sygn. akt: **KIO 2093/24**

WYROK

Warszawa, dnia 2 lipca 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Emil Kuriata

Protokolant:Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu17 czerwca 2024 r. przez wykonawcę ROKOM sp. z o.o., ul. Karnicka 22; 03-162 Warszawa, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gmina Lesznowola,
ul. Gminna 60; 05-506 Lesznowola,

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności oceny ofert i w jej wyniku odrzucenie oferty wykonawcy CERMAT-PRODBET sp. z o.o. ul. Piaseczyńska 19; 05-504 Prace Duże,
2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego Gmina Lesznowola, ul. Gminna 60;
   05-506 Lesznowola i:
   2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę ROKOM sp. z o.o.,
   ul. Karnicka 22; 03-162 Warszawa, tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez wykonawcę ROKOM sp. z o.o., ul. Karnicka 22; 03-162 Warszawą tytułem wynagrodzenia pełnomocnika,
   2.2. zasądza od zamawiającego Gmina Lesznowola, ul. Gminna 60; 05-506 Lesznowolana rzecz wykonawcy ROKOM sp. z o.o., ul. Karnicka 22; 03-162 Warszawa kwotę 13 600 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez wykonawcę ROKOM sp. z o.o., ul. Karnicka 22; 03-162 Warszawą stanowiącą koszty postępowania odwoławczego.

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.

Przewodniczący:……

sygn. akt: **KIO 2093/24**

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Lesznowola- prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, pn. *„ŁAZY – przebudowa ul. Łączności wraz z budową kanalizacji deszczowej”*.

17 czerwca 2024 roku, wykonawca ROKOM sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie(dalej „*Odwołujący*”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec czynności
i zaniechań zamawiającego polegających na:

1)wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy – CERMAT-PRODBET sp. z o.o.,
ul. Piaseczyńska 19; 05-504 Prace Duże (dalej jako „Cermat”) przy:

a)naruszeniu art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp a także art. 224 ust. 6 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Cermat w sytuacji, gdy:

- oferta Cermat zawiera rażąco niską cenę za wykonanie zamówienia,
- wykonawca Cermat wezwany do udzielenia wyjaśnień ceny nie wykazał, aby cena jaką zaoferował w postępowaniu nie była rażąco niska.

b) naruszeniu art. 226 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Cermat w sytuacji, gdy jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów dotyczących minimalnego wynagrodzenia za pracę, a także naruszeniu art. 226 ust 1 pkt 10 Pzp, bowiem zawiera błędy w obliczeniu ceny w związku z wyceną ofertową w oparciu o koszty pracy
z pominięciem kosztów pracodawcy,

c) naruszeniu art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Cermat
w sytuacji, gdy złożone wyjaśnienia ceny potwierdzają jednoznacznie, że treść oferty wykonawcy tj. sposób w jaki przewidział realizację zamówienia, jest niezgodny z warunkami zamówienia,

co skutkuje naruszeniem art. 239 ust 1 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp poprzez wadliwy wybór oferty najkorzystniejszej w postępowaniu, a przy uwzględnieniu danych zawartych w ofercie odwołującego i postanowień SWZ ma bezpośredni wpływ na zaniechanie wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący wniósł o merytoryczne rozpatrzenie oraz uwzględnienie odwołania oraz dopuszczenie i przeprowadzenie

dowodu z dokumentacji postępowania - na okoliczności wskazane niniejszym odwołaniem.

W oparciu o przedstawione wyżej zarzuty odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej jako obarczonej wadą mającą wpływ na wynik postępowania,
- powtórzenie czynności oceny ofert w postępowaniu i w jej wyniku:
- odrzucenie oferty wykonawcy Cermat na podstawie wskazanej w uzasadnieniu odwołania.

Odwołujący wskazał, że jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 505 ust.1 ustawy Pzp, bowiem oferta odwołującego zgodnie z rankingiem ofert zawartym w treści zawiadomienia o rozstrzygnięciu postępowania została uplasowana na drugiej po wykonawcy Cermat pozycji rankingowej. Mając na względzie powyższe, uwzględnienie odwołania

i odrzucenie oferty aktualnie wybranej, względnie wezwanie do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych, skutkuje bezpośrednio na możliwość wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu. W konsekwencji nie budzi wątpliwości, że interes prawny odwołującego w uzyskaniu zamówienia w tym postępowaniu doznał więc uszczerbku, bowiem gdyby nie zaskarżone czynności i zaniechania zamawiającego, to odwołujący uzyskałby zamówienie, tym samym odwołujący może ponieść szkodę w postaci utraconych zysków

z realizacji umowy zawartej z zamawiającym.

Odwołujący uzasadniając zarzuty odwołanie wskazał, co następuje.

Zamawiający pismem z 16 maja 2024 r. skierował do wykonawcy Cermat szczegółowe wezwanie do udzielenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny oferty. W sprawie wskaźnik obligujący do wezwania do wyjaśnień ceny dotyczył zarówno:

- wartości zamówienia (prawie o 60%) jak i
- średniej arytmetycznej ofert (31,69%).

Zamawiający jednoznacznie wymagał od wykonawcy, aby wykonawca przedstawił

w odpowiedzi na wezwanie stosowne dowody, jak również weryfikacja wyjaśnień miał być dokonana m.in. pod kątem wiarygodności w zakresie możliwości wykonania z należytą starannością całego przedmiotu zamówienia zgodnie z warunkami określonymi w SWZ.

Wezwany do wyjaśnień ceny wykonawca Cermat potwierdził, że stawka wynagrodzenia personelu, jaką przyjął na potrzeby dokonanej wyceny ofertowej pozostaje poniżej stawki minimalnej wynikającej z właściwych przepisów. Wskazana stawka nie została podana przypadkowo, bowiem w dalszej części wyjaśnień wykonawca konsekwentnie wskazuje na taką właśnie stawkę dzienną pracownika także dla wszystkich pozostałych robót branżowych.

Złożone wyjaśnienia potwierdzają, że kalkulacja nie uwzględnia obowiązkowego minimalnego wynagrodzenia, które będzie obowiązywało już od lipca br.

Wg informacji ze Związku Zawodowego Budowlani, który jest jednolitą ogólnopolską organizacją związkową zrzeszającą m.in. pracowników budownictwa, przemysłu materiałów budowlanych i wszystkich branż pokrewnych, ta stawka stosowana w budownictwie musi zawierać również koszty ponoszone przez pracodawcę (koszty ubezpieczeń emerytalnych

i społecznych) i powinna wynosić: 36,16 zł/godz. (źródło: https://zzbudowlani.pl/minimalna-stawka-kalkulacyjna-wynagrodzenia-w-budownictwie-w-2024-roku/).

Tymczasem jak wynika z podzielenia kwoty 221,6 zł (którą wskazał w swoich wyjaśnieniach wykonawca Cermat) na 8 godzinny dzień pracy – zgodnie z wyjaśnieniem ceny oferty stawka jaką zastosował wykonawca to 27,7 zł.

