jego oferty oraz naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania

wykonawców,

2. ewentualnie art. 224 ust. 1 ustawy poprzez zaniechanie ponownego wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień, jeżeli po złożeniu wyjaśnień pojawiły się u Zamawiającego jakieś wątpliwości co do realności zaoferowanej przez niego ceny ofertowej.

Odwołujący wniósł o unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz odrzucenia oferty Odwołującego, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w szczególności wyjaśnień Odwołującego w zakresie rażąco niskiej ceny, ewentualnie wezwanie Odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny w odniesieniu do kwestii, które wzbudzają wątpliwości u Zamawiającego, wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Uzasadniając zarzuty Odwołujący przedstawił przebieg postępowania o udzielenie zamówienia, w tym opisał okoliczności dotyczące wzywania go do wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny oraz dokonanej przez Zamawiającego oceny złożonych wyjaśnień, prowadzącej do odrzucenia oferty Odwołującego. Odwołujący nie zgodził się z decyzją Zamawiającego podnosząc, iż Zamawiający nie dokonał kompleksowej i merytorycznej analizy wyjaśnień Odwołującego, nie biorąc pod uwagę, że odpowiedzi Odwołującego odnośnie wątpliwych kwestii, zgłoszonych przez niego w wezwaniu, zawarte są w kalkulacjach ceny, bądź uzasadnieniu o charakterze prawnym. Co więcej, uzasadnienie odrzucenia oferty wskazuje, iż Zamawiający ocenił złożone wyjaśnienia pod kątem wymagań oraz oczekiwań, które nie zostały sprecyzowane w wezwaniu z dn. 18.01.2023 r.

Odnosząc się do braku wyjaśnienia rozbieżności pomiędzy cenami wynikającymi z dowodów złożonych w pierwszych wyjaśnieniach co do rażąco niskiej ceny oraz pozycjami kosztorysowymi – Odwołujący nie zgodził się ze stwierdzeniem Zamawiającego, iż Odwołujący zaniechał wyjaśnienia tego elementu. Odwołujący przywołał fragment wezwania, jakie Zamawiający wystosował do Odwołującego w tym zakresie: „Zamawiający wzywa Wykonawcę do: (…) wyjaśnienia rozbieżności pomiędzy cenami jednostkowymi materiałów wynikającymi z dowodów załączonych do wyjaśnień z dnia 19.12.2022 r. a cenami wskazanymi w kosztorysach ofertowych składanych wraz z formularzem ofertowym dla następujących pozycji kosztorysów: (…) W przypadku braku rozbieżności dotyczących ww. pozycji, prosimy o wyjaśnienie, w jaki sposób załączone do wyjaśnień z dnia 19.12.2022 r. dowody potwierdzają realność i rzetelność cen jednostkowych wskazanych w kosztorysach załączonych do oferty dla ww. pozycji". W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, Odwołujący przedstawił uzasadnienie prawne, w którym przywołał postanowienia SWZ, z których wynikało jednoznacznie, iż kosztorysy ofertowe mają charakter wyłącznie pomocniczy i poglądowy, służący do ustalania płatności za poszczególne roboty budowlane (vide: Rozdział XIX pkt 6 SWZ: „Wykonawca przedłoży Zamawiającemu wraz z ofertą kosztorys ofertowy sporządzony metodą szczegółową lub uproszczoną na podstawie załączonych Załączników (przedmiar robót) do SWZ na cały przedmiot zamówienia, potwierdzający cenę zaoferowaną w ofercie. Kosztorys ofertowy na realizację całego zamówienia ma znaczenie jedynie informacyjne i pomocnicze, stanowić będzie jako

dokument pomocniczy przy ustalaniu płatności częściowych za poszczególne roboty budowlane oraz rozliczenie wykonanych robót"). Innymi słowy, wartości pozycji podanych w kosztorysie ofertowym nie mogły mieć rozstrzygającego znaczenia przy ocenie poszczególnych cen jednostkowych oraz ceny końcowej oferty. Odwołujący przywołując postanowienia SWZ w tym zakresie, chciał zwrócić uwagę Zamawiającemu, iż dokonywanie oceny sposobu kalkulacji ceny ofertowej wyłącznie w oparciu o pozycje podane w kosztorysie ofertowym o charakterze pomocniczym i poglądowym jest nieuzasadnione.

Niezależnie od powyższego, Odwołujący odniósł się do wątpliwości Zamawiającego prezentując szczegółową kalkulację kosztów materiałów osobno dla poszczególnych zadań (Części I oraz Części II), podając: konkretne ilości materiałów przyjęte w kalkulacji, takich jak humus, piasek, beton, emulsja, kruszywo itp. (oszacowane z uwzględnieniem danych wynikających z kosztorysu inwestorskiego), ceny jednostkowe zakupu materiałów od dostawców oraz wartości poszczególnych materiałów. W oparciu o tak ustalone kwoty, Odwołujący przedstawił globalne wartości materiałów dla poszczególnych części zamówienia i zadań. Do wyjaśnień, zawierających szczegółowe kalkulacje, Odwołujący dołączył oferty cenowe dostawców (m.in. oferty, które stanowiły załączniki do pierwszych wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny). Informacje zawarte w tych ofertach są zgodne z wartościami przyjętymi przez Odwołującego do skalkulowania wartości materiałów. Należy zatem uznać, iż Odwołujący zrealizował żądanie Zamawiającego w wezwaniu, tj. wykazał, iż dowody dołączone do pierwszych wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny potwierdzają realność i rzetelność ceny ofertowej. Sam zresztą Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty wskazał, iż: „Wykonawca K. Budownictwo Sp. z o.o. nie odniósł się w żaden sposób do tych konkretnych przypadków ograniczając się do przedstawienia ogólnej kalkulacji ceny całkowitej oferty". Ze stwierdzeniem Zamawiającego nie można się zgodzić o tyle, że przedstawiona przez Odwołującego kalkulacja nie była ogólna (o czym była mowa powyżej). Co więcej, zgodnie z oczekiwaniem Zamawiającego wyartykułowanym w pkt 1 wezwania została ona rozbita na poszczególne części zamówienia oraz poszczególne zadania. Z jej treści wynikało, iż koszty materiałów zostały wyliczone zgodnie z cenami oferowanymi przez dostawców. Tym samym, Odwołujący potwierdził rzetelne skalkulowanie ceny. Powyższe powinno być zatem dla Zamawiającego wystarczające, biorąc pod uwagę pomocniczy i informacyjny charakter kosztorysu ofertowego. W ocenie Odwołującego, Zamawiający dokonał oceny tego elementu wyjaśnień w sposób formalistyczny, nie zaś merytoryczny. Zamawiający bowiem przyznał prymat kwestii związanych z kosztorysem ofertowym (który z punktu widzenia zapisów SWZ nie miał kluczowego znaczenia dla oceny kalkulacji ceny ofertowej), pomijając globalny wniosek jaki wypływał z wyjaśnień Odwołującego, iż jego cena została obliczona rzetelnie i prawidłowo, co zostało potwierdzone dowodami.

W zakresie braku odniesienia się do wyliczeń przedstawionych przez Przystępującego Odwołujący wskazał, iż odniósł się do wezwania Zamawiającego. Odwołujący w wyjaśnieniach w zakresie rażąco niskiej ceny podniósł, że wyliczenia ww. Wykonawcy przedstawione w toku postępowania odwoławczego nie są potwierdzone dowodami, jak również nie są możliwe do zweryfikowania pod kątem ich prawidłowości. Jednocześnie zwrócił uwagę, że swoje kalkulacje ceny

porównuje do danych zawartych w kosztorysach inwestorskich, które są najbardziej miarodajnym punktem odniesienia dla ustalenia, czy ceny oferowanego przez Odwołującego zostały rażąco zaniżone, czy też nie. Pomimo tak przedstawionego stanowiska, Zamawiający uznał ostatecznie, że ceny w zakresie części I i II zamówienia zaoferowane przez Odwołującego są rażąco niskie. Zdaniem Odwołującego, Zamawiający również w tym zakresie dokonał oceny skrajnie formalistycznej, zamiast merytorycznej, złożonych wyjaśnień odnośnie rażąco niskiej ceny. Odwołujący zaznaczył, iż Zamawiający niesłusznie pominął stanowisko Odwołującego w przedmiocie wyliczeń Przystępującego. Zamawiający bowiem, zamiast w wezwaniu przywołać obiektywne, mierzalne kryteria, w ramach których miałby dokonać oceny, czy przyjęty sposób kalkulacji potwierdza prawidłowość obliczenia ceny przez Odwołującego, odwołał się do wyliczeń, konkurencyjnego wykonawcy, przedstawionych w toku postępowania odwoławczego przed KIO, oczekując odniesienia się de facto do stanowiska innego uczestnika postępowania. Odwołujący wskazał także, iż formułując wezwanie do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, Zamawiający powinien dochować należytej staranności. Posługiwanie się w tym względzie wyliczeniami innego wykonawcy, bez zweryfikowania ich zasadności i prawidłowości, należy ocenić jako postępowanie niezgodne z normami staranności.

Dalej Odwołujący zwrócił uwagę, że zasadniczo każdy wykonawca uczestniczący w postępowaniu prezentuje odmienne podejście do kalkulacji ceny ofertowej – korzysta bowiem w tym względzie z własnych doświadczeń lub uwzględnia inne czynniki o charakterze indywidualnym (np. rodzaj i ilość posiadanego sprzętu, warunki handlowe dostaw i podwykonawców). W konsekwencji, kalkulacje wykonawców zazwyczaj różnią się między sobą i z tego względu, nie są porównywalne (Odwołujący wskazał w tym zakresie na orzecznictwo Izby). W związku z tym, Zamawiający nie powinien był oczekiwać, aby Odwołujący odnosił się do kalkulacji innego wykonawcy uczestniczącego w postępowaniu – takie wezwanie jest bezprzedmiotowe i nie służy wyjaśnieniu, czy cena została rażąco zaniżona, czy też nie. De facto bowiem, Odwołujący miał zająć stanowisko w przedmiocie odmiennej koncepcji kalkulacji ceny, obranej przez konkurencyjnego wykonawcę, a jak zaznaczono powyżej – różnorodność metodologii obliczenia ceny ofertowej (zwłaszcza o charakterze ryczałtowym) jest zupełnie naturalnym zjawiskiem w postępowaniach. Tym samym, Zamawiający naruszył art. 224 ust. 1 ustawy poprzez nieprawidłowe sformułowanie

wezwania do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, co doprowadziło również do niewłaściwej oceny kalkulacji i stanowiska zaprezentowanego przez Odwołującego. Zamawiający zupełnie pominął znaczący fakt, który przywołał Odwołujący w odpowiedzi na wezwanie w tym zakresie, iż kalkulacja cen jego ofert została dokonana z uwzględnieniem danych wynikających z kosztorysu inwestorskiego. Powyższe zostało potwierdzone szczegółową kalkulacją określonych elementów składowych ceny (materiałów, kosztów pracy sprzętu, kosztów pracowniczych), co Zamawiający winien był wziąć pod uwagę przy dokonywaniu oceny złożonych wyjaśnień. Natomiast Zamawiający swoją ocenę ograniczył wyłącznie do stwierdzenia, że Odwołujący nie odniósł się do wyliczeń Przystępującego, nie wnikając merytorycznie w przedstawione przez Odwołującego stanowisko. W ocenie Odwołującego, jest to kolejny przykład skrajnie formalistycznego podejścia Zamawiającego.

