

WYROK

Warszawa, dnia 17 grudnia 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Katarzyna Poprawa

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 grudnia 2024 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 listopada 2024 r. przez wykonawcę **Strabag Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pruszkowie** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Gminę Lublin**

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego **H.W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: USŁUGI INŻYNIERSKIE mgr inż. H.W. w Wąwolnicy**

orzeka:

1. uwzględnić odwołanie i nakazać zamawiającemu:

- 1.1. unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 1.2. unieważnienie czynności odrzucenia oferty złożonej przez Strabag Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pruszkowie,
- 1.3. dokonanie ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty złożonej przez Strabag Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pruszkowie

2. kosztami postępowania obciążyć zamawiającego Gminę Lublin i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego: kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego Strabag Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pruszkowie tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego,
- 2.2. zasądza od zamawiającego Gminy Lublin na rzecz odwołującego Strabag Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pruszkowie kwotę 23 600 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem kosztów postępowania odwoławczego poniesionych przez odwołującego z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga

za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca:.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Lublin prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego którego przedmiotem jest rewaloryzacja Parku Bronowickiego – przebudowa zabytkowego parku miejskiego, zlokalizowanego przy ul. Bronowickiej 1 w Lublinie, realizowana w ramach projektu pn.: „Rewaloryzacja Parku Bronowickiego w Lublinie” współfinansowanego ze środków Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego w ramach Programu Fundusze Europejskie dla Lubelskiego 2021-2027.

Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie art. 129 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2023 r. poz. 1605 oraz 1720) zwanej dalej „ustawą” lub „Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej OJ S 148/2024 460256-2024 z dnia 31 lipca 2024 roku.

W dniu 25 listopada 2024 roku do prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zostało wniesione odwołanie przez wykonawcę Strabag Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pruszkowie, zwanego dalej „Odwołującym” od czynności Zamawiającego polegających na:

1. odrzuceniu oferty STRABAG na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8) w zw. z art. 224 ust. 6 pzp;
2. wyborze jako najkorzystniejszej w Postępowaniu oferty złożonej przez USŁUGI INŻYNIERSKIE mgr inż. H.W., ul. Bełżycka 3, 24-160 Wąwolnica. w sytuacji, gdy za najkorzystniejszą powinna zostać uznana oferta złożona przez Odwołującego
3. ewentualnie w sytuacji uznania, iż złożone wyjaśnienia wymagają doprecyzowania zaniechaniu wezwania STRABAG w trybie art. 224 ust. 1 pzp do złożenia dodatkowych wyjaśnień;

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1)art. 224 ust. 5 i 6 pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8) pzp w zw. z art. 16 pkt 1, 2 i 3 ustawy Pzp w zw. z §6 ust. 2 Rozporządzenia Ministra Rozwoju i Technologii z dnia 20 grudnia 2021 r. w sprawie określenia metod i podstaw sporządzania kosztorysu inwestorskiego, obliczania planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno-użytkowym - polegające na błędnym uznaniu, że STRABAG nie wywiązał się z ciężaru wykazania że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny przy jednoczesnym przyjęciu, że złożone przez Odwołującego wyjaśnienia i dowody wraz z pismem z dnia 7.10.2024 r. (a przede wszystkim szczegółowa kalkulacja ceny ofertowej) nie uzasadniają podanej w ofercie ceny i w następstwie powyższego dokonanie oceny oferty STRABAG jako zawierającej rażąco niską cenę i jej odrzucenie z tej przyczyny, w sytuacji gdy:

a)STRABAG szczegółowo i rzetelnie wyjaśnił pismem z dnia 10.07.2024 r.

i załączonymi do niego dowodami sposób skalkulowania ceny oferty i brak jej rażącego charakteru wywiązując się z obowiązku przewidzianego w art. 224 ust. 5 pzp;

b)wyjaśnienia i dowody złożone przez STRABAG wraz z pismem z dnia 18.04.2024 r. korespondują z zakresem żądanych przez Zamawiającego informacji,

a w szczególności dowodzą objęcia ofertą STRABAG całości przedmiotu zamówienia skalkulowanej zgodnie z dokumentacją projektową i wymaganiami SWZ oraz uzasadniają zaproponowaną przez Odwołującego cenę;

ewentualnie lecz jedynie w przypadku nieuwzględnienia przez Izbę zarzutu z pkt 1 wobec uznania, że treść udzielonych wyjaśnień wymagała rozwinięcia i doprecyzowania wobec wątpliwości, jakie po ich lekturze pojawiły się po stronie Zamawiającego, zarzucam również naruszenie:

2)art. 224 ust. 1, 2, 5 i 6 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 16 pkt 1, 2, 3 ustawy Pzp, przez odrzucenie oferty i zaniechanie ponownego wezwania Odwołującego do udzielenia wyjaśnień dotyczących kwestionowanej przez Zamawiającego, wysokości robocizny, narzutów pracodawcy, stawki vat przyjętej w pierwotnych wyjaśnianych wobec powzięcia wątpliwości co do pierwotnych wyjaśnień i arbitralnej ocenie tych wątpliwości na niekorzyść Odwołującego,

oraz niezależnie, obok zarzutu 1 i 2

3)art. 239 ust. 1 pzp w zw. z art. 16 pkt 1, 2, 3 pzp w zw. z art. 17 pkt 2 ustawy Pzp oraz poprzez wybór jako najkorzystniejszej w Postępowaniu oferty złożonej przez USŁUGI INŻYNIERSKIE mgr inż. H.W., ul. Bełżycka 3, 2 160 Wąwolnica w sytuacji, gdy jako najkorzystniejsza powinna zostać wybrana oferta STRABAG, a dokonany wybór stanowi konsekwencję nieuzasadnionego jej odrzucenia.

W oparciu o przedstawione wyżej zarzuty, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania następujących czynności:

1)unieważnienie czynności odrzucenia oferty STRABAG;

2)unieważnienie czynności wyboru oferty złożonej przez USŁUGI INŻYNIERSKIE mgr inż. H.W. jako oferty najkorzystniejszej,

3)powtórzenie czynności badania i oceny ofert wykonawców biorących udział w Postępowaniu z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

4)Ewentualnie w sytuacji, w której działanie opisane w pkt 3 uznane zostałoby za przedwczesne powtórzenie czynności badania i oceny ofert wykonawców biorących udział w Postępowaniu z uwzględnieniem oferty Odwołującego oraz wezwanie Odwołującego do złożenia wyjaśnień uzupełniających w zakresie wysokości robocizny, narzutów pracodawcy, stawki vat przyjętej w pierwotnych wyjaśnianych.

Odwołujący wskazał, że posiada interes w rozumieniu art. 505 ust. 1 pzp w złożeniu odwołania.