Wykonawca miał w szczególności obowiązek - zgodnie z Pzp i wezwaniem zamawiającego, złożenia wyjaśnień w zakresie: 4) zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2018 r. poz. 2177 oraz z 2019 r. poz. 1564)

Podkreślenia przy tym wymaga, że zakres rzeczowy zamówienia zawiera koszty pracy na poziomie około 40 %, a zatem nie może być mowy poza niezgodnością z obowiązującymi przepisami w zakresie kosztów pracy także o bagatelnym znaczeniu kwestionowanego elementu wyceny ofertowej. Stawka roboczogodziny pracownika stanowi zasadniczy element kosztowy wyceny oferty przetargowej.

Odwołujący wskazał również, że w związku z powyższym poza rażąco niską ceną ma miejsce naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 4 ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Cermat w sytuacji, gdy jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów dotyczących minimalnego wynagrodzenia za pracę a także naruszeniu art. 226 ust 1 pkt 10 Pzp, bowiem zawiera błędy w obliczeniu ceny w związku z wyceną ofertową w oparciu o koszty pracy z pominięciem kosztów pracodawcy.

Jak słusznie wskazała Izba w orzeczeniu o sygn. akt: KIO 1441/21 z 4 czerwca 2021 roku: *„Zgodnie z Komentarzem Prawo Zamówień Publicznych pod redakcją Huberta Nowaka*

i Mateusza Winiarza (UZP, Warszawa 2021) Pzp nie określa, na podstawie jakich innych przepisów oferta może być

nieważna, nie zawiera również w tym zakresie żadnego ograniczenia, co oznacza, że norma obejmuje wszystkie przepisy powszechnie obowiązującego prawa. Izba nie widzi przeszkód, by za taką odrębną regulację uznać przepisy odnoszące się do minimalnego wynagrodzenia za pracę i zasad ustalania tego wynagrodzenia. Niewątpliwie dla dyspozycji art. 226 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp2019 będą najczęściej miały zastosowanie zasady dotyczące składania oświadczeń woli wynikające
z kodeksu cywilnego, tym niemniej ustawa o minimalnym wynagrodzeniu za pracę i akty wykonawcze do tej ustawy również mają rangę przepisów odrębnych i składane przez wykonawców oferty także mogą być w ocenie składu orzekającego Izby oceniane pod kątem zgodności lub niezgodności z tymi przepisami".

Przykładowo można także powołać wyroki KIO 1489/18, KIO 527/19, wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie sygn. akt XXIII Ga 209/18. W orzeczeniu KIO 1489/18 Izba uzasadniając, iż oferta zawiera błąd w cenie z uwagi na poziom wynagrodzeń poniżej płacy minimalnej wskazała: „*W kwestii błędu w obliczeniu ceny skład orzekający podziela zaprezentowane w doktrynie stanowisko, zgodnie z którym „Weryfikacja prawidłowości wyliczenia ceny lub kosztu powinna dotyczyć również prawidłowego rozumienia przez wykonawcę powszechnie obowiązujących przepisów prawa, zwłaszcza mających wpływ na obliczenie ceny lub kosztu wykonania przedmiotu zamówienia (…). Zatem z błędem*
w obliczeniu ceny lub kosztu oferty będziemy mieli do czynienia w przypadku nieuwzględnienia (lub uwzględnienia w sposób nieprawidłowy) w wyliczeniu ceny lub kosztu wszystkich elementów ceno- lub kosztotwórczych, wynikających z przepisów prawa (…)" (tak: M. Jaworska: Komentarz do art. 89 ZamPublU (w:) M. Jaworska (red.): Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2018, Legalis)".

W sytuacji, gdy zaistnieją przesłanki do wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 224 ust. 1 lub 2 ustawy Pzp, wykonawca został ustawowo zobowiązany do wykazania, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Zwrócenie się przez zamawiającego do wykonawcy o złożenie wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny oznacza obciążenie wykonawcy ciężarem dowodu w zakresie wykazania, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska. Na powyższe wskazuje wprost art. 224 ust. 5 ustawy Pzp. Wyjaśnienia wykonawcy co do zasady muszą być konkretne, wyczerpujące, odpowiednio umotywowane, rzeczywiście uzasadniające podaną w ofercie cenę, wykazujące, że możliwe i realne jest wykonanie zamówienia za zaproponowaną cenę. Powyższe wynika z faktu, że to wyłącznie na podstawie złożonych wyjaśnień zamawiający dokonuje oceny czy oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt, czy też rażąco niskie ich istotne części składowe. Obowiązkiem wykonawcy jest, aby
w odpowiedzi na wezwanie wystosowane przez zamawiającego udzielił wyjaśnień dotyczących okoliczności, które wpłynęły na wysokość zaoferowanej ceny w taki sposób, aby na ich podstawie możliwe było jednoznaczne ustalenie, że cena oferty (odpowiednio koszt, istotna część składowa) nie jest ceną rażąco niską. Efektem składanych wyjaśnień ma być stworzenie podstaw do uznania przez zamawiającego, że podejrzenie dotyczące rażąco niskiej ceny oferty nie było uzasadnione. Podkreślić trzeba, iż nie tylko nieudzielenie wyjaśnień w wyznaczonym terminie skutkować będzie koniecznością odrzucenia oferty, ale także złożenie takich wyjaśnień, które nie uzasadniają podanej w ofercie ceny (por. art. 224 ust. 6 ustawy Pzp).

W przedmiotowej sprawie należy zwrócić szczególną uwagę na wprowadzony na gruncie aktualnie obowiązującej ustawy Pzp obowiązek żądania przez zamawiającego w przypadku zamówień na roboty budowlane lub usługi wyjaśnień co najmniej w zakresie 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 oraz zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie. Przepis art. 224 ust. 4 ustawy Pzp koreluje z wyrażoną w art. 95 ust. 1 ustawy Pzp (mającym zastosowanie także w odniesieniu do postępowań o udzielenie zamówień klasycznych o wartości mniejszej niż progi unijne, prowadzonych w trybie podstawowym bez negocjacji) koniecznością określenia przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia na usługi lub roboty budowlane wymagań związanych z realizacją zamówienia w zakresie zatrudnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie stosunku pracy osób wykonujących wskazane przez zamawiającego czynności w zakresie realizacji zamówienia, jeżeli wykonanie tych czynności polega na wykonywaniu pracy w sposób określony w art. 22 § 1 ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. - Kodeks pracy. W aktualnie obowiązującej ustawie Pzp przewidziano mechanizmy mające na celu przeciwdziałanie zatrudnianiu osób w oparciu
o umowy cywilnoprawne, w sytuacji gdy wykonywane przez nie czynności w istocie stanowią świadczenie pracy w rozumieniu Kodeksu pracy i umożliwienie zamawiającym realnej
i skutecznej weryfikacji działań wykonawców w tym zakresie (por. art. 95 ust. 2 ustawy Pzp wprowadzający konieczność określenia m.in. sposobu weryfikacji zatrudnienia osób w oparciu o umowę o pracę i uprawnień zamawiającego w zakresie kontroli spełniania przez wykonawcę wymagań związanych z zatrudnianiem tych osób oraz sankcji z tytułu niespełnienia tych wymagań). Art. 224 ust. 4 ustawy Pzp jest jednym z narzędzi służących takiej weryfikacji,

umożliwiającym zamawiającym zbadanie jeszcze na etapie prowadzenia postępowania czy w cenie oferty uwzględniono wszelkie niezbędne w świetle przepisów koszty związane z zatrudnianiem osób mających realizować zamówienie na umowę o pracę i czy przyjęte do kalkulacji wynagrodzenie pracowników nie jest niższe niż ustawowo wymagane.