Na marginesie, Odwołujący wskazał, iż zarzutu naruszenia art. 224 ust. 1 ustawy poprzez nieprawidłowe sformułowanie wezwania do wyjaśnień nie mógł podnieść na wcześniejszym etapie postępowania, ponieważ samo jego skierowanie do Odwołującego nie doprowadziło do powstania po jego stronie szkody. Odwołujący był przekonany, że Zamawiający uzna jego wyjaśnienia za wyczerpujące, jeżeli wskaże, iż jego kalkulacja cenowa oparta jest o dane z kosztorysu inwestorskiego i do tego dokumentu się przede wszystkim odnosi. Niestety, Zamawiający ocenił wyjaśnienia Odwołującego w sposób formalistyczny i automatyczny, bez zagłębiania się w ich merytoryczną treść. Zatem dopiero w chwili obecnej, gdy Zamawiający dokonał odrzucenia oferty Odwołującego, zaistniała możliwość sformułowania i podniesienia zarzutu odnośnie nieprawidłowego wezwania do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny.

Odnośnie przyjęcia błędnych założeń do wyliczenia stawki pracowników za roboczogodzinę, bez uwzględnienia zmienionych przepisów w zakresie minimalnego wynagrodzenia za pracę obowiązujących w 2023 r., Odwołujący nie zgodził się ze stanowiskiem Zamawiającego. Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia ofert wskazuje, iż zaproponowana przez Odwołującego stawka 26,50 zł za roboczogodzinę nie odpowiada minimalnemu wynagrodzeniu za pracę. W tym zakresie, Zamawiający odwołuje się do obowiązujących w 2023 r. przepisów, podnosząc, że obecne minimalne wynagrodzenie za pracę wynosi 3490 zł, a od lipca 2023 r. – 3600 zł. Jednocześnie, Zamawiający odwołuje się do publikacji Związku Zawodowego „Budowlani", która ma potwierdzać, iż stawka minimalna w budownictwie powinna wynosi 29,35 zł w I półroczu oraz 30,28 zł w II półroczu. W oparciu o te dane, Zamawiający uznał, iż stawka 26,50 zł nie jest wystarczająca oraz niezgodna z przepisami o minimalnym wynagrodzeniu za pracę. Odwołujący zwrócił jednak uwagę, iż zgodnie z Rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 13 września 2022 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki

godzinowej w 2023 r. (Dz. U. z 2022 r., poz. 1952), minimalne wynagrodzenie za pracę ustalane jest za pomocą dwóch wartości: minimalnego wynagrodzenia za pracę w wymiarze miesięcznym oraz minimalnej stawki godzinowej. Z informacji Związku Zawodowego „Budowlani" wynika, iż minimalne stawki w budownictwie zostały wyliczone w oparciu o minimalne wynagrodzenie za pracę w wymiarze miesięcznym – poprzez podzielenie standardowego wymiaru godzin pracy w miesiącu oraz dodanie narzutów. Natomiast Zamawiający pominął obowiązującą na gruncie rozporządzenia minimalną stawkę godzinową, która w I półroczu 2023 r. wynosi 22,80 zł brutto, zaś w II półroczu 23,50 zł brutto. Obie kwoty są niższe od zaproponowanej przez Odwołującego stawki 26,50 zł brutto za roboczogodzinę. Zatem wbrew stanowisku Zamawiającego stawka przewidziana przez Odwołującego dla pracowników jest zgodna z przepisami z zakresu prawa pracy. W uzupełnieniu, Odwołujący wskazał, iż w wyjaśnieniach co prawda posłużył się dowodem w postaci informacji Związku Zawodowego „Budowlani" w przedmiocie minimalnej stawki w budownictwie za 2022 r., jednak niewątpliwie był to materiał o charakterze poglądowym. Opracowanie to, przygotowane przez Związek Zawodowy, zarówno dla roku 2022 r., jak i 2023 r. jest wyłącznie rekomendacją dla przedsiębiorstw budowlanych w przedmiocie stosowania stawek dla pracowników. Nie jest natomiast wiążącym aktem prawnym, w odróżnieniu od przywołanego powyżej Rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 13 września 2022 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia

za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2023 r. (Dz. U. z 2022 r., poz. 1952). W konsekwencji, Zamawiający wadliwie oparł swoją ocenę złożonych przez Odwołującego wyjaśnień, pomijając obowiązujące w tym przedmiocie regulacje prawne.

Odnośnie braku złożenia dowodów mających potwierdzać wysokość kosztów pracowniczych zgodnie z wyrokiem KIO 3474/22 – Zamawiający w tym zakresie zarzuca Odwołującemu, iż nie złożył on żadnych dowodów na potwierdzenie kalkulacji kosztów pracowniczych. Powołuje się w tym względzie na fragment wyroku KIO 3474/22, w którym Izba przywołuje przykładowe dowody, jakie mogą być składane w ramach wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Co więcej, Zamawiający stwierdza, iż Odwołujący nie przedstawił również żadnych wyjaśnień w przedmiocie kosztów pracowniczych. Odwołujący nie zgodził się z tym stanowiskiem. Wskazał, iż w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, zaprezentował szczegółową kalkulację kosztów pracowniczych osobno dla poszczególnych zadań (Części I oraz Części II), podając konkretne ilości zakładanych roboczogodzin (oszacowane na podstawie danych wynikających z kosztorysu inwestorskiego) oraz stawkę godzinową wyższą od minimalnej stawki godzinowej obowiązującej w 2023 r.. W oparciu o tak ustalone wartości, Odwołujący przedstawił globalne kwoty kosztów pracowniczych dla poszczególnych części zamówienia i zadań. Należy zatem uznać, iż Odwołujący zrealizował

żądanie Zamawiającego w wezwaniu, tj. wyjaśnił sposób obliczenia kosztów pracy. W odniesieniu natomiast do rzekomego braku dowodów, Odwołujący podniósł, że Zamawiający w wezwaniu z dn. 18.01.2023 r. nie określił szczegółowych wymagań odnośnie oczekiwanych dowodów potwierdzających koszty pracownicze. Zamawiający w wezwaniu określił jedynie, iż oczekuje „przedłożenia dowodów potwierdzających wartości kosztów przyjętych w kalkulacji oferty". Nie sprecyzował jednak, czy w zakresie kosztów pracowniczych wymaga złożenia dokumentów wspomnianych przez Izbę w wyroku KIO 3474/22, tj. umów o pracę, czy dokumentów płacowych. Dopiero w uzasadnieniu odrzucenia oferty dał wyraz swym żądaniom w tym przedmiocie, co należy uznać za podejście nieprawidłowe. Zgodnie z ukształtowanym poglądem w orzecznictwie, Zamawiający nie powinien dokonywać odrzucenia oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 oraz art. 224 ust. 6 ustawy, ze względu na niezrealizowanie przez wykonawcę oczekiwań, które nie zostały wyartykułowane w wezwaniu do wyjaśnień. Skoro więc Zamawiający nie wskazał, jakich dowodów od Odwołującego oczekuje, nie powinien teraz, w oparciu o niewyrażone w wezwaniu wymagania, odrzucać jego oferty. Należy w tym miejscu zaznaczyć, iż adresatem sentencji, jak i uzasadnienia wyroku KIO jest właśnie zamawiający, nie zaś wykonawca uczestniczący w postępowaniu. Izba w ramach postępowania odwoławczego dokonuje kontroli postępowania zamawiającego, który jest gospodarzem procedury udzielania zamówienia. W związku z tym to zamawiającemu KIO nakazuje dokonanie lub unieważnienie określonych czynności. Zatem przywołany przez Zamawiającego w uzasadnieniu odrzucenia oferty fragment wyroku KIO 3474/22 był adresowany właśnie do Zamawiającego – i stanowił w tym względzie wskazanie, w jaki sposób Zamawiający może sformułować treść wezwania do wyjaśnień. Zamawiający z tej wskazówki nie skorzystał, toteż nie powinien negatywnych konsekwencji przerzucać na Odwołującego.