Odwołujący to podmiot profesjonalnie działający na rynku budowlanym. Zamawiający nie miał żadnych podstaw, aby odrzucić ofertę złożoną przez Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8) pzp w zw. z art. 224 ust. 6 pzp. Wbrew stanowisku Zamawiającego oferta STRABAG nie zawiera rażąco niskiej ceny, a złożone przez Odwołującego wyjaśnienia w trybie art. 224 pzp były pełne, spójne i zawierały dowody potwierdzające prawidłowość kalkulacji oferty i odzwierciedlały zakres informacji oczekiwanych przez Zamawiającego. STRABAG, wbrew stanowisku Zamawiającego, wywiązał się z ciężaru wykazania braku rażąco niskiej ceny. Zamawiający nie miał więc również podstaw, aby odrzucać ofertę STRABAG na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8) pzp w zw. z art. 224 ust. 6 pzp.

Gdyby Zamawiający przeprowadził czynności w Postępowaniu zgodnie z pzp oferta Odwołującego został miejscu w rankingu ofert i uzyskałby on zamówienie objęte Postępowaniem. Z tego względu Odwołujący legitymuje się interesem w złożeniu odwołania, o którym mowa w art. 505 ust. 1 pzp oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ww. ustawy.

Zamawiający prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem są roboty budowlane pod nazwą: rewaloryzacja Parku Bronowickiego – przebudowa zabytkowego parku miejskiego, zlokalizowanego przy ul.

Bronowickiej 1 w Lublinie, realizowana w ramach projektu pn.: „Rewaloryzacja Parku Bronowickiego w Lublinie

W pkt 15.1. SWZ Zamawiający przewidział, że „Oferta musi zawierać cenę ryczałtową obejmującą wszelkie koszty związane z realizacją pełnego zakresu przedmiotu umowy i niezbędne do jego należytego wykonania z uwzględnieniem wszystkich opłat i podatków, (w tym podatku VAT w wysokości 8% - dotyczy podmiotu będącego czynnym podatnikiem podatku VAT) oraz kosztów wynikających z obowiązków Wykonawcy określonych w umowie, a także wszelkie koszty związane z realizacją przedmiotu umowy wynikające z postanowień umowy, dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych oraz z obowiązujących w tym zakresie przepisów, norm, decyzji, warunków technicznych, zasad współczesnej wiedzy technicznej i sztuki budowlanej oraz ogrodniczej, a także z technologii wykonania robót, konieczne dla prawidłowej realizacji przedmiotu umowy tj. dla osiągnięcia rezultatów rzeczowych określonych umową i dokumentacją projektową, a w przypadku wskazania przez Wykonawcę w ofercie rozwiązań równoważnych, także koszty wprowadzenia rozwiązań równoważnych, w tym koszty dostosowania dokumentacji projektowej do zaoferowanych rozwiązań równoważnych”.

Wedle pkt 15.2. SWZ „Cenę ryczałtową brutto za wykonanie przedmiotu zamówienia należy obliczyć poprzez wypełnienie formularza ofertowego (wg załącznika nr 6) w następujący sposób: cenę ofertową brutto, obliczoną jako sumę ceny netto i kwoty podatku VAT, należy podać w Sekcji VIII Formularza ofertowego. W informacjach dodatkowych w sekcji VIII Formularza ofertowego należy podać również cenę netto oraz stawkę i kwotę podatku VAT”.

W kontekście powyższego podnieść należy, iż w ramach ww. postępowania Strabag złożył ofertę zgodnie z którą za wykonanie przedmiotu umowy zaoferował on kwotę 8 500 622,14 zł brutto.

W toku czynności badania i oceny oferty Zamawiający w dniu 30.09.2024 r. wystosował do Strabag wezwanie do udzielenia wyjaśnień (dalej jako „Wezwanie”) w tym złożenie dowodów w zakresie wyliczenia ceny, w szczególności, czy zaproponowana przez Wykonawcę cena ofertowa została określona z należytą starannością i czy gwarantuje ona wykonanie zamówienia w sposób rzetelny?

Jak wskazał Zamawiający wątpliwości Zamawiającego wzbudza niska cena realizacji zamówienia, tj.: - cena ofertowa brutto 8 500 622,14 zł, która jest niższa o co najmniej 30% od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10, tj. jest niższa od kwoty 8 689 870,22 zł brutto (średnia arytmetyczna złożonych ofert 12 414 100,32 zł pomniejszona o 30%).

Zamawiający wskazał kolejno, iż Strabag zobowiązany jest wedle art. 224 ust. 4 PZP do przedstawienia wyjaśnień i Dododów dotyczących:

- 1) zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej,
- 2) zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie.

Kolejno zamawiający zwrócił się o podanie kalkulacji wybranych elementów cenotwórczych:

- 3) ceny 1 m² nawierzchni mineralnej,
- 4) ceny 1 m² nawierzchni granitowej,
- 5) ceny wyposażenia placu zabaw, tj. urządzeń zabawowych,
- 6) ceny wyposażenia siłowni, tj. urządzeń do ćwiczeń,
- 7) ceny nasadzeń roślinnych.

W reakcji na powyższe Strabag przedstawił wyjaśnienia w ramach, których:

- 1) wskazał, iż zgodnie z rozdz. 15 (Sposób obliczenia ceny) pkt 15.1 SWZ wykonawca przeanalizował i uwzględnił w swojej kalkulacji wymagania wskazane w dokumentacji opisującej przedmiot zamówienia oraz STWIORB, projektowanych postanowieniach umowy z uwzględnieniem odpowiedzi na pytania udzielone w trakcie postępowania przygotował ofertę cenową w oparciu o własną kalkulację.
- 2) jako załącznik do wyjaśnień przedstawił:
 - a) kosztorys uproszczony obrazujący sposób kalkulacji oferty sporządzony na podstawie szczegółowego kosztorysu oraz ofert podwykonawcy powiększonej o narzuty wykonawcy
 - b) Szczegółowy kosztorys ofertowy stanowiący rozbiecie cenowe elementów wypadkowych przyjętych cen jednostkowych.
 - c) Oferty firm podwykonawczych
- 3) Wskazał w wyjaśnieniach korelującą z przedłożoną kalkulacją stawkę pozycji przytoczonych przez Zamawiającego
- 4) Wskazał, iż dysponuje dobrze zorganizowanym biurem regionalnym zlokalizowanym

w Lublinie, zrealizował z powodzeniem a także realizuje aktualnie kilka kontraktów na terenie miasta Lublin, stąd dobrze zna rynek lokalny i jego uwarunkowania.

5) Potwierdził, iż Pracownicy Wykonawcy, którzy zostaną skierowani do wykonania przedmiotowego zadania zatrudnieni na podstawie umów o prac. Taki stan rzeczy gwarantuje, że koszty pracy przyjęte do ustalenia ceny nie mogą być niższe od minimalnego wynagrodzenia za prac ustalonego na podstawie ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za prac.

6) Wskazał, iż realizuje kontrakty na terenie miasta Lublin, dzięki czemu:

- nie ponosi dodatkowych kosztów związanych z demobilizacji i ponownej mobilizacji zespołów roboczych, grup wykonawczych.
- nawiązał współpracę z lokalnymi firmami podwykonawczymi i dostawcami,
- nawiązał kontakty z gestorami sieci.