Podanie samej stawki za roboczogodzinę, w żaden sposób nie omówionej, nie stanowi także dostatecznego wyjaśnienia przyjętych kosztów pracy. Mając na uwadze, że wartość kosztów pracy przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie właściwych przepisów, wykonawca powinien w treści wyjaśnień taki fakt nie tylko szczegółowo omówić, ale i wykazać. Wobec braku przedstawienia jakichkolwiek tego rodzaju informacji przez wykonawcę Cermat odnoszącej się do kwestii przyjętych na potrzeby kalkulacji ceny oferty kosztów pracy nie sposób ocenić ich zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, prawa pracy czy zabezpieczenia społecznego, tym bardziej, w sytuacji, gdy podana stawka jest niższa niż minimalne wynagrodzenie za pracę wynikającego z właściwych przepisów. Proste wskazanie stawki roboczogodziny, bez jakiegokolwiek omówienia faktycznie przyjętych kosztów pracy, nie stanowi rzetelnego wyjaśnienia kluczowych aspektów zaakcentowanych w treści wezwania, jakie zamawiający wystosował do Cermat. Niemniej potwierdzenie wprost w złożonych wyjaśnieniach ceny, że wynagrodzenie pracowników jest niezgodne z obowiązującymi przepisami dotyczącymi minimalnego wynagrodzenia w czasie jego realizacji (co najmniej do końca 2024 r.) jest wystarczającą podstawą odrzucenia oferty Cermat.

Wykonawca Cermat złożył wyjaśnienia ceny jednocześnie nie składając wraz z wyjaśnieniami żadnych dowodów, których wymagał w wezwaniu zamawiający w odniesieniu do kosztów pracy. Jak wskazuje orzecznictwo KIO w zakresie zaniechania złożenia wraz z wyjaśnieniami ceny dowodów: KIO 17/23 wyrok z dnia 2023-01-17 „*Wyjaśnienia udzielane w trybie art. 224 ust. 1 Pzp, nie mogą ograniczać się tylko do zapewnienia, że wykonawca będzie w stanie zrealizować zamówienie za podaną w ofercie cenę z lakoniczną informacją m.in. co do kosztów. (…) złożenie wyjaśnień ogólnikowych, nieskorelowanych z wątpliwościami wskazywanymi w wezwaniu, powoduje w konsekwencji sankcję odrzucenia oferty na podstawie art. 224 ust.6 Pzp. W tym przypadku należało zgodzić się z Odwołującym, że "Biorąc pod uwagę wyjaśnienia (…) oraz lakoniczną informację o kosztach, które są zaniżone bądź nieprzewidziane przez wykonawcę oraz brak dowodów, należy uznać cenę jego oferty za rażąco niską w rozumieniu ustawy Prawo zamówień publicznych". Ponadto, co wymaga podkreślenia, wezwany wykonawca (…) nawet nie potwierdził zgodności zaoferowanej ceny (co było podkreślone w wezwaniu) z przepisami prawa dotyczącymi kosztów pracy oraz przepisami z zakresu prawa pracy i ubezpieczenia społecznego. Załączoną Listę płac (...) trudno uznać (…) za dowód wiarygodny skorelowany z tym przedmiotem zamówienia. Co do sprzętu (…) nie przedstawił żadnych dowodów na okoliczność dysponowania własnym zapleczem sprzętowym wraz ze specjalistycznym osprzętem (ładowarki, samochody). W przypadku kosztów transportu (kosztów pracy samochodów ciężarowych) w żaden sposób nie wyjaśniono w jakiej wysokości te koszty zostały uwzględnione w cenie oferty*”.

Z tego względu należy w ocenie odwołującego przyjąć, że przedłożone wyjaśnienia są niepoparte żadnymi dowodami, uniemożliwiając zamawiającemu jakąkolwiek ocenę oferty wykonawcy pod względem realności ceny.

Powyższy pogląd prawny został oparty o jednolitą linię orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej (vide: wyroki KIO 1894/19, KIO 1362/19, KIO 1295/19) wykluczającej możliwość uznania za dowiedziony przez wykonawcę brak rażąco niskiej ceny w sytuacji przedłożenia przez niego ogólnych, niewyczerpujących i lakonicznych wyjaśnień.

Podkreślenia wymaga, że zgodnie z przyjętym orzecznictwem KIO jako brak udzielenia wyjaśnień należy rozumieć nie tylko całkowitą bierność po stronie wykonawcy (tj. brak odpowiedzi na wezwanie zamawiającego), ale również złożenie wyjaśnień o charakterze ogólnym, nierzeczowym, niepopartym faktami, zawierające braki i nieodnoszące się do kwestii poruszonych w wezwaniu (por. np. wyrok KIO z 17.01.2018 r., KIO 23/18, z 19.04.2018 r., KIO 503/18).

Odmienne podejście do wykonawcy, który wbrew obowiązkowi nie dokłada należytej staranności w złożeniu wyjaśnień, stanowiłoby jego uprzywilejowanie, co z kolei naruszałoby zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. Orzecznictwo KIO stoi na przeszkodzie powtarzaniu procedur wezwania do wyjaśnień ceny, wskazując: (KIO 431/19, wyrok z 26 marca 2019 r.) „*Ponowienie wezwania nie może stanowić ratowania oferty, wówczas gdy wykonawca składa wyjaśnienia zbyt ogólne, niekonkretne, nierzeczowe, niepoparte faktami, wykonawca ma bowiem obowiązek dołożyć wszelkich starań, aby na pierwsze wezwanie zamawiającego rzetelnie wyjaśnić okoliczności, które uzasadniają wysokość ceny jego oferty. Zamawiający nie może wzywać jednak wykonawcy kilkakrotnie do uszczegółowienia i skonkretyzowania ogólnikowych twierdzeń podanych wcześniej, prowadziłoby to bowiem do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, poprzez sugerowanie wykonawcy, jakie wyjaśnienia powinien ostatecznie złożyć*”.