Niezależnie od powyższego Odwołujący wskazał, iż Zamawiający niesłusznie zakłada, że Odwołujący nie przedłożył wystarczającego dowodu na potwierdzenie kosztów pracowniczych. Odwołujący przedstawił szczegółową kalkulację w tym zakresie, która uznawana jest w orzecznictwie KIO za dowód. Odwołujący wskazał na orzecznictwo, z którego wynika, iż w przypadku, gdy wyjaśnienia są na tyle konkretne i szczegółowe, że na ich podstawie można ustalić, iż cena, koszt lub ich elementy składowe zostały prawidłowo skalkulowane i nie budzą wątpliwości co do ich wysokości, wówczas brak dołączonych dowodów nie powinien być przesądzający dla ich oceny. Jeżeli więc wykonawca złoży same wyjaśnienia, to wówczas one stają się przedmiotem oceny zamawiającego. Zamawiający powinien zatem unikać automatyzmu przy dokonywaniu oceny złożonych wyjaśnień i wywodzić ich nieprawidłowości z samego faktu, iż nie dołączono do nich żadnych, bądź wszystkich dowodów. W przypadku kosztów pracowniczych, kalkulacja jest o tyle uważana

za adekwatny dowód, iż dokumenty płacowe, czy umowy o pracę nie zawsze zawierają adekwatne informacje w tym zakresie. Umowy o pracę lub listy płacowe często zawierają informacje o globalnym, miesięcznym wynagrodzeniu danego pracownika, natomiast w praktyce nie zawsze dana osoba jest angażowana w pełni do realizacji konkretnego kontraktu – zazwyczaj wykonawca zleca swojemu personelowi prace równolegle na kilku projektach/inwestycjach (np. kierowca „objeżdża" kilka placów budowy dziennie, pracownik administracji kontroluje obieg dokumentów dla różnych klientów). Umowa o pracę lub lista płac nie obrazuje wówczas rzeczywistych kosztów pracowniczych przyjętych do wyliczenia ceny ofertowej, wykonawca bowiem w takich przypadkach bierze pod uwagę stopień zaangażowania danego pracownika w dany kontrakt i przyjmuje do kalkulacji proporcjonalną wartość jego wynagrodzenia. Na marginesie można jedynie zaznaczyć, że Odwołujący, na moment kalkulowania ceny ofertowej oraz składania wyjaśnień nie był zobowiązany do zawierania umów o pracę z określonymi osobami. W związku z tym, nie można uznać, że na Odwołującym ciążył obowiązek przedłożenia takich dowodów. Mając na uwadze powyższe, szczegółowa kalkulacja kosztów pracowniczych (obejmująca zakładaną ilość roboczogodzin oraz stawkę godzinową) może być uznana za wystarczający dowód (Odwołujący przywołał w tym zakresie orzecznictwo). W ocenie Odwołującego, Zamawiający dokonał zatem oceny tego elementu wyjaśnień w sposób wadliwy – ponieważ zupełnie pominął fakt, iż Odwołujący przedstawił kalkulację kosztów pracowniczych, natomiast w zakresie oceny dowodów, wykroczył poza oczekiwania wyartykułowane w wezwaniu.

Odnośnie braku wyjaśnienia, w jaki sposób oszacował wielkość nakładu pracy na realizację zamówienia w zakresie kosztów pracowniczych – Zamawiający zarzuca Odwołującemu, iż nie przedstawił sposobu szacowania wielkości nakładu pracy na realizację zamówienia (zakładanych roboczogodzin). Zarzut ten jest dla Odwołującego niezrozumiały. Wbrew twierdzeniom Zamawiającego, w odpowiedzi na wezwanie, Odwołujący zaprezentował szczegółową kalkulację kosztów pracowniczych osobno dla poszczególnych zadań (Części I oraz Część II), podając w tym względzie konkretne ilości zakładanych roboczogodzin. Odwołujący wyraźnie deklarował, iż szacowanie nakładu pracy w tym zakresie odbywało się w oparciu o dane wynikające z kosztorysu inwestorskiego, a zatem dokumentu opracowanego przez

samego Zamawiającego. Ponadto Odwołujący zwrócił uwagę, iż w odniesieniu do niektórych zadań dokonywał korekty ilości zakładanych roboczogodzin, jednak w każdym takim przypadku podawał uzasadnienie, podając przyczyny (np. korzystanie z podwykonawcy, którego oferta „konsumowała" roboczogodziny przeznaczone na określone prace, bądź inny, oszczędny sposób wykonania prac – mechaniczny, zamiast ręczny). Na potwierdzenie powyższych okoliczności przedkładał również oferty podwykonawców w zakresie prac wyłączonych z kalkulacji roboczogodzin. Nie

ulega więc wątpliwości, że przedstawiona przez Odwołującego metoda obliczenia kosztów pracowniczych, zawierała wymagany przez Zamawiającego element, tj. szacowany nakład pracy w zakresie roboczogodzin. Co więcej, wyjaśnienia Odwołującego potwierdzały iż element ten został opracowany rzetelnie - w oparciu o kosztorys inwestorski (a zatem nakład prac ustalony przez samego Zamawiającego), z drobnymi, uzasadnionymi korektami. W związku z tym, zupełnie niezrozumiałe jest podejście Zamawiającego, który twierdzi, iż wyjaśnienia tego elementu cenotwórczego nie obejmują. Zdaniem Odwołującego, powyższe potwierdza, iż Zamawiający dokonywał oceny wyjaśnień w sposób fragmentaryczny, bez zrozumienia jego treści. Jeżeli natomiast w ocenie Zamawiającego wyjaśnienia te nie są wystarczające, powinien precyzyjnie wskazać, na czym, jego zdaniem, polega nierzetelność zaprezentowanych wyliczeń.

Podsumowując, w ocenie Odwołującego, czynność Zamawiającego polegająca na odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 224 ust. 6 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp była wadliwa. Zamawiający dokonał oceny złożonych wyjaśnień w sposób wybiórczy, dopatrując się braków w stanowisku Odwołującego, pomijając jednak, że wszystkie zgłoszone przez Zamawiającego wątpliwości zostały wyjaśnione w szczegółowej kalkulacji ceny ofertowej. Zamawiający przy tym, zaniechał wnikliwej i merytorycznej analizy zaprezentowanej kalkulacji. Zdaniem Odwołującego, wyjaśnienia złożone w odpowiedzi na wezwanie z dn. 18.01.2023 r. były wyczerpujące, szczegółowe, racjonalne, udowodnione stosownymi dokumentami, a nadto potwierdzały rzetelność skalkulowania ceny ofertowej. W związku z powyższym, zasadne jest unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz odrzucenia oferty Odwołującego oraz nakazanie Zamawiającemu ponownego zbadania i oceny wyjaśnień złożonych przez Odwołującego. Zdaniem Odwołującego, to jego oferta powinna zostać uznana za najkorzystniejszą w zakresie części I i II zamówienia.

Gdyby jednak w ocenie Izby, wyjaśnienia Odwołującego potrzebowały dodatkowego doprecyzowania lub uzupełnienia, zasadnym by było ewentualne nakazanie Zamawiającemu wystosowanie jeszcze jednego wezwania do wyjaśnień w zakresie nierozstrzygniętych wątpliwości. Zdaniem Odwołującego, powyższemu nie stoi na przeszkodzie fakt, iż był on wzywany do wyjaśnień dwukrotnie przez Zamawiającego. Odwołujący zwrócił uwagę, że pierwsze wezwanie Zamawiającego było niezwykle lakoniczne, nie miało sprecyzowanej nawet podstawy prawnej, jak również nie zostały w jego treści wyartykułowane żadne szczególne wymagania dla oczekiwanych wyjaśnień. Z kolei drugie wezwanie, jak wynika z treści odwołania, również nie jest pozbawione wad. W konsekwencji, zdaniem Odwołującego, gdyby występowały (zdaniem Izby) wciąż niewyjaśnione kwestie w przedmiocie wyceny oferty, zasadnym jest umożliwienie Odwołującemu wyczerpujące

odniesienie się do nich. Wykonawca nie powinien bowiem ponosić negatywnych

konsekwencji niewłaściwego formułowania wezwań przez zamawiającego.

Zamawiający w dniu 23 lutego 2023 r. złożył odpowiedź na odwołanie, w której wskazał, iż Odwołujący nie zaskarżył wezwania go do wyjaśnień, które miało miejsce w dniu 18 stycznia 2023 r., wobec czego kwestionowanie treści tego wezwania na obecnym etapie jest spóźnione, a odwołanie w tym zakresie powinno być odrzucone. W pozostałym zakresie Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania jako bezzasadnego.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, uwzględniając akta sprawy odwoławczej, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia zgłoszonego do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przez wykonawcę P. D. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą DOM-BRUK D. P. w Januszkowie.

Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w całości na podstawie art. 528 ustawy Pzp.

Odnosząc się do wniosku Zamawiającego o odrzucenie odwołania w części, Izba wskazuje, iż zgodziła się z Zamawiającym, że za spóźnioną należy uznać argumentację Odwołującego dotyczącą kwestionowania treści wezwania do wyjaśnień wystosowanego do Odwołującego w dniu 18 stycznia 2023 r. (o czym w dalszej części uzasadnienia), niemniej powyższe nie skutkowało częściowym odrzuceniem odwołania, jako że twierdzenia te nie stanowiły samodzielnego zarzutu, lecz były jedynie argumentacją pomocniczą, uzupełniającą podstawy faktyczne zarzutu nr 1, którego zasadniczym elementem było zakwestionowanie dokonanej przez Zamawiającego oceny wyjaśnień udzielonych przez Odwołującego.

Następnie Izba uznała, iż Odwołujący, jako podmiot ubiegający się o udzielenie przedmiotowego zamówienia, który złożył ofertę w postępowaniu i który wnosząc odwołanie dąży do unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienia czynności odrzucenia jego oferty i powtórzenia czynności badania i oceny ofert, wykazał, iż posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba dokonała ustaleń faktycznych w oparciu o dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego, w szczególności SWZ wraz z załącznikami, oferty wykonawców, korespondencję prowadzoną przez

Zamawiającego z 11

Odwołującym w zakresie wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny (wezwania oraz udzielone na nie odpowiedzi), zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 7 lutego 2023 r. oraz o odrzuceniu oferty Odwołującego. Izba włączyła do materiału dowodowego akta sprawy odwoławczej o sygn. KIO 3474/22. Izba dopuściła i przeprowadziła również dowody z dokumentów złożonych przez Zamawiającego na rozprawie, tj. wydruków ze strony internetowej Związku Zawodowego „Budowlani" zawierających wyliczenie minimalnej kalkulacyjnej stawki wynagrodzenia w budownictwie da robót budowlano – montażowych w Polsce w pierwszej i drugiej połowie 2023 r. na okoliczności wskazane przez Zamawiającego, tj. na okoliczność wysokości minimalnej kalkulacyjnej stawki godzinowej w pierwszej i drugiej połowie 2023 r. Przedstawione przez Przystępującego na rozprawie wyliczenia dotyczące pozycji kosztorysowych wskazanych w pkt I.4 wezwania do wyjaśnień, nie miały znaczenia dla rozstrzygnięcia, ponieważ powodem odrzucenia oferty Odwołującego w omawianym zakresie było to, że Odwołujący w ogóle nie wyjaśnił stwierdzonych rozbieżności i to ta okoliczność podlegała weryfikacji w postępowaniu odwoławczym.