W reakcji na powyższe Zamawiający odrzucił ofertę Strabag na podstawie art. 226 ust.1 pkt 8 PZP w zw. z art. 224 ust.6 PZP uznając, iż oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a złożone wyjaśnienia nie uzasadniają podanej w ofercie ceny, wskazując, iż:

- 1) wymagał, aby wyjaśnienia wraz ze złożonymi dowodami były jak najbardziej szczegółowe obejmujące wszelkie koszty związane z realizacją pełnego zakresu przedmiotu zamówienia i niezbędne do jego należytego wykonania z uwzględnieniem wszystkich opłat i podatków oraz zysku Wykonawcy,
- 2) wymagał szczegółowego wyjaśnienia wyliczenia ceny, w tym złożenia dowodów celem usunięcia wątpliwości dotyczących oferowanej ceny oraz możliwości stwierdzenia, czy jest ona rażąco niska, jak również, czy obejmuje wszystkie elementy niezbędne do prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia,
- 3) Wykonawca do złożonych wyjaśnień załączył szczegółową kalkulację w postaci kosztorysu uproszczonego – jako dowód 1, którego suma końcowa odpowiada wartości netto oferty, przy czym błędnie został obliczony podatek VAT, tj. zastosowano stawkę 23%, zamiast wymaganej w przetargu stawki 8%.
- 4) Odnosnie do zaplecza sprzętowego i organizacyjnego Wykonawca złożył wyjaśnienia, ale nie złożył dowodów.
- 5) Rozróżnić należy stawkę wynagrodzenia pracownika, a koszt pracy pracodawcy oraz brak jest dowodów potwierdzających zachowaną minimalną stawkę godzinową w wysokości 22,85 zł od 1 lipca 2024 r. zgodnie z przepisami ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2020 r. poz. 2207)
- 6) Wykonawca nie wykazał dowodów na zabezpieczenie obowiązkowych składek na ubezpieczenia emerytalne, ubezpieczenia rentowe, ubezpieczenia wypadkowe, Fundusz Pracy, Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych, Fundusz Emerytur Pomostowych. Ponadto brak jest dowodów na odprowadzanie tych składek do ZUS i NFZ.
- 7) Jeżeli Wykonawca powołuje się na wyjątkowo korzystne dla niego warunki związane z realizacją zamówienia czy inne okoliczności wpływające na obniżenie ceny oferty, to powinien wyjaśnić jakie konkretnie mają one przełożenie na poszczególne elementy składowe ceny, jaki jest ich realny wpływ na przyjęte koszty realizacji zamówienia.

Zarzut odrzucenia oferty pomimo, iż nie zawiera ona ceny rażąco niskiej

W ocenie Odwołującego decyzja Zamawiającego o odrzuceniu oferty Odwołującego jest bezpodstawną. Na wstępie powyższych rozważań odnieść należy się do podniesionej

w ramach uzasadnienia odrzucenia oferty Strabag kwestii zastosowania w ramach przedłożonego przez Strabag kosztorysu stawki 23% zamiast 8%.

Zgodnie z pkt 15.2. SWZ Cenę ryczałtową brutto za wykonanie przedmiotu zamówienia należy obliczyć poprzez wypełnienie formularza ofertowego (wg załącznika nr 6) w następujący sposób: cenę ofertową brutto, obliczoną jako sumę ceny netto i kwoty podatku VAT, należy podać w Sekcji VIII Formularza ofertowego. W informacjach dodatkowych w sekcji VIII Formularza ofertowego należy podać również cenę netto oraz stawkę i kwotę podatku VAT.

Mając na względzie powyższe podnieść należy, iż w ramach przedmiotowego postępowania Strabag przedłożył ofertę zgodnie z którą zaoferował wykonanie zamówienia za:

- 1) Cenę brutto: 8 500 622,14 zł
- 2) Cenę netto: 7 870 946,43 zł

W kontekście powyższego podkreślenia wymaga, iż wskazana w ofercie cena netto podwyższona o 8% (wprost wymagane zgodnie z klauzulą 15.1. SWZ) składa się na cenę brutto wskazaną w ofercie.

Odnosząc się do powyższego uznać należy, iż wartość brutto podana w ramach przedłożonego przez wykonawcę kosztorysu tj. 9 681 264,11 zł odpowiadającą cenie netto podwyższonej o 23% - stanowi oczywistą omyłkę.

Jak wskazano w orzecznictwie KIO „Nie powinny jednak prowadzić do odrzucenia oferty błędy mało istotne czy też pomyłki kalkulacyjne o marginalnym znaczeniu. Tego typu podejście jest przejawem nadmiernego formalizmu i nie

ma nic wspólnego z celem, dla którego przepisy art. 226 ust. 1 pkt 8 i art. 224 ust. 6 p.z.p. zostały wprowadzone do ustawy". (...) „Wskazać należy, uwzględniając cel przepisu art. 224 ust. 1 pkt 8 oraz art. 224 ust. 6 p.z.p., że drobne omyłki i błędy kalkulacyjne, które nie wpływają na ogólny odbiór wyjaśnień, tj. nie powodują, że wyjaśnienia nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu, nie powinny stanowić powodu do odrzucenia oferty wykonawcy z uwagi na rażąco niską cenę. Przepisy dotyczące ceny rażąco niskiej nie służą temu by usuwać z postępowania wykonawców, których wyjaśnienia obarczone są jakimiś brakami, a temu by chronić zamawiających i interes publiczny przed narażeniem na ryzyko nieprawidłowej realizacji zamówienia z uwagi na niedoszacowanie ceny oferty. (Wyrok KIO z 7.02.2024 r., KIO 146/24, LEX nr 3703395.)

W kontekście powyższego podkreślić należy, iż zastosowanie przez Strabag w ramach złożonych wyjaśnień błędnej stawki Vat jest irrelevantne.

Podnieść należy, iż kwestia zaoferowanej stawki VAT determinowana jest nie przez wyjaśnienia ceny rażąco niskiej a przez treść SWZ oraz formularza ofertowego, w którym to Wykonawca zaoferował prawidłową stawkę 8%.

Kolejno dla rozstrzygnięcia kwestii rynkowego lub rażąco niskiego charakteru umowy istotna jest nie cena brutto a cena netto wskazana w ofercie. Podkreślić należy, iż to w cenie netto znajdować się będą wszelkie pozycje cenotwórcze relewantne dla oceny ceny rażąco niskiej w tym koszty materiałów, sprzętu, robocizny, koszty pośrednie czy też antycypowany zysk.

Mając na względzie powyższe nie sposób przyznać racji zamawiającemu, iż dostrzeżona przez niego w ramach wyjaśnień Strabag oczywista omyłka w zakresie stawki podatku Vat przemawiać ma w jakikolwiek sposób za odrzuceniem oferty Wykonawcy.

Kolejno, jak wskazano w orzecznictwie „Za cenę rażąco niską uznaje się cenę poniżej kosztów własnych wykonawcy, niepozwalającą na wypracowanie zysku. Jest to cena oderwana od realiów rynkowych i nierzeczywista. Jeśli możliwe jest wykazanie, że za cenę wskazaną w ofercie wykonawca nie będzie w stanie należycie wykonać zamówienia, to znaczy że mamy do czynienia z ceną rażąco niską.” (por. Wyrok KIO z 9.02.2023 r., KIO 266/23, LEX nr 3505546).