W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, jak i w orzecznictwie sądów powszechnych, ugruntowany jest pogląd, iż sytuacja prawna wykonawcy, który złożył wyjaśnienia ogólne, nie poparte dowodami, nie pozwalające na ustalenie czy

cena została skalkulowana prawidłowo, jest w zasadzie analogiczna do sytuacji wykonawcy, który zaniechał złożenia jakichkolwiek wyjaśnień (por. m.in. wyrok KIO z 19 maja 2016 r., sygn. akt KIO 722/16, wyrok KIO z 20 maja 2010 r., sygn. akt KIO 730/10, wyrok Sądu Okręgowego w Częstochowie z 12 sierpnia 2005 r. sygn. VI Ca 464/05, wyrok Sądu Okręgowego w Poznaniu z 4 czerwca 2008 r., sygn. X Ga 127/08). Ponadto konieczność uznania, iż cena ofertowa jest ceną rażąco niską ma miejsce także w przypadku braku przedstawienia przez wykonawcę takich wyjaśnień, które wykażą, że oferowana przezeń cena rażąco niska nie jest (por. m.in. wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 30 lipca 2014 r., sygn. akt XXIII Ga 1293/14).

Pzp nie wymaga dla skuteczności wezwania do wyjaśnień ceny, aby to zamawiający określał w wezwaniu zamknięty katalog środków dowodowych bowiem to wykonawca a nie zamawiający ma wykazać i odtworzyć kalkulację i udowodnić, że cena oferty jest prawidłowa.

Jak wskazuje orzecznictwo, wezwanie do wyjaśnień, nawet sformułowane ogólnie, z ograniczeniem się do przywołania treści przepisu ustawy, powoduje po stronie wykonawcy obowiązek przedstawienia wyczerpujących i popartych dowodami wyjaśnień (przykładowo wyrok z 20 stycznia 2021 r. KIO 3448/20 czy KIO 981/20 z 15 czerwca 2020 r. sygn. akt: KIO 899/21 wyrok z 12 maja 2021 r.). Przedmiotowe wezwanie jako czynność zamawiającego nie została zaskarżona środkiem ochrony prawnej, a zatem należało przyjąć, że PDJ dobrowolnie poddał się procedurze badania istnienia rażąco niskiej ceny i miał obowiązek udowodnić, że cena jego oferty wbrew domniemaniu została ustalona poprawnie. Stosownie do przepisu art. 224 ust. 5 ustawy Pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy. Wymaga również wskazania, że w myśl przepisu art.224 ust. 6 ustawy Pzp odrzuceniu jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu.

Zgodzić się w tym zakresie należy ze stanowiskiem wyrażonym przez Sąd Okręgowy w Warszawie w uzasadnieniu wyroku z 31 sierpnia 2021 r. sygn. akt XXIII Zs 71/21, zgodnie z którym: „*Wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny zobowiązany jest wskazać co spowodowało obniżenie ceny, jak również podać jakie czynniki faktycznie wpłynęły na jej obniżenie. Udzielone wyjaśnienia mają bowiem potwierdzić, iż złożona oferta jest rzetelnie przygotowana, a cena prawidłowo oszacowana. Tymczasem odwołujący udzielił ogólnikowych wyjaśnień, nie przedstawiając przy tym żadnych dowodów na potwierdzenie podniesionych w wyjaśnieniu argumentów. Niedostateczne wyjaśnienia stanowią podstawę odrzucenia oferty, gdyż same wyjaśnienia, a tym bardziej zawierające niekonkretne i ogólnikowe stwierdzenia można uznać za niezłożone, ponieważ to na wykonawcy spoczywa obowiązek złożenia wyczerpujących wyjaśnień (wyr. KIO z dnia 4 czerwca 2013 r., o sygn. akt 1187/13). Wskazówką dla wykonawcy składającego wyjaśnienia winien być przepis art. 90 ust. 3 dPzp, obecnie art. 224 ust. 6 nPzp, w którym jest mowa nie tylko o złożonych wyjaśnieniach, ale również o dowodach na ich potwierdzenie. Oczywistym jest zatem, że przedstawione wyjaśnienia winny być nie tylko konkretne i przekonywujące, ale również poparte stosownymi dowodami czego w niniejszej sprawie zdaniem Sądu Okręgowego trudno jest się dopatrywać, zresztą skarżący te okoliczność przyznaje wprost*”.

Potwierdza powyższe jednolite orzecznictwo Izby, w tym przykładowo wyrok z 16 marca 2021 r., sygn. akt KIO 600/21: „*W odpowiedzi na takie wezwanie wykonawca zobowiązany jest zatem wyjaśnić w sposób szczegółowy i konkretny, że zaoferowana cena gwarantuje należytą realizację całego zamówienia, uwzględnia wszelkie niezbędne do tego elementy, jak również wykazać dlaczego był w stanie zaoferować cenę na takim, a nie innym poziomie, czyli poziomie odbiegającym od wartości zamówienia lub cen innych złożonych w postępowaniu ofert. Przy czym podkreślić trzeba, że nie jest wystarczające samo powołanie się na istnienie tego rodzaju okoliczności, lecz konieczne jest wykazanie w sposób mierzalny, jak wpływają one na obniżenie kosztów realizacji zamówienia, jakie mają przełożenie na poszczególne elementy składowe ceny. Tak złożone wyjaśnienia wykonawca zobowiązany jest poprzeć stosownymi dowodami potwierdzającymi wskazywane w wyjaśnieniach informacje. Jest to szczególnie istotne w sytuacji, gdy wykonawca powołuje się na istnienie po jego stronie pewnych szczególnie korzystnych warunków czy posiadanie pewnych szczególnych rozwiązań, które wpłynęły na sposób ukształtowania ceny. Nie dysponując dowodami Zamawiający nie jest w stanie dokonać oceny czy okoliczności powodujące obniżenie ceny, na które powołuje się wykonawca, faktycznie zachodzą*”.

Wobec niezłożenia kompletnych dowodów dla wykazania realności wyceny - zdaniem odwołującego - zamawiający nie mógł dokonać oceny zaoferowanej ceny i zawartych w niej kosztów w sposób wszechstronny, z należytą starannością, zgodnie z treścią przepisu art. 224 ust.6 ustawy Pzp, co skutkuje również koniecznością przyjęcia, że wykonawca nie udowodnił, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska.

W okolicznościach sprawy brak jest możliwości ponowienia wezwania do wyjaśnień ceny wobec szczegółowości i precyzji wezwania – tak stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej zaprezentowane w sprawie o sygn. akt KIO 1036/19 –

wyrok z 25 czerwca 2019 r., w którym wyrażono pogląd, że skierowanie powtórnego wezwania do złożenia wyjaśnień możliwe jest tylko w szczególnie uzasadnionych przypadkach i może dotyczyć wykonawcy, który rzetelnie złożył pierwsze wyjaśnienia, np. gdy w świetle złożonych wcześniej wyjaśnień pojawiły się
u zamawiającego nowe wątpliwości (podobnie wyrok z 27 września 2018 r., sygn. akt: KIO 1835/18, wyrok z 14 maja 2019 r., sygn. akt: KIO 776/19, wyrok z 21 sierpnia 2020 r., sygn. akt: KIO 1317/20, wyrok z 10 sierpnia 2020 r., sygn. akt: KlO 1566/20, KlO 1633/20, wyrok
z 23 lutego 2021 r., sygn. akt: KIO 291/21, wyrok z 28 kwietnia 2021 r., sygn. akt KIO 806/21, wyrok z 20 maja 2021 r., sygn. akt KIO 888/21, wyrok z q24 czerwca 2021 r., sygn. akt: KIO 1404/21, wyrok z 25 listopada 2021 r., sygn. akt KIO 3231/21, wyrok z 8 lutego 2022 r., sygn. akt 117/22).