Izba ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest:

a) przebudowa dróg gminnych 130545C ul. Jeziorna, 130550C ul. Leśna oraz 130552 ul. Ogrodowa w miejscowości Rogowo (część I zamówienia),

b) przebudowa drogi gminnej nr 130560C ul. Spokojna w Rogowie (część I zamówienia), c) modernizacja drogi gminnej 130530C Wiewiórczyn – Kaczkowo od km 0+000 do km

2+220 oraz drogi wewnętrznej na dz. 7/4 obręb Wiewiórczyn, dł. 0,3 km (część II zamówienia),

d) przebudowa wewnętrznej drogi gminnej dz. 41 obręb Budzisław dł. 0,825 km (część II zamówienia),

e) przebudowa drogi gminnej nr 130567C Mięcierzyn od km 0+000 do km 0+737" (część II zamówienia).

Zamawiający w pkt II.5 SWZ wskazał, iż wymaga zatrudnienia na podstawie stosunku pracy przez wykonawcę osób wykonujących wskazane poniżej bezpośrednie czynności przy wykonywaniu zamówienia, w szczególności: roboty: przygotowawcze, rozbiórkowe, ziemne i w zakresie odwodnienia; wykonaniu podbudowy, nawierzchni asfaltowej, nawierzchni pobocza; roboty wykończeniowe oraz w zakresie oznakowania drogowego poziomego i pionowego; kadra techniczna za wyjątkiem osób sprawujących samodzielne funkcje techniczne, tj. kierownika budowy, będą zatrudnieni na umowę o pracę w rozumieniu Kodeksu pracy. Zgodnie z pkt XIII.3.1 SWZ wykonawcy wraz z ofertą obowiązani byli złożyć kosztorys ofertowy. Wynagrodzenie, zgodnie z pkt XIV SWZ, miało charakter ryczałtowy.

Wartość szacunkowa zamówienia określona została na 4 718 370,14 zł netto (5 803 595,27 zł brutto). W postępowaniu na część I zamówienia wpłynęły 4 oferty, w tym oferta Odwołującego z ceną 2.234.781,56 zł, oferta Przystępującego z ceną 2.656.222,69 zł, oferta nr 1 z ceną 3.356.781,67 zł, oferta nr 4 z ceną 5.284.512,87 zł. W części II złożono 5 ofert, w tym oferta nr 1 z ceną 2.886.009,28 zł, oferta nr 2 z ceną 2.589.004,38 zł, oferta Przystępującego z ceną 2.318.700,69 zł, oferta nr 4 z ceną 4.545.360,75 zł oraz oferta Odwołującego z ceną 2.009.614,48 zł.

W dniu 5 grudnia 2022 roku Zamawiający zawiadomił wykonawców o wyborze jako najkorzystniejszej w części I i II zamówienia oferty Odwołującego. Pismem z dnia 12 grudnia 2022 roku Zamawiający poinformował o unieważnieniu czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i o przystąpieniu do powtórzenia czynności badania i oceny ofert. Pismami z dnia 12 grudnia 2022 roku Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny w części I i II zamówienia, wskazując, iż jest ona niższa o ponad 30% od średniej arytmetycznej złożonych ofert, a w odniesieniu do części II także od wartości szacunkowej zamówienia. Zamawiający poprosił o udzielenie wyjaśnień i złożonych dowodów, że cena została prawidłowo przeliczona i nie jest zaniżona.

Pismem z dnia 19 grudnia 2022 roku Odwołujący złożył wyjaśnienia dotyczące wyliczenia zaoferowanej ceny w części I i II zamówienia. W ich treści Odwołujący podjął polemikę z zasadnością wystosowania do niego wezwania. W zakresie zaoferowanej ceny (dla części I i II) wskazał iż cena za roboczogodzinę pracy jest realna i wynosi 26,50 pln brutto. a założona wielkość nakładu pracy odpowiada potrzebom zamawiającego Kalkulacja ceny oferty uwzględnia wynagrodzenie pracowników, kwotę ZUS i podatków, osób zatrudnionych na podstawie umów o pracę z uwzględnieniem kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie jest niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę. Ponadto wskazał, iż załącza oferty potwierdzające zastosowane ceny w ramach wyceny przedmiotu zamówienia.

Zamawiający w dniu 22 grudnia 2022 roku zawiadomił wykonawców o ponownym wyborze oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej w części I i II.

Wyrokiem z dnia 11 stycznia 2023 r., sygn. akt KIO 3474/22, na skutek odwołania wniesionego przez obecnego Przystępującego, Izba nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i m.in. ponowne wezwanie Odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny na podstawie art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp w obu częściach zamówienia. W uzasadnieniu ww. wyroku Izba wskazała m.in., iż „treść wyjaśnień ceny złożonych przez przystępującego w dniu 19 grudnia 2022 r. nie wykazuje, by jego oferta nie zawierała rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu 13

zamówienia. Odpowiedzi udzielone przez przystępującego są lakoniczne, ogólnikowe i w przeważającej części sprowadzają się do kwestionowania samej zasadności wezwania do złożenia wyjaśnień. Tym samym w żaden sposób nie potwierdzają realności zaoferowanej przez ten podmiot ceny za wykonanie przedmiotu zamówienia. (…) Przystępujący, w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, jako jedyną konkretną wartość podał cenę za roboczogodzinę pracy, wynoszącą 26,50 zł brutto. Ponadto załączył do wyjaśnień ofertę potwierdzającą cenę masy asfaltowej oraz ofertę potwierdzającą cenę betonu, kruszyw, kostki betonowej, krawężnika betonowego, opornika i obrzeża. Przystępujący nie wskazał okoliczności, które w jego ocenie wpływają na obniżenie ceny i nie wykazał, o ile umożliwiły mu one obniżenie ceny oferty. Przystępujący w żaden sposób nie wykazał wysokości zarobków pracowników zatrudnionych w swoim przedsiębiorstwie, jak również nie przedstawił w tym zakresie żadnych dowodów. Dowodami takimi mogą być np. zawarte umowy, dokumenty płacowe, a w sytuacji, gdy pracownicy dopiero mają być zatrudnieni – złożone oferty. Nie wiadomo zatem, czy przystępujący gwarantuje pracownikom wynagrodzenie nie niższe niż obowiązujące najniższe wynagrodzenie. Przystępujący nie wykazał również żadnych informacji dotyczących kosztów wykorzystania sprzętu przy realizacji przedmiotu zamówienia." Izba nakazała dokonanie ponownego wezwania ze względu na fakt, iż poprzednio wystosowane wezwania były zbyt ogólne, by wykonawca mógł powziąć wystarczającą wiedzę, jakie w szczególności obszary zamówienia interesują zamawiającego pod względem dokonanej wyceny.

Zamawiający pismem z dnia 18 stycznia 2023 r. wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny w zakresie części I I II postępowania, gdyż wyjaśnienia złożone przez Wykonawcę w dniu 19 grudnia 2022 r. oraz załączone do nich dowody wymagają doprecyzowania, udzielenia kolejnych wyjaśnień. W szczególności, Zamawiający wezwał Wykonawcę do:

1. Przedstawienia kalkulacji ceny ofertowej prezentującej wysokość kosztów szacowanych przez Wykonawcę dla realizacji zamówienia, których suma będzie niższa niż cena oferty, obejmującej co najmniej następujące pozycje (dla każdej z części oddzielnie):

a. Koszty pracy (wraz z podaniem ilości roboczogodzin przewidzianych na realizację zamówienia);

b. Kosztów pracy sprzętu wraz z podaniem sposobu oszacowania tej wartości;

c. Kosztów materiałów przewidzianych do realizacji zamówienia.

2. Przedłożenia dowodów potwierdzających wartości kosztów przyjętych w kalkulacji oferty lub też ich rynkowy poziom. W przypadku, w którym Wykonawca powoływać się będzie na korzystne warunki handlowe, uzyskiwane rabaty lub inne okoliczności pozwalające na ponoszenie kosztów poniżej ich rynkowego poziomu (np. posiadany sprzęt etc.),

Wykonawca zobowiązany jest do wykazania ich występowania oraz wpływu na obniżenie ceny realizacji zamówienia w przedkładanych wyjaśnieniach j dowodach.

3. Udzielenia odpowiedzi na następujące pytania i wyjaśnienia:

a. Czy Wykonawca przewidział osiągnięcie zysku z realizacji zamówienia i na jakim poziomie?

b. Czy Wykonawca uwzględnił w cenie oferty rezerwy na nieprzewidziane wydatki związane z realizacją zamówienia, a jeśli tak, to w której pozycji kalkulacji kosztów zostały one ujęte?

c. Czy Wykonawca uwzględnił w cenie oferty koszty pośrednie związane z realizacją umowy (takie jak np. koszty ubezpieczenia, zabezpieczenia należytego wykonania umowy), a jeśli tak, to w której pozycji kalkulacji kosztów zostały one ujęte?

d. W jaki sposób Wykonawca dokonał szacowania wielkości nakładu pracy na realizację zamówienia?

e. W jaki sposób zaoferowana cena za roboczogodzinę: 26,50 PLN brutto umożliwia pokrycie kosztów wynagrodzenia pracowników zatrudnionych na podstawie umowy o pracę wraz z pozostałymi obciążeniami pracodawcy (wskazane w wyjaśnieniach Wykonawcy z dnia 19.12.2022 r. składki na ZUS, podatki itp.) – Zamawiający poprosił o przedstawienie kalkulacji (sposobu wyliczenia) ceny za roboczogodzinę i/lub dowodów potwierdzających jej realność.

4. Wyjaśnienia rozbieżności pomiędzy cenami jednostkowymi materiałów wynikającymi z dowodów załączonych do wyjaśnień z dnia 19.12.2022 r. a cenami wskazanymi w kosztorysach ofertowych składanych wraz z formularzem ofertowym dla następujących pozycji kosztorysów:

a. Kosztorys ofertowy ul. Leśna (roboty budowlane - jezdnia — BA) poz. 2.2.12 warstwa mrozoodporna;

b. Kosztorys ofertowy ul. Ogrodowa (roboty budowlane -jezdnia — kostka brukowa) poz. 2.2.1.3 podbudowy betonowe z betonu;

c. Kosztorys ofertowy ul. Ogrodowa (roboty budowlane — obrzeża betonowe) poz. 2.2.5.2.2 ławy betonowe ; d. Kosztorys ofertowy Przebudowa drogi gminnej nr 130567C Mięcierzyn od km 0+000 do km 0+737: poz. 12

d. Nawierzchnie z mieszanek mineralno-bitumicznych asfaltowych o grubości po zagęszczeniu 3 cm (warstwa ścieralna);

e. Kosztorys Modernizacja drogi gminnej 130530C Wiewiórczyn - Kaczkowo od km 0+000 do km 1+900 oraz drogi wewnętrznej na dz. 7/4 obręb Wiewiórczyn, dł. 0,3km: poz. 14 d.5 Mechaniczne oczyszczenie i skropienie emulsją asfaltową K-60 nawierzchni bitumicznej; zużycie emulsji 0,5 kg/m2.