Cena zaoferowana w ofercie Odwołującego nie spełnia ww. definicji.

Podkreślenia na wstępie wymaga, iż Wykonawca w ramach złożonych wyjaśnień przedłożył szczegółową kalkulację ceny ofertowej wskazującą:

- 1) założone przez niego koszty robocizny;
- 2) założone przez niego koszty konkretnego materiału;
- 3) założone przez niego koszty konkretnego sprzętu;
- 4) założone przez niego koszty pośrednie;
- 5) założony przez niego zysk.

Przedłożona kalkulacja jak również oferty podwykonawcze dowodzą, iż Odwołujący zdolny jest to wykonać w ww. cenie zamówienia, zaś zaoferowana cena jest ceną rynkową która to pokrywa wszelkie koszty zamówienia oraz gwarantuje wykonawcy zysk.

Podnieść należy, iż Zamawiający bezzasadnie nie poddał weryfikacji kosztorysu przedłożonego przez Odwołującego i poszczególnych elementów kosztotwórczych przedłożonych z wyjaśnieniami, uznając, iż Odwołujący nie poparł ww. kalkulacji dowodami

w tym w szczególności umowami o prace.

W kontekście powyższego spostrzec należy, iż w ramach Wezwania wystosowanego przez Zamawiającego, zwrócił się on do wykonawcy o przedstawienie wyjaśnień, w tym złożenia dowodów dotyczących:

- zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej
- zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie.

Zamawiający w żaden sposób nie sprecyzował w Wezwaniu, iż oczekuje on w ramach złożonych wyjaśnień przedkładania umów o pracę.

Jak wskazano w orzecznictwie „nie jest tak, że każda okoliczność podnoszona

w wyjaśnieniach musi zostać poparta konkretnymi dowodami. Istotnym jest aby wyjaśnienia były na tyle szczegółowe i spójne, aby potwierdzały, że zaoferowanie ceny na danym poziomie było realne.” (por. Wyrok KIO z 9.02.2023 r., KIO 266/23, LEX nr 3505546).

Analogicznie jak wskazano w orzecznictwie „wyjaśnienia złożone przez wykonawcę należy uznać za wystarczające, jeśli pozwalają zamawiającemu na dokonanie ich oceny, (...). Wiedza, doświadczenie i zdrowy rozsądek zamawiającego stanowią podstawę weryfikacji tychże wyjaśnień. Jeśli więc wykonawca wskazuje na elementy

cenotwórcze, określa ich koszt i podaje źródło tego kosztu, to tak wyspecyfikowane elementy można i należy ocenić w oparciu o przesłanki wskazywane wyżej, tj. czy są to elementy w sposób istotny wpływające na cenę oferty oraz, czy ich wycena jest realna, znajduje oparcie w warunkach rynkowych. (...) . Nadto, należy zwrócić uwagę, iż ustawodawca wprowadzając procedurę wyjaśnień, daje prymat oświadczeniu wykonawcy, a nie dowodom. Rozwiązanie to jest jak najbardziej uzasadnione biorąc pod uwagę fakt, że częstokroć pozyskanie dowodów na tym etapie postępowania jest znacznie utrudnione i rozciągnięte w czasie. Ponadto, gdyby przyjąć stanowisko Odwołującego, iż każda podana okoliczność wymaga dowodu, postępowania wyjaśniające częstokroć musiałyby trwać od kilku tygodni do kilku miesięcy, biorąc pod uwagę wielkość zamówienia i liczbę złożonych ofert, co spowodowałoby paraliż w udzielaniu zamówień publicznych, a to z pewnością nie legło u podstaw wprowadzenia przedmiotowej regulacji". (Wyrok KIO z 22.03.2011 r., KIO 476/11, LEX nr 788567).

Ostatecznie w orzecznictwie podkreślono, iż „w indywidualnej sprawie, w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny dowodem mogą być same wyjaśnienia złożone przez wykonawcę.” (por. Wyrok KIO z 19.06.2024 r., KIO 1817/24, LEX nr 3746267.)

W ocenie odwołującego przedłożona przez niego kalkulacja szczegółowa (zawierająca koszty robocizny, sprzętu, materiałów koszty pośrednie, oraz nadto zysk) połączona z dowodami w postaci ofert podwykonawczych dowodzi rynkowego charakteru oferty Strabag.

Wskazana przez Odwołującego w kalkulacji kosztu robocizny stawka 50 zł za roboczogodzinę jest stawką realną znajdującą potwierdzenie w warunkach rynkowych a co kluczowe stawką spełniającą kryteria Zamawiającego tj. zgodną z przepisami prawa pracy, ubezpieczeń społecznych oraz wymogami dotyczącymi minimalnego wynagrodzenia. Powyższe dowodzi

w ocenie Odwołującego, iż zaoferowana przez niego cena nie ma charakteru rażąco niskiego – gdyż pokrywa koszty realizacji zamówienia oraz pozwala Wykonawcy na osiągnięcie zysku.

Analogicznie za całkowicie dowolne i arbitralne uznać należy rozważania Zamawiającego, który to z góry przyjął, iż założona w ramach wyjaśnień Wykonawcy stawka roboczogodziny 50 zł:

- 1) nie zawiera w sobie tzw. narzutów pracodawcy,
- 2) koszt narzutów pracodawcy z tyt. umowy o pracę nie został ujęty w cenie ofertowej Strabag

A tym samym Strabag nie wykazał, iż zachowano minimalną stawkę godzinową 22,85 zł.

W kontekście powyższego podnieść należy, iż złożone przez Strabag wyjaśnienia jak również szczegółowe kalkulacje w żaden sposób nie wskazują by koszt roboczogodziny ujęty w kalkulacji stanowić miał czyste wynagrodzenie pracownika bez narzutów. Przeciwnie podnieść należy, iż jak wynika z przedłożonego przez Strabag kosztorysu szczegółowego, sporządzony on został za pośrednictwem profesjonalnego programu Norma EXPERT Wersja: 5.14.300.26 (por. informacja na dole strony każdej strony kosztorysu) – w konsekwencji koszt przyjętej w kosztorysie roboczogodziny odpowiada składnikom przewidzianym w:

– „Polskich standardach kosztorysowania robót budowlanych”
oraz

– Rozporządzeniu Ministra Rozwoju I Technologii z dnia 20 grudnia 2021 r. w sprawie określenia metod i podstaw sporządzania kosztorysu inwestorskiego, obliczania planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno-użytkowym (dalej „Rozporządzenie”) i obejmuje on zgodnie z §6 ust. 2 rozporządzenia wszystkie składniki zaliczane do wynagrodzenia oraz koszty pochodne naliczane od wynagrodzeń, a w szczególności:

- 1) wynagrodzenie zasadnicze;
- 2) premie regulaminowe;
- 3) dodatkowe składniki wynagrodzenia (dodatki za staż pracy, inne dodatki przysługujące zgodnie z postanowieniami regulaminu pracy);
- 4) inne świadczenia związane z pracą (wynagrodzenia za czas urlopu wypoczynkowego i za czas innej usprawiedliwionej nieobecności w pracy, zasiłki za czas niezdolności do pracy wskutek choroby, odprawy emerytalne, nagrody jubileuszowe);
- 5) obowiązkowe obciążenia płac;
- 6) odpisy na zakładowy fundusz świadczeń socjalnych.