Analizując wyjaśnienia Cermat można odnieść wrażenie, że inwestycja będzie prowadzona w warunkach wręcz laboratoryjnych, nieistniejących w rzeczywistości. Pracownicy nie będą dowożeni na budowę, Kierownik Budowy również nie musi dojeżdżać do miejsca budowy, materiały nie muszą być transportowane na budowę i do miejsca wbudowania, budowa nie wymaga zabezpieczenia przed osobami postronnymi, a zwłaszcza głębokie wykopy, budowa nie wymaga zaplecza, gdzie będzie składowany materiał i nie jest wymagana ochrona tego zaplecza czy też zapewnienie pracownikom podstawowych wymagań sanitarnych (toalety).

Odnosząc się do złożonych wyjaśnień ceny Cermat:

Personel - Firma Cermat-Prodbet ma status mikro przedsiębiorcy – tak zadeklarowała to
w Formularzu oferty w tym postępowaniu, jak również w wielu innych zamówieniach publicznych tak deklaruje. Definicja mikroprzedsiębiorcy znajduje się przede wszystkim w art. 7. Ustawy prawo przedsiębiorców. Zgodnie z nim to przedsiębiorca, który w co najmniej jednym roku z dwóch ostatnich lat obrotowych spełniał łącznie następujące warunki:

- zatrudniał mniej niż 10 pracowników w ujęciu średniorocznym,
- jego roczny obrót netto ze sprzedaży usług, towarów, wyrobów czy operacji finansowych nie przekroczył równowartości 2 milionów euro lub suma jego aktywów z bilansu sporządzonego na koniec jednego z tych lat nie przekroczyła równowartości 2 milionów euro.

Pojęcie jednostki mikro wprowadza także Ustawa o rachunkowości. Odnosi się do spółek, innych osób prawnych oraz oddziałów przedsiębiorców zagranicznych, które w sprawozdaniu finansowym wykazały, że w danym roku obrotowym oraz w ciągu roku poprzedzającego spełniły co najmniej dwa z trzech warunków:

- nie przekroczyły sumy aktywów 1 500 000 zł na koniec roku obrotowego,
- nie przekroczyły kwoty 3 000 000 zł przychodów netto ze sprzedaży towarów i produktów,
- nie zatrudniają więcej niż 10 osób w przeliczeniu na pełne etaty (w ujęciu średniorocznym).

Mikroprzedsiębiorca to zatem firma, która zatrudnia do 10 pracowników.

Wg wyjaśnień ceny z 17 maja 2024 r. – „*Wszystkie roboty wykonujemy bez udziału podwykonawców przy użyciu własnego nowoczesnego sprzętu*”.

Natomiast wg kalkulacji kosztów Cermat-Prodbet przy każdym elemencie robót podaje,
że prace będą wykonywane przez 18 osób. Zamawiający określił w SWZ wymagania związane z realizacją przedmiotu zamówienia w zakresie zatrudnienia na podstawie stosunku pracy,
o którym mowa w art. 95 w zw. z art. 438 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych
w zakresie robót budowlanych, w tym w szczególności roboty: ziemne, kanalizacyjne, nawierzchniowe i odtworzeniowe. Stąd wynika wprost, że przystępując do realizacji tej inwestycji wykonawca będzie zmuszony zatrudnić dodatkowe osoby i ponieść z tego tytułu dodatkowe koszty lub zamierza wykonać roboty z udziałem podwykonawców (przy czym formularz ofertowy wskazuje na zamiar samodzielnej realizacji zamówienia zaś wyjaśnienia ceny nie wskazują na jakichkolwiek podwykonawców).

Koszt pracy samochodów ciężarowych - W kalkulacji podanej w wyjaśnieniach to tylko koszt paliwa. Wykonawca pominął całkowicie w kalkulacji pozostałe zasadnicze koszty pracy sprzętu jak:

- koszt przeglądów technicznych i koszt ubezpieczeń OC każdego pojazdu
- koszt serwisowania pojazdów, koszt wymiany opon, niezbędne naprawy i płyny eksploatacyjne (smary, płyny do spryskiwaczy itp.)
- koszt obsługi – samochód musi być obsługiwany przez kierowcę
- podatek drogowy od samochodów ciężarowych,
- opłata drogowa przy przejeździe przez drogi objęte taką opłatą,
- zapis z wyjaśnień Cermat: „sprzęt jest własny i nowoczesny” – pominięto zupełnie koszty amortyzacji lub leasingu.

Koszt pracy koparek, walców i rozkładarki do asfaltu – również posłużono się w kalkulacji tylko kosztami zużycia paliwa.

Pominięto zupełnie koszty pracy operatorów (maszyny muszą być obsługiwane podczas swojej pracy, a rozkładarka do asfaltu wymaga obsługi przez 4-6 osób), koszty serwisowania, niezbędnych napraw i pozostałych materiałów

eksploatacyjnych, jak również koszty amortyzacji bądź leasingu.

Błąd w wyliczeniach ceny.

Kalkulacja w zakresie wyliczenia kosztów nawierzchni zawiera błąd – do wykonania założono 2 walce, w kosztach policzono tylko 1 walec.

Pominięte koszty.

Kalkulacja kosztów wykonania Kanalizacji deszczowej pomija zupełnie koszty zabezpieczenia wykopów, które na tej inwestycji są bardzo głębokie i sięgają 3 m poniżej poziomu terenu. Tym samym narażeni na niebezpieczeństwo utraty zdrowia lub życia będą pracownicy układający rury i studnie w takich wykopach, nie mówiąc już o bezpieczeństwie okolicznych mieszkańców. Standardowo są to koszty na poziomie 20% kosztów robót ziemnych.

Kalkulacja kosztów wykonania podbudów pomija konieczność wykonania niezbędnych zagęszczeń – nie skalkulowano pracy walców, które są niezbędne dla prawidłowego wykonania tych elementów dróg.

Kalkulacja pomija koszt dowozu codziennie pracowników na budowę, jak również koszt dojazdu nadzoru na budowę.

Kalkulacja pomija całkowicie koszt wykonania zaplecza budowy, sanitariatów, zabezpieczenia miejsca wykonywania robót przed wejściem osób postronnych.

Kalkulacja pomija koszt zapewnienia obsługi geodezyjnej, obsługi geologicznej, koszt sporządzenia dokumentacji powykonawczej, koszty zużycia wody i energii, koszty opracowania dokumentacji powykonawczej.