W przypadku braku występowania rozbieżności dotyczących ww. pozycji, prosimy

o wyjaśnienie, w jaki sposób załączone do wyjaśnień z dnia 19.12.2022 r. dowody potwierdzają realność i rzetelność cen jednostkowych wskazanych w kosztorysach załączonych do oferty dla ww. pozycji.

5. Szczegółowego odniesienia się wraz z dowodami potwierdzającymi przyjęte założenia (zarówno w zadaniu I jak i It) do przedstawionych przez DOM-Bruk D. P. wyliczeń podczas rozprawy przed KIO (w załączeniu ww. dokument). Odniesienie się powinno zawierać informacje i dane pozwalające Zamawiającemu ocenić na ile założenia przyjęte przez Wykonawcę uzasadniają cenę przez niego zaoferowaną.

Jednocześnie, Zamawiający podkreślił, że zgodnie z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na Wykonawcy. Złożone wyjaśnienia powinny ujmować w szczególności kwestie wskazane w wezwaniu do udzielenia wyjaśnień oraz jakiekolwiek inne okoliczności lub argumenty, które w ocenie Wykonawcy są istotne dla wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, a także być poparte odpowiednimi dowodami. Wyjaśnienia nie mogą ograniczać się do ogólnych twierdzeń i deklaracji, ale powinny odnosić się do konkretnych kosztów realizacji zamówienia zgodnie z warunkami zamówienia ustalonymi w postępowaniu.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie Odwołujący w piśmie z dnia 25 stycznia 2023 r. złożył wyjaśnienia dotyczące obu części zamówienia. Na wstępie pisma wskazał, iż wyjaśnienia mają charakter udowodniania całej wartości kontraktu. Wskazał, iż wyliczenia i wyjaśnienia odnoszą się do kosztorysu inwestorskiego, sporządzone metodą szczegółową-tak, by rozwiać wątpliwości Zamawiającego. Wyjaśnił, iż nie sposób odnieść się do pojedynczych wyrywkowych pytań zadanych przez Zamawiającego. Następnie Odwołujący wskazał kalkulację ceny ofertowej dla części I zamówienia. Poinformował, iż kosztorys inwestorski nie jest kosztorysem wykonanym metodą szczegółową, co uniemożliwia określenie dokładnych ilości materiałów potrzebnych do wykonania zadania. Wskazał, iż aby przedstawić ilość materiałów wykonał zestawienie własną metodą obliczenia ilości potrzebnych materiałów oraz wykonał dodatkowo zestawienie materiałów metodą szczegółową, a także wskazał, że przedstawia zestawienie ilości materiałów z podaniem cen, z dowodami zakupu. W wyjaśnieniach przedstawiono wyliczenia kosztów maszynogodzin, kosztów roboczogodziny. Ponadto Odwołujący wskazał, iż wykonawca przystępując do wyceny, wyliczając cenę oraz wpisując ceny jednostkowe w kosztorys nie podszedł do tego z zachowaniem reżimu cenowego dla każdej pozycji, tak aby ona była bez znamion zastosowania rażąco niskiej ceny, ponieważ jasno Zamawiający określił do czego będzie służył kosztorys z podanymi cenami jednostkowymi. Wykonawca sporządził wycenę całego kontraktu z zachowaniem zapisów SWZ (Odwołujący przytoczył wybrane postanowienia SWZ). Następnie w odpowiedzi na pytanie Zamawiającego zgodnie z

punktem 2e wskazał na wyliczenie minimalnej kalkulacyjnej stawki wynagrodzenia w budownictwie dla robót budowlano-montażowych oraz usług w zakresie gospodarowania nieruchomościami w Polsce w 2022 roku. Wykonawca wskazał, iż przedstawia minimalną kalkulację stawki godzinowej i przyjmuje stawkę 26,50 zł, czyli wyższą niżeli obowiązuje w Polsce, powołał się na załącznik nr 305 do wyjaśnień. W odpowiedzi na pkt 5 wezwania Odwołujący wskazał, iż nie będzie się odnosił do wyliczeń Przystępującego, ponieważ wyliczenia te są bezzasadne, nie poparte jakąkolwiek prawdą oraz brak jest możliwości oszacowania, czy wyliczenia Przystępującego są prawidłowe. Odwołujący wskazał, iż odnosi się tylko i wyłącznie do wyliczeń w kosztorysach inwestorskich Zamawiającego, to jest podstawa do prawidłowego porównania pozycji cen w danych pozycjach. Odwołujący wskazał, iż wyliczył cenę ryczałtową która potwierdza realność wykonania zamówienia za proponowaną kwotę i podtrzymuje brak podstaw rażąco niskiej ceny. Podkreślił, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, złożone wyjaśnienia są szczegółowe poparte licznymi dowodami oraz najważniejsze iż wszystkie pozycje są spójne z kosztorysem inwestorskim sporządzonym metodą szczegółową. Wszystkie koszty realizacji zamówienia zgodnie z warunkami zamówienia, są zgodne z prawdą. Następnie przedstawiono zestawienia ilości materiałów dla wybranych pozycji kosztorysowych. Dalej w analogiczny sposób przedstawiono wyliczenia kosztów roboczogodziny i maszynogodzin dla części II zamówienia. Podano poziom zysku, rezerwy finansowej oraz kosztów pośrednich. W podsumowaniu Odwołujący wskazał m.in., iż wyjaśnienia zostały złożone bardzo szczegółowo, odnosząc się do każdej pozycji kosztorysowej wykonawcy oraz kosztorysu inwestorskiego zamawiającego. Podkreślił, iż brak jest podstaw do uznania iż kwota jest kwotą rażąco niską. Wskazał, iż kosztorys wykonawcy różni się cenami materiałów z uwagi na duże ilości, jakie wbudowuje wykonawca, w ciągu roku otrzymuje duże upusty na zakup materiałów. Ilości roboczogodzin oraz maszynogodzin nie różnią się niczym, wartości, które przyjmuje wykonawca różnią się tylko małym procentem między kosztorysem inwestorskim.

Zamawiający w dniu 7 lutego 2023 r. zawiadomił wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej, za którą w części I i II zamówienia uznał ofertę Przystępującego. Jednocześnie Zamawiający poinformował o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 224 ust. 6 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp.

Uzasadniając odrzucenie oferty Odwołującego, Zamawiający wskazał, iż pismem z dnia 18.01.2023 r. Odwołujący został wezwany do złożenia wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny w zakresie części I oraz II postępowania, gdyż wyjaśnienia złożone przez Wykonawcę w dniu 19.12.2022 r. oraz załączone do nich dowody wymagają doprecyzowania, udzielenia kolejnych wyjaśnień. Wezwanie zostało skierowane w wykonaniu wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11.01.2023 r. sygn. akt KIO 3474/22. Wezwanie realizowało wytyczne

zawarte w uzasadnieniu tego wyroku. W treści wezwania Zamawiający przedstawił konkretne okoliczności, które

wymagają wyjaśnienia i poparcia dowodami w celu potwierdzenia, że cena wykonawcy w każdej z części zamówienia nie jest rażąco niska. Sporządzając treść wezwania Zamawiający oczekiwał dokładnego odniesienia się do wszystkich podniesionych kwestii. Jedynie kompletne i wyczerpujące wyjaśnienia wykonawcy, poparte dowodami, pozwalałyby na uznanie kalkulacji ceny za uwzględniającą wszystkie uwarunkowania cenotwórcze i posiadającą rynkowy charakter. Tymczasem wyjaśnienia przedstawione w piśmie z dnia 25.01.2023 r. nie zawierają odniesienia do wszystkich podniesionych wyraźnie w wezwaniu kwestii, a ponadto opierają się częściowo na błędnych założeniach. Zamawiający wskazał na następujące aspekty:

1. W punkcie 1.4 Wykonawca został wezwany do wyjaśnienia rozbieżności pomiędzy cenami wynikającymi z dowodów załączonych do wyjaśnień z dnia 19.12.2022 r. a cenami wskazanymi w kosztorysach ofertowych. W wezwaniu wskazano 5 przypadków rozbieżności, które wymagały wyjaśnienia. W piśmie z dnia 25.01.2023 r. wykonawca nie odniósł się do tych konkretnych przypadków i nie wyjaśnił powodów rozbieżności. Tymczasem w odwołaniu wykonawcy DOM-BRUK D. P. wskazane zostały istotne rozbieżności w powyższej kwestii wskazujące nawet na kalkulację wymienionych pozycji kosztorysowych poniżej ceny zakupu materiałów od dostawców. Wykonawca K. Budownictwo Sp. z o.o. nie odniósł się w żaden sposób do tych konkretnych przypadków ograniczając się do przedstawienia ogólnej kalkulacji ceny całkowitej oferty.

2. W punkcie 1.5 Wykonawca został wezwany do szczegółowego odniesienia się wraz z dowodami do przedstawionych przez DOM-BRUK D. P. wyliczeń podczas rozprawy przed KIO. W odpowiedzi wykonawca K. Budownictwo Sp. z o.o. wskazał na str. 12 wyjaśnień, że nie będzie odnosił się do wyliczeń firmy DOM-BRUK D. P. . Wskazując, że wyliczenia te są bezzasadne nie poparte jakąkolwiek prawdą oraz brak jest możliwości oszacowania czy wyliczenia firmy DOM-BRUK są prawidłowe. Wykonawca odmówił zatem wprost złożenia wymaganych wyjaśnień i przedstawienia uzasadnienia skalkulowania szeregu pozycji kosztorysowych na poziomie wywołującym wątpliwość co do uwzględnienia wszystkich czynników kosztotwórczych. Wykonawca nie przedstawił Zamawiającemu żądanych informacji i sam zrezygnował z uzasadnienia ceny oferty w tym zakresie, do czego został zobowiązany na podstawie art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp.