Reasumując, w ocenie odwołującego przedłożona przez niego kalkulacja szczegółowa (zawierająca koszty robocizny, sprzętu, materiałów koszty pośrednie, oraz nadto zysk) połączona z dowodami w postaci ofert podwykonawczych dowodzi rynkowego charakteru oferty Strabag.

Brak wezwania do przedłożenia umów brak mocy dowodowej umów oraz ewentualnie zasadność wezwania uzupełniającego

W ocenie odwołującego za nieuzasadnione uznać należy, nadto wyrażone dopiero

w decyzji o odrzuceniu oferty odwołującego oczekiwanie przedłożenia umów o pracę potwierdzających założone koszty. Na wstępie podkreślić należy, iż Zamawiający nie sprecyzował żądania przedłożenia ww. dowodu w Wezwaniu, a kolejno spostrzec należy, iż nawet w sytuacji przedłożenia tego rodzaju dowodu tj. losowych umów wskazujących korespondujące stawki wynagrodzenia, nie ma obiektywnej możliwości wykazania lub zweryfikowania, iż ww. osoby realnie wykonywać będą jakiejkolwiek czynności w ramach kontraktu.

W konsekwencji nie sposób przedstawić miarodajnych dowodów żądanych przez zamawiającego.

Niezależnie od powyższego w zakresie żądania przez Zamawiającego przedłożenia umów o pracę przywołać należy pogląd wyrażony w orzecznictwie zgodnie z którym „Izba wskazuje, że co do zasady, w ramach procesu wyjaśniania ceny ofertowej wykonawca odpowiada na wyartykułowane wątpliwości podmiotu zamawiającego, w tym odpowiada nierzadko na bardzo szczegółowe pytania. Oznacza to, że jego wyjaśnienia są ściśle związane z kierowanymi do niego przez zamawiającego pytaniami i trudno zakładać, że winien on wyjaśniać wszelkie składniki ceny - nawet te które nie budzą u zamawiającego żadnych wątpliwości. Jak wielokrotnie wskazywano w orzecznictwie procedura wyjaśniania wątpliwości związanych z kształtowaniem wynagrodzenia jest bardzo specyficznym rozwiązaniem mającym na celu wyeliminowanie z procedury ubiegania się o zamówienie publiczne ofert zawierających cenę na rażąco niskim poziomie, a więc cenę skalkulowaną w sposób nieprawidłowy, nierealny w sposób oczywisty i nie uwzględniający wszystkich czynników cenotwórczych. Takiej eliminacji nie powinny podlegać oferty zawierające ceny niskie, jednakże możliwe do uzyskania w standardowym procesie ofertowania i gwarantujące należyte spełnienie świadczenia. Kształtowanie cen jest bowiem, jak wskazywał Zamawiający i który to pogląd Izba podziela, elementem gry rynkowej pozwalającym wykonawcom na konkurowanie w ramach procesu ubiegania się o zamówienie publiczne. W przeciwnym wypadku dochodziłoby do sytuacji, że każdy mechanizm racjonalizacji wysokości wynagrodzenia, każdy mechanizm uzyskiwania rabatów, procesy restrukturyzacji przedsiębiorstw, procedury naprawcze, czy wreszcie stosowanie dopuszczalnej prawem optymalizacji podatkowej skutkowałyby odrzuceniem oferty. W ocenie Izby wyjaśnienia kierowane do wykonawcy na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych nie są li tylko formalnym aspektem procedury udzielania zamówienia publicznego - a zatem powinny one zmierzać do uzyskania realnych wyników tej procedury. Celem procedury opartej na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych jest uzyskanie potwierdzenia realności ceny, nie zaś "wciągnięcie" wykonawcy w formalną pułapkę skutkującą odrzuceniem jego oferty ze względu na wypełnienie się hipotezy normy prawnej uregulowanej w treści przepisu art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Nie sposób bowiem zgodzić się z poglądem, że odrzucenie oferty z przyczyn formalnych (tj. na skutek nierzetelnego wypełnienia obowiązku z art. 90 ust. 1-3 ustawy Prawo zamówień publicznych) powinno następować w każdym wypadku, w szczególności gdy oferta nie nosi znamion oferty z ceną rażąco niską. Takie stanowisko, przy przyjęciu i ustaleniu, że istnieje duże prawdopodobieństwo, że oferta została skalkulowana w sposób rzetelny i ekonomicznie uzasadniony, jest nie do przyjęcia. Oznaczałoby to wówczas konieczność odrzucenia oferty

z uzasadnioną ekonomicznie ceną ze względu na pewne braki procedury - a więc eliminowanie z przyczyn formalnych rzetelnie skalkulowanych ofert - pomimo faktu, że kontynuowanie tej procedury może przynieść cel, jakim jest przedstawienie dowodów i wyjaśnień uzasadniających wysokość zaoferowanego wynagrodzenia" (por wyrok KIO z dnia 25 lipca 2017 r. sygn. akt KIO 1336/17 jak również wyrok KIO z dnia 19 kwietnia 2018 r. sygn. akt KIO 503/18)."

Analogicznie jak podkreślono w doktrynie „Złożenie wyjaśnień adekwatnych do wezwania, w tym przede wszystkim pokazujących konkretne grupy kosztów w tabeli kosztów, ale niewyjaśniających realności zaoferowanej ceny, daje natomiast podstawę do doszczegółowienia wyjaśnień. Zamawiający znając tabelę kosztów jest bowiem w stanie doprecyzować wezwanie w taki sposób, aby móc zweryfikować podaną w ofercie cenę. Może teraz bowiem zadać pytanie o założenia do kalkulacji przedstawionej w tabeli kosztów,

o podstawę wyceny koncepcji - ile osób będzie ją opracowywać, jaki czas założono na jej opracowanie i konsultację z zamawiającym, jaką przyjętą stawkę wynagrodzenia dla osób wykonujących koncepcję. Zamawiający może też ustalić, czy przystępujący skalkulował wynagrodzenie tylko tych pięciu osób, na których potencjał osobowy się powołuje w podmiotowych środkach dowodowych, za jaką stawkę będą one wykonywać tę usługę, jaki będzie ich faktyczny udział w świadczonej zamawiającemu usłudze i na którym etapie realizacji tej usługi. Zamawiający może także ustalić jakie założenia do kalkulacji przyjął przystępujący, co do kosztów nadzoru autorskiego, tak co do ilości osób świadczących ten nadzór, ich wynagrodzeń, ilości wizyt w toku realizacji zamówienia." (por. Wyrok KIO z 9.05.2023 r., KIO 1173/23, LEX nr 3588589)

Przenosząc powyższe na grunt przedmiotowej sprawy, o ile w ocenie odwołującego przedłożona kalkulacja dowodzi rynkowego charakteru oferty Wykonawcy oraz bezzasadności odrzucenia oferty Odwołującego, to niemniej jednak nawet przyjmując, iż przedłożona przez Wykonawcę kalkulacja (jak również wyjaśnienia i dowody w postaci ofert podwykonawczych) byłyby z jakiegoś powodu niewystarczające to Zamawiający winien był dopytać Wykonawcę

o budzące jego wątpliwości elementy w ramach wyjaśnień uzupełniających.