Kalkulacja pomija koszt niezbędnych prób szczelności kanałów deszczowych oraz innych badań laboratoryjnych, które są niezbędne przy realizacji robót budowlanych i ich odbiorze przez Inwestora i wynikają wprost z zapisów specyfikacji technicznych

Zgodnie z Wzorem umowy – zał. nr 7 do SWZ - § 11 ust. 8 „*Wynagrodzenie uwzględnia w szczególności: koszty urządzenia terenu budowy, koszty obsługi geodezyjnej, koszty obsługi geologicznej, koszty nadzorów specjalistycznych, koszty ubezpieczenia, koszty kontroli jakości, koszty zużycia wody i energii, koszty opracowania dokumentacji powykonawczej*”.

W kalkulacji ceny pominięto elementy branży Kanalizacji deszczowej, których konieczność wykonania opisuje dokumentacja oraz przedmiary robót. Są to m.in.:

- kanały z rur polietylenowych PEHD SN8 i 160 mm łączone na uszczelkę
- wykonanie różnych elementów drobnowymiarowych o objętości do 1.5 m3 - beton B-15
- pomosty dla pieszych nad wykopem.

Skalkulowany w cenie oferty nierealny termin realizacji zamówienia – 90 dni roboczych.

Kalkulacja przedstawiona w wyjaśnieniach zakłada wykonanie całej inwestycji przez okres 90 dni roboczych. Zsumowane wyliczenie liczby dni z poszczególnych elementów: 15 + 30 + 25 + 10 + 10 = 90 dni.

Kalkulacja pomija zupełnie fakt, że zaistnieją warunki atmosferyczne, które uniemożliwiają wykonanie robót budowlanych (deszcze i inne), przerwy w dostawach materiałów – nie wszystkie przyjeżdżają na czas. Poza tym kalkulacja zakłada tylko wynagrodzenie za czas pracy, pracownikom wg założeń z kalkulacji nie przysługuje wynagrodzenie za soboty
i niedziele, czy za urlop wypoczynkowy. Zamawiający przewidział jako termin realizacji okres 360 dni. Przedstawiony przez Cermat okres wykonania robót jako 90 dni jest zupełnie nierealny – zaś w sytuacji uwzględnienia w cenie całego okresu koniecznego do wykonania zamówienia koszty znacząco by wzrosły (wykonawca nie potrafiąc uzasadnić wyceny usiłuje przekonać zamawiającego, że możliwe jest wykonanie zamówienia w czasie, na który byłby ew. w stanie przedstawić kalkulacje).

Błędy obliczeniowe.

Kalkulacja ceny przedstawiona przez Cermat pomija kompletnie fakt, że od wykonanej usługi, jaką jest robota budowlana polegająca na wykonaniu Przebudowy ul. Łączności wraz z budową kanalizacji deszczowej, należy odprowadzić podatek VAT w wysokości 23%.

W kalkulacji kosztów policzone są materiały, koszty wynagrodzenia zasadniczego robotników, koszty pracy sprzętu, a sumaryczna wartość nie jest podwyższona o obowiązkowy podatek VAT od usługi budowlanej w wysokości 23%. Cena brutto w ofercie jest podana przez Cermat jako 1.983.407,93 zł, w której zawarto wygenerowany rzekomy zysk w wysokości 506.012,75 zł, i nieprawidłowo skalkulowane koszty na poziomie 1.477.395,18 zł. W jakim momencie kalkulacji uwzględniono koszt podatku VAT w wysokości 23% od wykonanej usługi, nie jest wiadomo.

Pominięcie kosztów finansowania inwestycji przez wykonawcę.

Zgodnie z zapisami załącznika nr 7 do SWZ – Wzór umowy:*„§ 11 ust. 2 Wynagrodzenie Wykonawcy płatne w następujący sposób:*

a) łączna kwota wynagrodzenia brutto wypłacona Wykonawcy w roku 2024 na podstawie faktury częściowej wystawionej zgodnie z harmonogramem rzeczowo - finansowo - terminowym nie może przekroczyć kwoty brutto 400 000,00 zł, płatnej w terminie 14 dni od daty doręczenia Zamawiającemu faktury oraz protokołu częściowego wykonania

prac, przelewem na konto Wykonawcy podane w fakturze,

b) pozostała część wynagrodzenia w 2025 roku na podstawie faktury końcowej wystawionej przez Wykonawcę po podpisaniu protokołu odbioru końcowego robót, dokonaniu skutecznego zawiadomienia o zakończeniu budowy / uzyskaniu decyzji na użytkowanie od Powiatowego Inspektora Nadzoru Budowlanego w Piasecznie, a także przekazaniu Zamawiającemu dokumentacji budowy oraz dokumentacji powykonawczej wraz z inwentaryzacją geodezyjną powykonawczą, w terminie 14 dni od daty doręczenia Zamawiającemu faktury, przelewem na konto Wykonawcy podane w fakturze".

Z powyższych zapisów wynika, że przeważająca większość wynagrodzenia za wbudowane materiały i pracę zatrudnionych pracowników, jak również za koszty pracy użytych maszyn, zostanie wypłacona wykonawcy dopiero w roku 2025. Kalkulacja pomija zupełnie koszty kredytowania bądź finansowania inwestycji przez Cermat-Prodbet. Średniorynkowy koszt kredytowania bieżącej działalności firm budowlanych na dzień dzisiejszy to koszt rzędu 11-12% liczony od wysokości kredytu. W skali roku przy tej wielkości inwestycji będzie to koszt przekraczający 100.000 zł.

Potwierdza konieczność uwzględnienia powyższych kosztów w cenie oferty wyjaśnienie zamawiającego z dnia 30.04.br.

Powyższe pominięcie kosztów finansowania inwestycji potwierdza, że wykonawca nie uwzględnił w wycenie sposobu finansowania zamówienia.

Przy czym z jednej strony pominięcie oznacza, że nie doszło do udzielenia wyjaśnień ceny oferty, skoro pominięto istotne tak wartościowo (ok 12%) – jeśli chodzi tylko o koszty kredytowania, jak i rzeczowo, elementy składowe zamówienia a niezależnie od powyższego stanowi dowód, że skoro kalkulacja ceny oferty nie uwzględnia poniższych elementów składowych zamówienia to podlega odrzuceniu na podstawie samodzielnej podstawy prawnej – art. 226 ust 1 pkt 5 Pzp jako niezgodna z warunkami zamówienia

Na marginesie odnosząc się do twierdzeń i zapewnień wykonawcy z wyjaśnień ceny nt. odległości bazy w stosunku do placu budowy (wg zapewnienia 9,5km).

Tymczasem faktyczna odległość bazy sprzętowej do środka inwestycji w Łazach: najkrótsza trasa ma długość 15,6 km, a wszystkie przebiegają przez drogi krajowe, więc przejazdy samochodami ciężarowymi będą powodowały konieczność uiszczenia opłat z tytułu opłaty drogowej przy przejeździe przez drogi objęte taką opłatą (wcześniej Viatoll).

Powyższe podważa wiarygodność wyjaśnień ceny i przyjętych założeń kalkulacyjnych.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości. Zamawiający wskazał, co następuje.