3. W punkcie 1.3.e Wykonawca został wezwany do wyjaśnienia w jaki sposób zaoferowana cena za roboczogodzinę: 26,50 PLN brutto umożliwia pokrycie kosztów wynagrodzenia pracowników zatrudnionych na podstawie umowy o pracę. W pierwszej kolejności należy zauważyć, że Wykonawca posługuje się stawką 26,50 zł brutto za godzinę zaczerpniętą z dokumentu „Wyliczenie minimalnej kalkulacyjnej stawki wynagrodzenia w budownictwie 18

dla robót budowlano-montażowych w Polsce w 2022 roku", stanowiącym załącznik nr 305 do wyjaśnień. Zamawiający zauważył, że stawka 26,50 zł brutto wynikająca z tego dokumentu oparta jest na minimalnym wynagrodzeniu za pracę określonym dla 2022 r. w wysokości 3010 zł. Realizacja zamówienia przewidziana została natomiast w SWZ do 31 lipca 2023 r., a więc realnie w całości w 2023 r. W tym roku minimalne wynagrodzenie zostało natomiast podniesione od 01.01.2023 do kwoty 3490 zł i zostanie ponownie podniesione od 01.07.2023 r. do kwoty 3600 zł. Wykonawca miał możliwość uwzględnienia podwyżek minimalnego wynagrodzenia, ponieważ Rozporządzenie Rady Ministrów w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2023 r. zostało uchwalone w dniu 13 września 2022 r. a więc przed datą wszczęcia niniejszego postępowania i powinno być znane wykonawcy. Kalkulacja roboczogodziny oparta została zatem na nieaktualnej w terminie realizacji zamówienia stawce. Stawka ta jest zbyt niska i nie uwzględnia minimalnych kosztów wynagrodzenia pracowników. Należy na marginesie zauważyć, że Związek Zawodowy „Budowlani" opublikował na stronie internetowej nowe minimalne kalkulacje stawki wynagrodzenia w budownictwie, które wynoszą 29,35 zł od 01.01.2023 oraz 30,28 zł od 01.07.2023 (

budownictwie-w2023-roku/). Są to zatem stawki wyższe od przyjętej przez wykonawcę stawki 26,50 zł. Wykonawca nie zapewnił zatem wynagrodzenia pracowników na poziomie przekraczającym poziom minimalny.

4. W odniesieniu do punktu 1.3.e Zamawiający dodał, że w wyroku KIO z dnia 11.01.2023 r. sygn. akt KIO 3474/22, KIO przedstawiła wytyczne co do kierunku wyjaśnienia przez wykonawcę kalkulacji ceny oferty w zakresie kosztów wynagrodzenia pracowników. KIO wskazała w uzasadnieniu, że K. Budownictwo Sp. z o.o. „nie wykazał na tamtym etapie wysokości zarobków pracowników zatrudnionych w swoim przedsiębiorstwie, jak również nie przedstawił w tym zakresie żadnych dowodów. Dowodami takimi mogą być np. zawarte umowy, dokumenty płacowe, a w sytuacji, gdy pracownicy dopiero mają być zatrudnieni - złożone oferty. Nie wiadomo zatem czy przystępujący gwarantuje pracownikom wynagrodzenie nie niższe niż obowiązujące najniższe wynagrodzenie", Wykonawca powinien złożyć Zamawiającemu wyjaśnienia uwzgledniające powyższe okoliczności i dowody, które w jednoznaczny sposób udowodniłyby poprawność kalkulacji oferty w zakresie kosztów pracowniczych. K. Budownictwo Sp. z o.o. w piśmie z dnia 25.01.2023 r. żadnych takich wyjaśnień ani dowodów nie przedstawił.

5. W punkcie 1.3.d Wykonawca został wezwany do wyjaśnienia w jaki sposób Wykonawca dokonał szacowania wielkości nakładu pracy na realizację zamówienia. Zamawiający oczekiwał zatem wyjaśnienia powodów ustalenia liczby roboczogodzin na przyjętym poziomie. Wykonawca powinien wyjaśnić sposób kalkulacji ilości czasu pracy 19

pracowników niezbędnego do należytego wykonania zamówienia. Informacje o metodologii ustalenia ilości roboczogodzin na takim a nie innym poziomie powinny zostać przedstawione w wyjaśnieniach z dnia 25.01.2023 r. W piśmie tym nie ma natomiast żadnych wyjaśnień w tej kwestii.

Zamawiający podsumowując przywołał treść art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp oraz art. 224 ust. 6 ustawy Pzp, wskazując, iż Odwołujący nie odniósł się w wyjaśnieniach do wszystkich kwestii podniesionych w wezwaniu Zamawiającego. W

konsekwencji nie przedstawił wszystkich wymaganych wyjaśnień ani dowodów. Z tych przyczyn wyjaśnienia z dnia 25.01.2023 r. wraz z dowodami nie uzasadniają ceny wykonawcy ani w części nr 1 ani w części nr 2 postępowania. Ponadto. wyjaśnienia oparte są częściowo na błędnych danych, a co za tym idzie potwierdzają, iż cena zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Oferta tego wykonawcy podlega zatem odrzuceniu z obydwu części postępowania.

Izba zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Za bezzasadny Izba uznała zarzut naruszenia art. 224 ust. 1, art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 oraz art. 16 i 17 ustawy Pzp poprzez niewłaściwe sformułowanie wezwania do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, a ponadto niewłaściwą ocenę wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny złożonych przez Odwołującego, pomimo, iż udzielił wyjaśnień zgodnie z treścią wezwania Zamawiającego oraz potwierdził, że cena nie została rażąco zaniżona, a która to nieprawidłowa ocena doprowadziła do odrzucenia jego oferty oraz naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Zgodnie z art. 16 ustawy Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, 2) przejrzysty, 3) proporcjonalny. W myśl art. 17 ust. 2 ustawy Pzp zamówienia udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.

Zgodnie z art. 224 ust. 1 ustawy Pzp jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych. Zgodnie z art. 224 ust. 5 ustawy Pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu

spoczywa na wykonawcy. Art. 224 ust. 6 ustawy Pzp stanowi, iż 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 w myśl art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Izba stwierdziła, iż decyzja Zamawiającego o odrzuceniu oferty Odwołującego nie naruszała art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp ani art.16 i 17 ustawy Pzp.

W pierwszej kolejności Izba wskazuje, iż twierdzenia Odwołującego o niewłaściwym sformułowaniu wezwania do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny należy uznać za spóźnione. Odwołanie przysługuje na każdą niezgodną z przepisami ustawy Pzp czynność zamawiającego podjętą w postepowaniu o udzielenie zamówienia (por. art. 513 pkt 1 ustawy Pzp) i co do zasady - w postępowaniach o wartości mniejszej niż progi unijne - może zostać wniesione w terminie 5 dni od dnia przekazania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia (por. art. 515 pkt 2 lit. a ustawy Pzp). Jeśli zdaniem Odwołującego sposób sformułowania wezwania (jego zakres lub treść) naruszał przepisy ustawy Pzp, to mógł on skorzystać z przysługujących mu środków ochrony prawnej gdy otrzymał wezwanie. Nie uzasadnia dopuszczenia możliwości zakwestionowania treści wezwania do wyjaśnień na obecnym etapie postępowania stanowisko Odwołującego, iż samo skierowanie wezwania nie doprowadziło do powstania po stronie Odwołującego szkody. Izba wskazuje, iż dla uznania, że spełnione zostały materialnoprawne przesłanki do skorzystania ze środków ochrony prawnej wskazane w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp wystarczająca jest sama potencjalna możliwość poniesienia szkody, a nie faktyczne jej wystąpienie. Odwołujący miał zatem możliwość podniesienia zarzutu dotyczącego nieprawidłowej treści wezwania do wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny na wcześniejszym etapie postępowania. Mając to na uwadze Izba pominęła twierdzenia Odwołującego kwestionujące prawidłowość sformułowania przez Zamawiającego ww. wezwania, w tym twierdzenia, iż Zamawiający nie powinien był oczekiwać od Odwołującego odniesienia się do wyliczeń przedstawionych przez Przystępującego w toku postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 3474/22.

Następnie Izba wskazuje, iż nie podzieliła stanowiska Odwołującego, jakoby Zamawiający niewłaściwie ocenił wyjaśnienia złożone przez Odwołującego. W ocenie Izby Zamawiający prawidłowo uznał, iż wyjasnienia złożone przez Odwołującego nie były dostatecznie konkretne i wyczerpujące, a w szczególności nie odpowiadały na wskazane w treści wezwania zagadnienia, nie rozwiewały wątpliwości Zamawiającego i jako takie nie uzasadniały zaoferowanej ceny.

Podkreślić należy, że oceny wyjaśnień składanych przez wykonawców w zakresie wyliczenia ceny oferty dokonuje się przy uwzględnieniu treści wezwania, jakie zostało do wykonawców skierowane. To przede wszystkim adekwatność wyjaśnień do treści wezwania, ich rzetelność, kompletność, wiarygodność oaz złożone dowody, determinują końcową ocenę. Fakt wystosowania do wykonawcy wezwania do wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny rodzi po stronie wykonawcy obowiązek, aby w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego udzielić wyjaśnień w sposób szczegółowy i spójny, a przede wszystkim odpowiedzieć na wszystkie zadane wykonawcy pytania. Jeżeli wykonawca nie kwestionował w drodze środków ochrony prawnej treści skierowanego do niego wezwania, to jego zadaniem nie jest prowadzenie z Zamawiającym polemiki co do słuszności skierowania wezwania czy sformułowania określonych pytań, lecz udzielenie rzetelnych odpowiedzi na wskazane w wezwaniu zagadnienia. Tymczasem Odwołujący, zamiast przedstawić konkretne informacje skupił się na polemice z Zamawiającym. Było to widoczne już przy pierwszych udzielonych przez niego

wyjaśnieniach, które zawierały obszerną argumentację mającą podważyć zasadność skierowania wezwania, niemniej w zakresie dotyczącym stricte ceny oferty były nad wyraz lakoniczne i przestawiały jedynie szczątkowe informacje. Wyłącznie z uwagi na dość ogólną treść wezwania, Izba wyrokiem wydanym w sprawie o sygn. akt KIO 3474/22 dopuściła możliwość ponownego wezwania Odwołującego do wyjaśnień. Odwołujący z tej szansy jednak nie skorzystał i co prawda przedstawił kalkulację ceny oferty w części I i II zamówienia, ale nie odpowiedział w sposób rzetelny na pytania, jakie zadał mu Zamawiający.