Jak wskazano w orzecznictwie KIO „Uzasadnieniem do skierowania kolejnego wezwania może być np. konieczność rozwinięcia lub uszczegółowienia wyjaśnień już złożonych przez wykonawcę na pierwsze wezwanie, sformułowane przez zamawiającego w sposób ogólny, oparty na literalnym brzmieniu przepisu” (por. Wyrok KIO z 11.01.2023 r., KIO 3474/22, LEX nr 3509602).

Analogicznie „Orzecznictwo i doktryna dopuszcza możliwość zwrócenia się do wykonawcy, który złożył wyjaśnienia nie potwierdzające, że zaoferowana cena jest ceną rażąco niską o dalsze wyjaśnienia kosztów, czy założeń przyjętych do kalkulacji, które wzbudziły wątpliwości zamawiającego. Dążenie do wyjaśnienia wątpliwych informacji w wyjaśnieniach przystępującego służy interesowi zamawiającego, który żądając dalszych wyjaśnień uzyskuje lepszą możliwość weryfikacji założonych kosztów i zapewnia sobie ocenę realności wykonania zamówienia zgodnie z jego przedmiotem, ale także zapobiega eliminacji z postępowania wykonawcy korzystniejszego pod względem ekonomicznym”. (Wyrok KIO z 28.03.2017 r., KIO 466/17, LEX nr 2268353).

Reasumując powyższe nawet przyjmując, iż przedłożona przez Wykonawcę kalkulacja (jak również wyjaśnienia i dowody w postaci ofert podwykonawczych) byłyby z jakiegoś powodu niewystarczające to Zamawiający winien był dopytać Wykonawcę o budzące jego wątpliwości elementy w ramach wyjaśnień uzupełniających.

Wybór oferty USŁUGI INŻYNIERSKIE mgr inż. H.W.

Zarzut nr 3 ma charakter wynikowy i stanowi następstwo uprzednio omówionych uchybień. Wobec naruszeń wyartykułowanych przy omówieniu zarzutów nr 1 i 2, w ocenie STRABAG Zamawiający nie miał podstaw, aby odrzucić ofertę Odwołującego i uznać ofertę USŁUGI INŻYNIERSKIE mgr inż. H.W. za najkorzystniejszą.

Z tego też względu STRABAG uważa, że czynności wyboru oferty USŁUGI INŻYNIERSKIE mgr inż. H.W. są najkorzystniejszej i odrzucenia oferty STRABAG naruszają przepisy art. 16 pkt 1) i 2) i 3) jak również 17 ust. 2 pzp.

W świetle argumentów przedstawionych w poprzednich fragmentach odwołania Postępowanie, które zakończyło się wyborem oferty USŁUGI INŻYNIERSKIE mgr inż. H.W. nie może uznać jako przeprowadzonego z dochowaniem reg uczciwej konkurencji i zasady przejrzystości, oraz proporcjonalności.

W dniu 29 listopada 2024 roku do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca H.W. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą: USŁUGI INŻYNIERSKIE mgr inż. H.W. w Wąwolnicę wnosząc o oddalenie odwołania.

Pismem z dnia 11 grudnia 2024 roku Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron oraz Uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń i stanowisk Stron złożonych pisemnie oraz ustnie do protokołu, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła co następuje:

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 roku, poz. 1605 ze zm.) skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 listopada 2024 roku wobec czynności Zamawiającego z dnia 14 listopada 2024 roku.

Izba ustaliła, że Odwołujący przekazał w ustawowym terminie kopię odwołania Zamawiającemu. Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 505 ust 1 ustawy – środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów niniejszej ustawy - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

Izba za skuteczne uznała zgłoszone przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego i dopuściła wykonawcę H.W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: USŁUGI INŻYNIERSKIE mgr inż. H.W. Wąwolnicy do udziału w postępowaniu w charakterze Uczestnika postępowania odwoławczego.

Izba ustaliła i zważyła:

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

Izba wskazuje, że rozpoznając zarzuty podniesione w odwołaniu ocenia czynności podjęte przez Zamawiającego odpowiadając na pytanie, czy Zamawiający poprzez ich wykonanie lub zaniechanie czynności do których wykonania był zobowiązany na podstawie ustawy Pzp, naruszył przepisy prawa zamówień publicznych. W analizowanym stanie

faktycznym w ocenie Izby, Zamawiający naruszył przepisy prawa zamówień publicznych w zakresie podnoszonym w odwołaniu.

Odnosząc się do zarzutu 1. naruszenia art. 224 ust. 5 i 6 pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8) pzp w zw. z art. 16 pkt 1, 2 i 3 ustawy Pzp w zw. z §6 ust. 2 Rozporządzenia Ministra Rozwoju i Technologii z dnia 20 grudnia 2021 r. w sprawie określenia metod i podstaw sporządzania kosztorysu inwestorskiego, obliczania planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno-użytkowym - polegające na błędnym uznaniu, że STRABAG nie wywiązał się z ciężaru wykazania że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny przy jednoczesnym przyjęciu, że złożone przez Odwołującego wyjaśnienia i dowody wraz z pismem z dnia 7.10.2024 r. (a przede wszystkim szczegółowa kalkulacja ceny ofertowej) nie uzasadniają podanej w ofercie ceny i w następstwie powyższego dokonanie oceny oferty STRABAG jako zawierającej rażąco niską cenę i jej odrzucenie z tej przyczyny, Izba uznała zarzut za zasadny.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp Zamawiający odrzuca ofertę jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Z kolei, zgodnie z art. 224 ust. 5 Pzp Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy. Natomiast zgodnie z art. 224 ust. 6 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.