Spółka CERMAT — PRODBET w wyznaczonym terminie dokonała uzupełnienia wyjaśnień rażąco niskiej ceny i poparła je stosownymi, wiarygodnymi dowodami (ofertami, fakturami). Zgodnie z przedłożonymi wyjaśnieniami koszty i nakłady wykonawcy przedstawiają się następująco:

1. Roboty przygotowawcze:76 653,14zł.
2. Kanalizacja deszczowa:537 769,35zł.
3. Podbudowy:221 481,55zł.
4. Nawierzchnie:471 979,40zł.
5. Urządzenia bezpieczeństwa ruchu:4 708,46zł.
6. Elementy dróg i ulic:99 803,28zł.
7. Inne koszty (kierownik budowy, COR, zabezpieczenie, OC, ryzyko): 65 000,00 zł.
8. Zysk Wykonawcy506 012,75zł.

SUMA: 1 983 407,93zł.

Zamawiający w sposób wnikliwy i skrupulatny przeanalizował wyjaśnienia oraz dowody, złożone w dniu 17 maja 2024 r. przez spółkę CERMAT-PRODBET dotyczące wyliczenia ceny oferty. Zdaniem zamawiającego wycena została dokonana rzetelnie, zgodnie z wymaganiami zawartymi w SWZ, dokumentacji projektowej oraz przepisami z zakresu prawa pracy

i zabezpieczenia społecznego. Wykonawca udowodnił, przedkładając dowody (tj. faktury, oferty), iż wynegocjował z dostawcami i pozyskał konkurencyjne ceny na kluczowe materiały budowlane niezbędne do realizacji przedmiotowego zamówienia, co znacząco obniża koszty realizacji inwestycji. Po dokonaniu analizy przedstawionych w wyjaśnieniach cen materiałów budowlanych użytych do realizacji zadania (kruszywo drogowe, krawężniki, oporniki, obrzeża, stabilizacja piaskowa, wpusty i studnie deszczowe wraz z włazami, kruszywo do obsypania rurociągów, geosiatka drogowa, masa bitumiczna) stwierdzono, iż nie odbiegają one znacząco od cen rynkowych oraz cen przedstawionych przez pozostałych oferentów biorących udział

w postępowaniu przetargowym. Spółka CERMAT-PRODBET, dysponuje własną doświadczoną i wykwalifikowaną kadrą pracowniczą z długoletnim stażem. Wykonawca nie korzysta z podwykonawców, co również ma istotne znaczenie na obniżenie kosztów realizacji zadania. Siedziba i baza sprzętowa firmy zlokalizowane są w niewielkiej odległości od terenu

inwestycji, ponadto wykonawca realizuje inne roboty budowlane na terenie Gminy Lesznowola co również wpływa na cenę ofertową. Ważnym aspektem jest fakt, iż CERMAT-PRODBET
sp. z o.o., posiada kompletny, nowoczesny park maszynowy, spełniający najwyższe normy spalania STAGE III i Euro 6, co wpływa na koszty paliwa i eksploatacji a dzięki długoletniej współpracy z Orlen S.A, wykonawca posiada upusty na paliwa co zmniejsza koszty transportu.

Zamawiający podtrzymuje, iż zaproponowana przez CERMAT-PRODBET Sp. z o.o. cena ofertowa, obejmuje całkowity koszt wykonania przedmiotu zamówienia, uwzględnia wykonanie wszystkich robót przewidzianych do realizacji zgodnie z dokumentacją projektową oraz zawiera inne niezbędne koszty budowy i obsługi geodezyjnej. Wykonawca w cenie oferty dodatkowo uwzględnił rezerwę na ryzyko oraz wykazał zysk w wysokości 506 012,75 zł (słownie: pięćset sześć tysięcy dwanaście złotych 75/100).

Należy zauważyć, iż minimalna stawka godzinowa 27,70zł., jaką wykazał wykonawca
w swoich wyjaśnieniach dot. rażąco niskiej ceny jest prawidłowa i obowiązująca (zgodnie
z rozporządzeniem Rady Ministrów z 14 września 2023 r.) na dzień składania ofert oraz dzień złożenia wyjaśnień. Spółka CERMAT-PRODBET jest doświadczonym, rzetelnym
i wiarygodnym wykonawcą. Firma niejednokrotnie wykonywała na terenie gminy Lesznowola roboty budowlane w ramach umów z zakresu Prawa zamówień publicznych, kończąc je zgodnie ze sztuką budowlaną oraz należytą starannością.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego
z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza kwot określonych
w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła,
iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzuty odwołującego są zasadne. Krajowa Izba Odwoławcza podzielając w całości stanowisko odwołującego (za wyrokiem SO w Warszawie z 25.08.2015 r., sygn. akt: XXIII Ga 1072/15: *„Izba ma prawo podzielić zarzuty i wartościową argumentację jednego z uczestników, zgodnie z zasadą swobodnej oceny dowodów*"), wskazuje, co następuje.

Jak słusznie wskazał odwołujący, należy zwrócić szczególną uwagę na wprowadzony na gruncie aktualnie obowiązującej ustawy Pzp obowiązek żądania przez zamawiającego
w przypadku zamówień na roboty budowlane lub usługi wyjaśnień co najmniej w zakresie 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 10 października 2002 r.
o minimalnym wynagrodzeniu za pracę oraz zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy
i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie.

Przepis art. 224 ust. 4 ustawy Pzp koreluje z wyrażoną w art. 95 ust. 1 ustawy Pzp (mającym zastosowanie także w odniesieniu do postępowań o udzielenie zamówień klasycznych
o wartości mniejszej niż progi unijne, prowadzonych w trybie podstawowym bez negocjacji) koniecznością określenia przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia na usługi lub roboty budowlane wymagań związanych z realizacją zamówienia
w zakresie zatrudnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie stosunku pracy osób wykonujących wskazane przez zamawiającego czynności w zakresie realizacji zamówienia, jeżeli wykonanie tych czynności polega na wykonywaniu pracy w sposób określony w art. 22 § 1 ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. - Kodeks pracy.

W zakresie sposobu obliczenia ceny oferty SWZ wskazuje, że wynagrodzenie za realizację przedmiotu zamówienia ustala się w formie wynagrodzenia ryczałtowego, o którym mowa
w art. 632 Kodeksu cywilnego.

W aktualnie obowiązującej ustawie Pzp przewidziano mechanizmy mające na celu przeciwdziałanie zatrudnianiu osób w oparciu o umowy cywilnoprawne, w sytuacji gdy wykonywane przez nie czynności w istocie stanowią świadczenie pracy w rozumieniu Kodeksu pracy i umożliwienie zamawiającym realnej i skutecznej weryfikacji działań

wykonawców
w tym zakresie (por. art. 95 ust. 2 ustawy Pzp wprowadzający konieczność określenia m.in. sposobu weryfikacji zatrudnienia osób w oparciu o umowę o pracę i uprawnień zamawiającego w zakresie kontroli spełniania przez wykonawcę wymagań związanych z zatrudnianiem tych osób oraz sankcji z tytułu niespełnienia tych wymagań). Art. 224 ust. 4 ustawy Pzp jest jednym z narzędzi służących takiej weryfikacji, umożliwiającym zamawiającym zbadanie jeszcze na etapie prowadzenia postępowania czy w cenie oferty uwzględniono wszelkie niezbędne
w świetle przepisów koszty związane z zatrudnianiem osób mających realizować zamówienie na umowę o pracę i czy przyjęte do kalkulacji wynagrodzenie pracowników nie jest niższe niż ustawowo wymagane.