W ocenie Izby nie zasługuje na aprobatę takie podejście wykonawcy, który poproszony o udzielenie konkretnych informacji, w ogóle ich nie przedstawia bądź wprost odmawia ich przedstawienia. Już na samym wstępie wyjaśnień Odwołujący wskazał, że nie jest możliwe odniesienie się do pojedynczych, wyrywkowych pytań zadanych przez Zamawiającego. Stanowisko takie nie zostało wytłumaczone, a biorąc pod uwagę fakt, iż wykonawca jest podmiotem profesjonalnym zobowiązanym do działania z należytą starannością, jest wręcz niezrozumiałe, zwłaszcza przy uwzględnieniu okoliczności, iż Zamawiający w treści wezwania wskazał jedynie na kilka zagadnień budzących jego wątpliwości, a o wątpliwościach tych Odwołujący powziął wiedzę już wcześniej, jako uczestnik postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 3474/22.

Dalej należy wskazać, iż w pkt I.4 wezwania Odwołujący został wezwany do wyjaśnienia konkretnych rozbieżności stwierdzonych pomiędzy cenami jednostkowymi materiałów wynikającymi z dowodów załączonych przez Odwołującego do pierwszych wyjaśnień, a cenami wskazanymi w kosztorysach ofertowych złożonych wraz z formularzem ofertowym. Odwołujący składając wyjaśnienia pytanie to całkowicie zignorował i nie udzielił

na nie żadnej odpowiedzi. Wątpliwości, jakie powstały u Zamawiającego w powyższym zakresie, wynikały wprost z niespójności pomiędzy dokumentami złożonymi przez samego Odwołującego. Zamawiający wskazał konkretne pięć pozycji kosztorysów ofertowych, w których podane ceny nie zgadzały się z cenami jednostkowymi materiałów zawartymi w ofertach, jakie Odwołujący załączył do pierwszych wyjaśnień. Odwołujący nie odniósł się w ogóle do stwierdzonych rozbieżności, podczas gdy powyższe nie powinno powodować po jego stronie trudności. W treści odwołania zarzucono Zamawiającemu formalistyczne podejście do oceny wyjaśnień, podczas gdy to sam Odwołujący nie dochował podstawowych, formalnych wymagań, tj. nie przedstawił wyjaśnień w takim zakresie, jakiego żądał Zamawiający, lecz uczynił to w sposób wybiórczy. W ocenie Izby z treści złożonych wyjaśnień nie sposób wyartykułować informacji, które wyjaśniałyby stwierdzone rozbieżności co do cen materiałów. Odwołujący jedynie lakonicznie na końcu wyjaśnień stwierdził, iż „kosztorys wykonawcy różni się cenami materiałów z uwagi na duże ilości jakie wbudowuje wykonawca w ciągu roku otrzymujemy duże upusty na zakup materiałów". Powyższe stwierdzenie ma charakter hasłowy, nie referuje do konkretnych wskazanych przez Zamawiającego elementów, które należało wyjaśnić.

Dodać należy, iż sam Odwołujący w postępowaniu odwoławczym nie wskazał konkretnych fragmentów, które eliminowałyby wątpliwości Zamawiającego. Odwołujący jedynie w sposób ogólny powołał się na przedstawione kalkulacje kosztów materiałów oraz dowody załączone do drugich wyjaśnień, niemniej nie wskazał konkretnych informacji w zakresie tych pozycji kosztorysowych, co do których stwierdzono rozbieżności. Zauważyć zaś należy, iż nie jest rolą Zamawiającego (ani Izby) doszukiwanie się w dokumentach przedstawionych przez wykonawcę informacji, których sam wykonawca nie jest w stanie jednoznacznie zidentyfikować. Na rozprawie Odwołujący również konkretnych danych w tym zakresie nie wskazał, jak i nie odniósł się do twierdzeń Zamawiającego zawartych na str. 4-5 odpowiedzi na odwołanie, odnoszących się do rozbieżności stwierdzonych w zakresie poszczególnych pozycji kosztorysowych. Zamawiający ani w postępowaniu o udzielenie zamówienia, ani nawet w postępowaniu odwoławczym nie uzyskał konkretnej odpowiedzi na pytanie, dlaczego wskazane pozycje kosztorysowe zostały skalkulowane na poziomie niższym niż ceny zakupu materiałów wynikające z ofert załączonych do pierwszych wyjaśnień Odwołującego (i to bez uwzględnienia kosztów robocizny i pracy sprzętu). Ponadto w ocenie Izby nie jest zasadne powoływanie się przez Odwołującego na pomocniczy charakter kosztorysów załączonych do oferty – kosztorysy te stanowiły punkt wyjścia do skalkulowania ceny ofertowej, zatem Zamawiający miał prawo zweryfikować, dlaczego pomiędzy przyjętymi w tych kosztorysach cenami a innymi dokumentami złożonymi

przez Odwołującego w ramach pierwszych wyjaśnień rażąco niskiej ceny, zachodzą rozbieżności, wskazujące na przyjęcie w kalkulacji zbyt niskich kosztów.

Kolejnym przykładem niedochowania należytej staranności przez Odwołującego przy składaniu wyjaśnień była odmowa udzielenia odpowiedzi na pkt I.5 wezwania. Zamawiający oczekiwał odniesienia się do konkretnych wyliczeń przedstawionych w toku wcześniejszego postępowania odwoławczego (dokument ten został załączony do wezwania) oraz przedstawienia twierdzeń i dowodów, które odparłyby argumenty podważające prawidłową wycenę oferty Odwołującego. Odwołujący zamiast przedstawić merytoryczne stanowisko wskazujące na nieprawidłowość tych wyliczeń stwierdził, iż „nie będzie się odnosił do wyliczeń (…) Wyliczenia te są bezzasadne, nie poparte jakąkolwiek prawdą oraz brak jest możliwości oszacowania czy są prawidłowe." Tym samym Odwołujący wprost odmówił udzielenia wyjaśnień we wskazanym w wezwaniu zakresie. Jednocześnie nie był nawet w stanie wskazać, dlaczego uznaje przedmiotowe wyliczenia za bezzasadne. Był przy tym niespójny, z jednej strony wskazał bowiem na bezzasadność wyliczeń, a z drugiej strony wskazał, że nie można oszacować czy są one prawidłowe (i prawidłowości tej nie podważył). Zauważyć dodatkowo należy, że wyliczenia te były oparte o dane dotyczące cen materiałów przedstawione w pierwszych wyjaśnieniach przez samego Odwołującego, a na ich podstawie można było wywieść wniosek, że zarówno w części I, jak i II zamówienia, w odniesieniu do części pozycji ceny mogły zostać zaniżone. Odwołujący, który jest profesjonalistą w dziedzinie robót budowlanych, powinien być w stanie odnieść się do wyliczeń, które podważają prawidłowość dokonanej przez niego wyceny, a nie twierdzić, że nie można ich zweryfikować. Odwołujący odmawiając przedstawienia stanowiska sam pozbawił się możliwości obrony swojej oferty.

Izba ponadto stwierdziła, iż wyjasnienia przedstawione przez Odwołującego nie były kompleksowe i adekwatne do treści

wezwania, jakie skierowano do niego także w zakresie kosztów pracy. Należy zauważyć, iż w pierwszych wyjaśnieniach Odwołujący wskazał, że cena za roboczogodzinę pracy jest realna i wynosi 26,50 zł brutto, a kalkulacja ceny oferty uwzględnia wynagrodzenie pracowników, kwotę ZUS i podatków, osób zatrudnionych na podstawie umów o pracę z uwzględnieniem kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie jest niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę. Powyższe stwierdzenie stanowiło jedynie zapewnienie wykonawcy, niemniej nie poparte rzeczowym wyjaśnieniem ani dowodami. Następnie Zamawiający zwrócił się do Odwołującego w wezwaniu z konkretną prośbą o wskazanie, w jaki sposób zaoferowana cena za roboczogodzinę: 26,50 zł brutto umożliwia pokrycie kosztów wynagrodzenia pracowników zatrudnionych na podstawie umowy o pracę wraz z pozostałymi obciążeniami pracodawcy (wskazane w wyjaśnieniach wykonawcy z dnia 19.12.2022 r. składki na ZUS, podatki itp.) –

Zamawiający poprosił o przedstawienie kalkulacji (sposobu wyliczenia) ceny za roboczogodzinę i/lub dowodów potwierdzających jej realność. Odwołujący takiej kalkulacji nie przedstawił. Podobnie nie wskazał, że kwota ta umożliwia pokrycie kosztów wynagrodzenia pracowników zatrudnionych na podstawie umowy o pracę wraz z pozostałymi obciążeniami pracodawcy. W ocenie Izby Odwołujący w zasadzie w ogóle nie wyjaśnił, jak przedmiotową stawkę za jedną roboczogodzinę skalkulował. Wyjaśnienia Odwołującego sprowadzały się do lakonicznego wskazania, że przyjmuje stawkę 26,50 zł brutto oraz powołania się na załącznik nr 305, zawierający wyliczenie minimalnej kalkulacyjnej stawki wynagrodzenia w budownictwie dla robót budowlano - montażowych oraz usług w zakresie gospodarowania nieruchomościami w Polsce w 2022 roku.

W oparciu o tak udzielone wyjaśnienia nie sposób ocenić, czy skalkulowana stawka za roboczogodzinę – w świetle wymagań wynikających z SWZ - faktycznie powala na pokrycie rzeczywistych kosztów związanych z zatrudnieniem pracowników. Odwołujący nie przedstawiając rzeczowych wyjaśnień pozostawił przedmiotową kwestię w sferze domysłów, podczas gdy to jego obowiązkiem było udowodnić realność dokonanej wyceny. Ponadto jedynym dokumentem mającym uwiarygadniać poziom przyjętych kosztów było załączone wyliczenie minimalnej kalkulacyjnej stawki wynagrodzenia dokonane przez Związek Zawodowy „Budowlani", które jednak odnosiło się do przyjętej ustawowo wysokości minimalnego wynagrodzenia w roku 2022, podczas gdy realizacja zamówienia ma mieć miejsce w 2023 r. Jak dowiódł Zamawiający (a czego Odwołujący nie kwestionował) aktualna wysokość minimalnej kalkulacyjnej stawki wynagrodzenia w budownictwie została przez ww. Związek określona na 29,35 zł w pierwszej połowie roku 2023, a na 30,28 zł w drugiej połowie roku 2023 (z uwagi na założony przez ustawodawcę dwukrotny wzrost minimalnego wynagrodzenia za pracę w 2023 r., którego wykonawcy składając oferty mieli świadomość). Stawka ta jest zatem wyższa niż przewidziana przez Odwołującego. W konsekwencji dokument, jaki Odwołujący załączył do wyjaśnień, nie mógł zostać uznany za potwierdzający prawidłowość wyceny, nie odnosił się bowiem do realiów gospodarczych aktualnych dla realizacji przedmiotu zamówienia. Ponadto Izba uznała stanowisko Odwołującego za niekonsekwentne, wykonawca bowiem sam posłużył się w wyjaśnieniach wyliczeniami Związku Zawodowego „Budowlani" wskazując je jako podstawę do przyjęcia stawki za roboczogodzinę, po czym w postępowaniu odwoławczym zanegował wartość dowodową tych wyliczeń, wskazując na ich pomocniczy charakter. Jednocześnie Odwołujący nie przedstawił konkretnej kalkulacji, która wyjaśniałaby jak oszacował koszty pracy, w tym sposób wyliczenia deklarowanej ceny roboczogodziny, nie złożył też wiarygodnych dowodów, które by potwierdzały jej adekwatność do faktycznych kosztów zatrudnienia – czyli nie odpowiedział kompleksowo na pytanie nr 3e wezwania. Izba nie uwzględniła przy tym

argumentacji Odwołującego dotyczącej minimalnej stawki godzinowej wynikającej z właściwego rozporządzenia, nie koreluje ona bowiem ze stanowiskiem prezentowanym przez wykonawcę w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny ani z dowodem przez Odwołującego wówczas złożonym.