Zgodnie z art. 16 pkt 1, 2 i 3 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 zakresie możliwości uznania ceny oferty lub jej elementów składowych za rażąco niskie wskazać należy za ugruntowaną linię orzecniczą Krajowej Izby Odwoławczej i sądów, że za rażąco niską cenę należy uznać taką cenę, która jest niewiarygodna dla wykonania przedmiotu zamówienia i jest całkowicie oderwana od realiów rynkowych. Jednakże ocena tej okoliczności zawsze powinna być dokonana z uwzględnieniem przedmiotu zamówienia, jego specyfiki i towarzyszących mu realiów rynkowych, w oparciu o dostępne zamawiającemu informacje, które uzyskał w wyniku przedstawienia przez wezwanego wykonawcę wyjaśnień. Wykonawca winien podać zamawiającemu wszystkie informacje dotyczące kalkulacji zaoferowanej ceny, w tym informacje dotyczące sposobu kalkulacji, uwarunkowań, w jakich dokonywał kalkulacji, szczególnych przesłanek warunkujących przyjęty sposób kalkulacji (jeśli takie zaistniały) oraz innych istotnych elementów mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny, jak np. korzystne upusty, sprzyjające w oparciu o konkretne informacje warunki finansowe, uzyskane specjalne oferty, a dowodzące możliwości zaoferowania danej ceny. Wyjaśnienia wykonawcy stanowiące informacje w zakresie ceny powinny umożliwić zamawiającemu podjęcie decyzji co do przyjęcia bądź odrzucenia oferty.

Podkreślenia wymaga, że zamawiający informacje dotyczące indywidualnych elementów kalkulacji danej ceny, jak również okoliczności, które wpływają na jej kalkulację, uzyskuje od danego wykonawcy w wyniku wezwania do złożenia wyjaśnień w określonym, wskazanym przez zamawiającego zakresie i terminie.

Odnosnie kwestii dotyczącej składanych przez wykonawców wraz z wyjaśnieniami dowodów Izba wskazuje, że z samego braku dowodu nie można jeszcze wywodzić, że cena jest rażąco niska, a w takiej sytuacji przedmiotem oceny pozostają wówczas wyjaśnienia samego wykonawcy. Podkreślenia jednak wymaga fakt, że jeżeli wykonawca powołuje się na właściwe tylko jemu okoliczności powodujące możliwość znacznego obniżenia ceny oferty (np. upusty dedykowane tylko temu wykonawcy, szczególne oferty jakie uzyskał wykonawca odnośnie świadczonych usług czy realizowanych etc...) i możliwe jest wsparcie tej argumentacji dowodem, to wówczas taki dowód powinien być złożony Zamawiającemu, aby uczynić wyjaśnienia przekonującymi dla Zamawiającego, a jednocześnie pełnymi.

Zaznaczenia wymaga, że o tym czy, dany dowód jest możliwy do uzyskania decydować będzie charakter okoliczności powoływanych przez wykonawcę. Jeżeli są one obiektywnie możliwe do stwierdzenia w postaci zaświadczeń, oświadczeń, ofert, umów i innych informacji wytworzonych przez podmioty niezależne od wykonawcy to wówczas taki dokument będzie miał walor dowodowy, wykraczający poza samą treść wyjaśnień wykonawcy (np. zaświadczenie o zwolnieniu podmiotowym, uzyskanych upustach od dostawców, i inne wpływające na cenę). Pamiętać należy, że to wykonawca został zobowiązany do wykazania, że oferowana przez niego cena nie jest rażąco niska, tym samym załączenie dowodów do składanych wyjaśnień odnośnie okoliczności, które nie są zależne od wykonawcy, a które udało mu się pozyskać (wynegocjować, ustalić, wypracować w kontaktach gospodarczych i innych formach etc...) na potrzeby wyceny danego zamówienia jest w zasadzie niezbędne

i konieczne, aby owo wykazanie realności zaoferowanej ceny było rzeczywiste.

To wykonawca musi wykazać rzeczywistość i realność zaoferowanej ceny w postępowaniu.

Jednakże ocena złożonych wyjaśnień zawsze musi być dokonana w odniesieniu do treści wezwania w sprawie wyjaśnienia ceny. Zamawiający nie może zatem wyciągać negatywnych konsekwencji wobec wykonawcy, w przypadku braku informacji, a tym bardziej dowodów w wyjaśnieniach ceny, do złożenia których wykonawca nie był wzywany.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt rozpoznawanej sprawy Izba podkreśla, że wyjaśnienia ceny złożone przez Odwołującego potwierdzają zasadność zarzutu.

Analiza wezwania skierowanego przez Zamawiającego z dnia 30 września 2024 roku do udzielenia wyjaśnień na podstawie art. 224 ust. 2 pkt 1) ustawy Pzp oraz treść uzyskanych wyjaśnień ceny wraz z jej kalkulacją i załączonymi dowodami, w ocenie Izby nie dawała Zamawiającemu podstaw, do uznania, że oferta Odwołującego zawiera rażąco niską cenę.

Zamawiający zwrócił się do Odwołującego o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów w zakresie wyliczenia ceny, w szczególności, czy *zaproponowana przez Wykonawcę cena ofertowa została określona z należytą starannością i czy gwarantuje ona wykonanie zamówienia w sposób rzetelny? (...) Na podstawie art. 224 ust. 4 ustawy Pzp Wykonawca zobowiązany jest do przedstawienia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów dotyczących wyliczenia ceny w zakresie wynikającym z art. 224 ust. 3 pkt 4 i 6 ustawy Pzp*

tj. w zakresie:

1. zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r.

o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2022 r. poz. 2207) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie;

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

Wykonawca zobowiązany jest dodatkowo do podania kalkulacji wybranych elementów cenotwórczych:

1) ceny 1 m² nawierzchni mineralnej,

2) ceny 1 m² nawierzchni granitowej,

3) ceny wyposażenia placu zabaw, tj. urządzeń zabawowych,

4) ceny wyposażenia siłowni, tj. urządzeń do ćwiczeń,

5) ceny nasadzeń roślinnych.

Wyjaśnienia, wraz ze złożonymi dowodami powinny być jak najbardziej szczegółowe obejmujące wszelkie koszty związane z realizacją pełnego zakresu przedmiotu zamówienia

i niezbędne do jego należytego wykonania z uwzględnieniem wszystkich opłat i podatków oraz zysku Wykonawcy.

Wyjaśnienia, w tym złożone dowody powinny odnosić się do wszystkich aspektów mających wpływ na cenę, tak aby nie pozostawiały wątpliwości co do prawidłowego jej wyliczenia. Wyjaśnienia powinny być odpowiednio umotywowane, przekonywujące,

że zaproponowana oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, a tym samym została określona

z należytą starannością i gwarantuje ona wykonanie zamówienia w sposób rzetelny.

Proszę o szczegółowe wyjaśnienie wyliczenia ceny, w tym złożenie dowodów celem usunięcia wątpliwości dotyczących oferowanej ceny oraz możliwości stwierdzenia, czy jest ona rażąco niska, jak również, czy obejmuje wszystkie elementy niezbędne do prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia.

Jak wynika z powyższego, treść wezwania do wyjaśnienia ceny odnosiła się do konkretnych elementów cenotwórczych, których podania wymagał Zamawiający, oraz do okoliczności o których mowa w art. 224 ust. 3 pkt 4 i 6.

W ocenie Izby wyjaśnienia ceny złożone przez Odwołującego wraz z załączoną kalkulacją szczegółową cechowały się dużą szczegółowością i odnosiły się do wszystkich wymaganych przez Zamawiającego pozycji, a ich wyliczenie poparte zostało dowodami.