Naturalną konsekwencją istnienia po stronie zamawiającego prowadzącego postępowanie o udzielenie zamówienia na roboty budowlane lub usługi obowiązku wezwania wykonawcy do wyjaśnień w ww. zakresie, jest zaktualizowanie się po stronie wykonawcy obowiązku udzielenia stosownych wyjaśnień w kwestii kosztów pracy i zgodności z przepisami prawa pracy w przypadku otrzymania takiego wezwania. Obowiązek taki wywieść można także na gruncie art. 224 ust. 5 ustawy Pzp, który wskazuje, iż to na wykonawcy spoczywa ciężar wykazania, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

Mając na uwadze, że wartość kosztów pracy przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę, ustalonego na podstawie właściwych przepisów, wykonawca powinien w treści wyjaśnień taki fakt nie tylko szczegółowo omówić, ale i wykazać.

Posiłkując się w tym zakresie § 6 ust. 2 rozporządzenia Ministra Infrastruktury w sprawie określenia metod i podstaw sporządzania kosztorysu inwestorskiego, obliczania planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych określonych
w programie funkcjonalno – użytkowym, godzinowe stawki robocizny kosztorysowej ustalone na podstawie analizy własnej powinny obejmować wszystkie składniki zaliczane do wynagrodzenia oraz koszty pochodne naliczane od wynagrodzeń, a w szczególności płace zasadnicze; premie regulaminowe; płace dodatkowe (dodatki stażowe, inne dodatki regulaminowe); płace uzupełniające (wynagrodzenia za urlopy i inne płatne nieobecności, zasiłki chorobowe, odprawy emerytalne, nagrody jubileuszowe); obligatoryjne obciążenia płac; odpisy na zakładowy fundusz świadczeń socjalnych.

W odniesieniu do klauzuli prozatrudnieniowej – zamawiający wymaga realizacji umowy,
tj. w zakresie robót: ziemne, kanalizacyjne, nawierzchniowe oraz odtworzeniowe będą zatrudnione osoby na podstawie umowy o pracę w rozumieniu Kodeksu pracy, w pełnym wymiarze czasu pracy.

Izba wskazuje, że ceny materiałów budowlanych czy ceny paliwa dla profesjonalnych wykonawców w znacznej mierze zawsze podlegają obniżeniu, nie jest to okoliczność dedykowana i wyłączna tylko dla wykonawcy CERMAT-PRODBET.

Co do okoliczności związanych z wynagrodzeniem pracy osób dedykowanych do realizacji zamówienia, Izba zwraca uwagę, co zresztą słusznie podnosił odwołujący, iż wykonawca CERMAT-PRODBET w swoich wyjaśnieniach dotyczących RNC pominął *de facto* koszty pracodawcy ponoszone w związku z zatrudnieniem pracowników, jak też, co najistotniejsze nie uwzględnił zmiany wysokości minimalnego wynagrodzenia obowiązującego od 1 lipca 2024 roku. Jak wynika ze złożonych wyjaśnień, po przeliczeniu stawki za 8 godzinny dzień pracy wykonawca CERMAT-PRODBET przyjął stawkę obowiązującą do końca czerwca 2024 roku. Jednakże zamówienie, nawet przy przyjęciu deklarowanego przez tego wykonawcę 90 dniowego terminu realizacji, to wykonawca powinien uwzględnić wyższe stawki, a przy uwzględnieniu, iż koszt robocizny to około 40 % wartości zamówienia, należy stwierdzić, iż jest to koszt znaczący, istotny dla prawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia. Nie można również pominąć kwestii związanych z finansowaniem inwestycji. Skoro bowiem zamawiający przyjął, iż w bieżącym roku może sfinansować kontrakt do wysokości tylko 400 000 zł, to wykonawca powinien przynajmniej wyjaśnić w jaki sposób zamierza sfinansować realizację prac budowlanych bez uzyskanego od zamawiającego wynagrodzenia, przynajmniej (przyjmując realizację od 1 lipca przez 90 dni) przez 3 – 4 miesiące (konieczne jest uwzględnienie 30 dniowego terminu płatności faktury przez zamawiającego).

Izba podziela również stanowisko odwołującego względem okoliczności dotyczących pozostałych elementów niewycenionych i niewyjaśnionych przez wykonawcę CERMAT-PRODBET.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zamawiający nie wykazał, nie udowodnił,
że wyjaśnienia wykonawcy CERMAT-PRODBET potwierdzają, że cena jego oferty nie jest rażąco niska. Zamawiający nie przedstawił żadnej kalkulacji, żadnych dowodów obalających zarzuty i twierdzenia odwołującego. Zgodnie natomiast z przepisem art. 537 pkt 2 ustawy Pzp, ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na zamawiającym, jeżeli wykonawca, który złożył ofertę, nie jest uczestnikiem postępowania odwoławczego.

Izba stoi również na stanowisku, że nie jest możliwe i zasadne przyjmowanie za zasadną linii obrony wykonawcy czy zamawiającego, że wszelkiego rodzaju nieścisłości związane

z przedstawionymi wyjaśnieniami dotyczącymi RNC, czy kalkulacjami w tym zakresie, wszelkiego rodzaju braki w wycenie, można sanować przy uwzględnieniu, a co za tym idzie obniżeniu wskazanego przez takiego wykonawcę zysku. Skoro bowiem wykonawca podaje jaki zamierza osiągnąć zysk, to oznacza, że kwota ta może zostać przeznaczona na spłatę innych zobowiązań (kredytów), inwestycję w firmę, tak aby cel prowadzenia działalności gospodarczej został osiągnięty. Przeciwne twierdzenie, w większości przypadków, prowadziłoby do przyjęcia, że z zakładanego zysku można pokryć wszystko to co wykonawca nie uwzględnił w wyjaśnieniach. Profesjonalny wykonawca kalkulując koszty związane z zamierzeniem inwestycyjnym dotyczącym przedmiotu zamówienia jest zobowiązany do takiego ich wyliczenia, aby nie budziły wątpliwości przy ocenie badania RNC. Oczywistym jest, że wykonawca może dokonać zabezpieczenia finansowego związanego z ryzykiem kontraktowym, jednakże zabezpieczenie to nie może być kwalifikowane do sanowania nieuwzględnionych w wyjaśnieniach kosztów inwestycji (ceny ofertowej). Zabezpieczenie ryzyka dotyczy bowiem sytuacji, których *de facto* nie da się przewidzieć na etapie realizacji kontraktu, a nie na etapie składania wyjaśnień RNC lub obrony tych wyjaśnień na etapie postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy Pzp oraz § 7 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Przewodniczący:……