Słusznie także wskazał Zamawiający w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty Odwołującego, iż Odwołujący nie zastosował się do wytycznych wynikających z wyroku Izby z dnia 11 stycznia 2023 r. o sygn. akt KIO 3474/22 dotyczących kosztów pracowniczych. W uzasadnieniu ww. rozstrzygnięcia Izba wprost wskazała, iż „Przystępujący w żaden sposób nie wykazał wysokości zarobków pracowników zatrudnionych w swoim przedsiębiorstwie, jak również nie przedstawił w tym zakresie żadnych dowodów. Dowodami takimi mogą być np. zawarte umowy, dokumenty płacowe, a w sytuacji, gdy pracownicy dopiero mają być zatrudnieni – złożone oferty. Nie wiadomo zatem, czy przystępujący gwarantuje pracownikom wynagrodzenie nie niższe niż obowiązujące najniższe wynagrodzenie." Odwołujący, będący uczestnikiem ww. postępowania odwoławczego, był w stanie prawidłowo zidentyfikować obowiązek, jaki na nim ciążył w powyższym zakresie. Zamawiający w wezwaniu poprosił o przedstawienie konkretnej kalkulacji kosztów pracy oraz dowodów, czego Odwołujący nie uczynił. Nie stanowi takiej kalkulacji poprzestanie na wskazaniu wysokości stawki za roboczogodzinę i liczby przyjętych nadgodzin. Zamawiający wprost wskazał na konieczność wyjasnienia, w jaki sposób cena za roboczogodzinę umożliwia pokrycie wszystkich kosztów pracowniczych, Odwołujący jednak nie udzielił na to pytanie odpowiedzi. Odwołujący nie przedstawił żadnych wyliczeń w zakresie deklarowanej ceny roboczogodziny, a dowód złożony przez Odwołującego – jak wskazano powyżej – nie był dokumentem adekwatnym. Nie jest ponadto zasadne powoływanie się przez Odwołującego na fakt, że Zamawiający w wezwaniu nie wskazał konkretnych dowodów, jakie wykonawca powinien przedstawić – wykonawcy co do zasady mają dowolność w dobieraniu właściwych środków dowodowych, tak aby wykazać rzetelność zaoferowanej ceny, dlatego za prawidłowe uznać należy to, że Zamawiający nie ograniczał wykonawcy w tym zakresie. Przykładowy katalog dowodów wynikał zaś z ww. orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej.

Jedynie na marginesie zauważyć należy, iż sam fakt, że przyjęty poziom wynagrodzenia pracowników nie narusza przepisów powszechnie obowiązujących w zakresie minimalnego wynagrodzenia za pracę, nie jest równoznaczny z tym, że koszty pracy przyjęto na poziomie oddającym rzeczywiste nakłady, musiałoby to się bowiem wiązać każdorazowo z przyjęciem, że wszystkie osoby zatrudnione na umowę o pracę, mające realizować zamówienie, otrzymują wynagrodzenie minimalne, co w aktualnych realiach gospodarczych na rynku budowlanym oraz mając na uwadze okoliczność, iż pracownicy

skierowani do realizacji zamówienia zatrudnieni są/będą na różnych stanowiskach, wymagających różnych kwalifikacji, jest mało prawdopodobne.

Niemniej w świetle faktu, że Odwołujący ani nie wyjaśnił, w jaki sposób skalkulował wskazaną stawkę roboczogodziny, ani nie złożył dowodów, które wykazywałyby faktyczny poziom wynagrodzenia jego pracowników, przyjęty przez Odwołującego poziom kosztów pracy w ogóle nie poddaje się weryfikacji. Podobnie w oparciu o treść udzielonych przez Odwołującego wyjaśnień trudno zidentyfikować sposób oszacowania przez Odwołującego nakładów pracy związanych z realizacją poszczególnych części zamówienia. Zamawiający w pkt I.3d wezwania oczekiwał wyjasnienia, w jaki sposób wykonawca dokonał szacowania wielkości nakładu pracy na realizację zamówienia. Tymczasem Odwołujący poprzestał na wskazaniu przyjętej ilości roboczogodzin dla poszczególnych elementów zmówienia, powołując się w sposób hasłowy na kosztorys inwestorski oraz przemnożeniu tej ilości przez przyjętą stawkę roboczogodziny. W wyjaśnieniach brak jest konkretnych informacji o przyjętej przez wykonawcę metodyce szacowania kosztów pracy przez Odwołującego. Takie informacje nie wynikają też z załączonych do wyjaśnień tabel.

Reasumując, oceniając udzielone przez Odwołującego wyjasnienia przez pryzmat zagadnień wskazanych w wezwaniu, które budziły wątpliwości Zamawiającego, Izba stwierdziła, iż Zamawiający słusznie uznał, że wyjaśnienia te nie były dostatecznie rzetelne i wyczerpujące, a jako takie nie uzasadniały one rynkowego poziomu zaoferowanej ceny. Zamawiający zadał wykonawcy konkretne pytania i oczekiwał udzielenia konkretnych informacji i dowodów, których nie otrzymał. Wyjasnienia wykonawcy były chaotyczne, niepełne i nie rozwiewały wątpliwości w zakresie prawidłowej kalkulacji ceny oferty Odwołującego.

Podkreślić należy, iż 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. Wyjasnienia te muszę także odpowiadać na pytania, jakie postawiono w wezwaniu i rozwiewać wątpliwości Zamawiającego w tym wezwaniu wyartykułowane. 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. Zauważyć także należy, 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).W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, jak i w orzecznictwie sądów powszechnych, ugruntowany jest pogląd, iż sytuacja prawna wykonawcy, który złożył wyjaśnienia nieadekwatne do wezwania, nie poparte dowodami, nie pozwalające na ustalenie czy cena została skalkulowana prawidłowo, jest w zasadzie analogiczna do sytuacji wykonawcy, który zaniechał złożenia jakichkolwiek wyjaśnień. Z takim przypadkiem mamy do czynienia w przedmiotowej sprawie.

Nie potwierdził się również postawiony jako ewentualny zarzut naruszenia art. 224 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie ponownego wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień, jeżeli po złożeniu wyjaśnień pojawiły się u Zamawiającego wątpliwości co do realności zaoferowanej przez Odwołującego ceny ofertowej. W orzecznictwie Izby ugruntowane jest stanowisko, iż możliwość ponownego wezwania wykonawcy do wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny oferty jest warunkowana zaistnieniem określonych okoliczności. Decydującym kryterium w zakresie dopuszczalności kolejnego wezwania do wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny jest rzetelność w udzielaniu pierwszych (poprzednich) wyjaśnień. Ponowne wezwanie do wyjaśnień nie może prowadzić do przyznania wykonawcy dodatkowej szansy na uwiarygodnienie zaoferowanej ceny, jeżeli uprzednio udzielone wyjasnienia nie były kompletne i ceny tej nie potwierdzały. Skierowanie wezwania do dodatkowych wyjaśnień możliwe jest na przykład w sytuacji, gdy sam zamawiający nie poinformował wykonawcy, jakie konkretnie elementy oferty budzą jego wątpliwości co do wyceny, czy też gdy wykonawca złożył rzetelne wyjaśnienia, poparł je dowodami, lecz na gruncie tych wyjaśnień pojawiły się u zamawiającego dalsze pytania czy wątpliwości wymagające doprecyzowania. Żaden z tych przypadków nie zaistniał w przedmiotowej sprawie. Jak już wskazano powyżej, Zamawiający w drugim wezwaniu zwrócił się do Odwołującego o wyjaśnienie konkretnych kwestii, które wzbudziły u Zamawiającego wątpliwości, Odwołujący zaś nie udzielił na zadane mu pytania rzetelnych odpowiedzi, a co więcej do części zagadnień w ogóle się nie odniósł lub wręcz wprost odmówił udzielenia odpowiedzi. Ponadto należy wskazać, iż Odwołujący był już dwukrotnie wzywany przez Zamawiającego do złożenia wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny. Mimo, iż pierwsze z wezwań miało charakter relatywnie ogólny, co spowodowało, iż Izba w wyroku w sprawie o sygn. akt KIO 3474/22 uznała za zasadne wystosowanie do Odwołującego ponownego wezwania, to nie sposób traktować tego pierwszego wezwania jako niebyłe, jak podnosił Odwołujący. Odwołujący miał już dwukrotnie możliwość udzielenia jasnych i spójnych wyjaśnień, które uwiarygadniałyby zaoferowaną cenę, niemniej nie sprostał ciężarowi wykazania, że cena ta nie jest rażąco niska. W takiej sytuacji ponowne skierowanie do

Odwołującego wezwania do wyjaśnień w przedmiocie wyliczenia ceny byłoby nie do pogodzenia z zasadą równego traktowania wykonawców opisaną w art. 16 pkt 1 ustawy Pzp.

Biorąc pod uwagę wszystko powyższe Izba stwierdziła, że odwołanie podlega oddaleniu w całości i na podstawie art. 553 ustawy Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp oraz § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. b) Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od

odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: ……..……