Niezasadne jest zatem stanowisko Zamawiającego wyrażone w informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 14 listopada 2024 r., zgodnie z którą Zamawiający stwierdził, że Oferta nr 6 - złożona przez STRABAG Sp. z o.o., ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków została odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8) w związku z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp - oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Złożone wyjaśnienia nie uzasadniają podanej w ofercie ceny.

W treści uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego, Zamawiający opisał treść wezwania do wyjaśnienia ceny oraz złożone w odpowiedzi na to wezwanie wyjaśnienia Zamawiającego wraz z dowodami.

Jednakże, w ocenie Izby stanowisko Zamawiającego w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego jest bardzo

chaotyczne i wewnętrznie sprzeczne. Tak jakby Zamawiający nie potrafił dokładnie wskazać dlaczego złożone wyjaśnienia ceny świadczą o nierealności ceny. Trudno bowiem znaleźć konkretne przyczyny, które według Zamawiającego wskazują na taką okoliczność.

Dodać należy, że Zamawiający nie zakwestionował stawki roboczogodziny przyjętej przez Odwołującego w wysokości 50 zł (bezsprzecznie wyższej od minimalnej stawki godzinowej za pracę 22,85 zł), wskazując w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego, że jest ona wyższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę, jednocześnie odnośnie tej stawki kwestionował wyłącznie brak dowodów potwierdzających zachowanie minimalnej stawki godzinowej, choć okoliczność, że spełnia ona wymagania dla stawki minimalnej nie była kwestionowana.

Dlatego brak dowodów na zastosowanie minimalnej stawki godzinowej (w wysokości 22,85 zł od 1 lipca 2024 r.), w sytuacji gdy wysokość tej stawki nie była kwestionowana jako spełniająca powyższe wymagania (okoliczność bezsporna), nie może być podstawą odrzucenia oferty.

Zamawiający dokonując oceny złożonych wyjaśnień ceny pominął również istotny fakt, że stawka ta została przyjęta do obliczenia ceny całkowitej za pośrednictwem profesjonalnego programu Norma EXPERT Wersja: 5.14.300.26, który dokonuje wyliczeń z uwzględnieniem wszystkich składników zaliczanych do wynagrodzenia oraz uwzględnia koszty pochodne naliczane od wynagrodzeń.

Dalej, w odpowiedzi na odwołanie Zamawiający wskazuje jedynie na brak dowodów na zastosowanie minimalnej stawki godzinowej, pomijając pozostałą argumentację podniesioną w uzasadnieniu odrzucenia oferty, tj. *odnośnie zaplecza sprzętowego*

i organizacyjnego Wykonawca złożył wyjaśnienia, ale nie złożył dowodów w postaci:

- *dokumentów poświadczających ponoszone przez firmę koszty utrzymania sprzętu, np. w formie poświadczenia stawki rocznej amortyzacji sprzętu;*

- *dowodów na zatrudnienie pracowników, np. w formie zanonimizowanych kopii umów o pracę, list płac, z których wynikałaby wysokość wynagrodzeń;*

- *dokumentów poświadczających zapewnienie wszystkich kosztów pracy, brak dowodów na odprowadzanie składek do ZUS i NFZ oraz brak dowodów potwierdzających koszty związane z funkcjonowaniem firmy,*

czy też brak dowodów, dokumentujących faktyczne koszty funkcjonowania firmy,

tj. wysokość czynszu, wynajmu pomieszczeń biurowych czy opłat eksploatacyjnych, brak jest informacji jaki udział procentowy mają te wszystkie koszty w deklarowanej stawce roboczogodziny.

Trudno zatem wywieść, czy Zamawiającemu chodziło wyłącznie o brak dowodów potwierdzających zachowanie minimalnej stawki godzinowej, czy też o inne okoliczności, do których odnosił się w uzasadnieniu odrzucenia oferty, bowiem stanowisko Zamawiającego wyrażone w uzasadnieniu odrzucenia oferty oraz odpowiedzi na odwołanie jest niespójne i wzajemnie sprzeczne.

Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego kwestionował brak dowodów na funkcjonowanie firmy, kosztów zaplecza sprzętowego i organizacyjnego oraz brak informacji jaki udział procentowy mają te koszty w deklarowanej stawce roboczogodziny, co nie było przedmiotem wezwania do wyjaśnienia ceny i nie może stanowić okoliczności uzasadniającej odrzucenie oferty.

Odnosząc się do braku dowodów na zabezpieczenie obowiązkowych składek na ubezpieczenia emerytalne, ubezpieczenia rentowe, ubezpieczenia wypadkowe, Fundusz Pracy, Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych, Fundusz Emerytur Pomostowych., których brak stał się również podstawą do odrzucenia oferty, to wskazać należy, że Zamawiający w wezwaniu do wyjaśnienia ceny nie żądał złożenia tych dowodów. Odwołujący został zobowiązany do przedstawienia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów dotyczących wyliczenia ceny w zakresie wynikającym z art. 224 ust. 3 pkt 4 i 6 ustawy Pzp, bez wskazania o jakie konkretne dowody wzywa Zamawiający. Zatem w tym zakresie Zamawiający pozostawił Odwołującemu dowolność. Dlatego niezłożenie ww. dokumentów, których brak Zamawiający zarzuca nie może być podstawą do wyciągania wobec wykonawcy negatywnych konsekwencji.

W tych okolicznościach Zamawiający nie powinien również pomijać okoliczności, wynikających ze złożonego kosztorysu szczegółowego i określonej tam stawki roboczogodziny przy użyciu programu Norma EXPERT Wersja: 5.14.300.26. Nie było to bowiem wyłącznie oświadczenie Odwołującego o zastosowanej stawce, ale szczegółowa kalkulacja, za pomocą programu

do kosztorysowania, uwzględniająca wymagane obciążenia wykonawcy, koszty bezpośrednie, koszty pośrednie oraz zysk.

Reasumując, analiza złożonych przez Odwołującego wyjaśnień ceny w ocenie Izby potwierdziła, że wykonawca ten odniósł się do wymaganych w wezwaniu okoliczności oraz złożył dowody potwierdzające dokonaną kalkulację.

Przedłożone zatem wyjaśnienia ceny potwierdzają realność zaoferowanej ceny.

W tych okolicznościach zarzut podlegał uwzględnieniu.

W konsekwencji powyższego, potwierdził się zarzut naruszenia art. 239 ust. 1 pzp w zw. z art. z art. 16 pkt 1, 2, 3 pzp w zw. z art. 17 pkt 2 ustawy Pzp oraz poprzez wybór jako najkorzystniejszej w Postępowaniu oferty złożonej przez USŁUGI INŻYNIERSKIE mgr inż. H.W., ul. Bełżycka 3, 24-160 Wąwolnica w sytuacji gdy jako najkorzystniejsza powinna zostać wybrana oferta STRABAG, a dokonany wybór stanowi konsekwencję nieuzasadnionego jej odrzucenia.

Wobec powyższego należało orzec jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp w zw. z § 5 pkt 1) i 2 lit. b) oraz § 7 ust. 1 pkt 1) 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).

Przewodnicząca: