

WYROK

Warszawa, dnia 19 lipca 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Katarzyna Paprocka

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 czerwca 2024 r. przez wykonawcę Agrobex sp. z o.o. w Poznaniu w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Rakoniewice przy udziale uczestnika zgłaszającego przystąpienie po stronie Zamawiającego Constructo Sp. z o.o. w Lubiczu

orzeka:

1. uwzględnić odwołanie i nakazać Zamawiającemu:

- 1.1. unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 1.2. powtórzenie czynności badania i oceny ofert;
- 1.3. odrzucenie oferty Constructo Sp. z o.o.;

2. kosztami postępowania obciążyć Zamawiającego i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez Odwołującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika, kwotę 1 234 zł 40 gr (słownie: jeden tysiąc dwieście trzydzieści cztery złote czterdzieści groszy) tytułem dojazdu Odwołującego na rozprawę, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez Zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz kwotę 708 zł 40 gr (słownie: siedemset osiem złotych czterdzieści groszy) tytułem dojazdu Zamawiającego na rozprawę;
- 2.2. zasądza od Zamawiającego, Gminy Rakoniewice na rzecz Odwołującego, Agrobex Sp. z o.o. w Poznaniu, kwotę 14 834 zł 40 gr (słownie: czternaście tysięcy osiemset trzydzieści cztery złote czterdzieści groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez Odwołującego z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu na rozprawę.

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:.....

Sygn. akt: KIO 2207/24

Uzasadnienie

Zamawiający, Gmina Rakoniewice prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na rozbudowę kompleksu edukacyjno-sportowego w Rakoniewicach o basen przyszkolny wraz z kręgielnią oraz infrastrukturą techniczną i ekonomiczną, nr ref. GG.271.20.2023.TS. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 28 grudnia 2023 r., pod nr: 2023/BZP 00574983. Wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza progów unijnych.

W dniu 24 czerwca 2024 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy Agrobex Sp. z o.o. w Poznaniu od czynności Zamawiającego polegających na wyborze oferty najkorzystniejszej i zaniechaniu odrzucenia oferty Constructo Sp. z o.o. w Lubiczu (dalej jako: „Constructo”), pomimo iż zawiera ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 226 ust. 1 pkt 8 oraz art. 224 ust. 6 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz.U. z 2023 r., poz. 1605 ze zm., dalej jako „PZP”) poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Constructo sp. z o.o. z siedzibą w Lubiczu, pomimo iż zawiera ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, gdyż złożone – w dniu 19 kwietnia 2024 r., w dniu 7 maja 2024 r., jak również w dniu 17 czerwca 2024 r. wyjaśnienia rażąco niskiej ceny nie potwierdziły, że Constructo prawidłowo skalkulował cenę oferty, są wewnętrznie sprzeczne i nie rozwiewają wątpliwości związanych z kalkulacją ceny ofertowej (w szczególności w zakresie dot.

ceny roboczogodziny i materiałów eksploatacyjnych) przez ww. wykonawcę, jak również poprzez nieprawidłową ocenę wyjaśnień prowadzącą do uznania, że cena zaoferowana przez Constructo za wykonanie zamówienia, a w szczególności jej istotne części składowe w zakresie dot. ceny roboczogodziny i materiałów eksploatacyjnych nie jest rażąco niska;

- 2)art. 239 ust. 1 PZP w zw. z art. 17 ust. 2 PZP poprzez dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej w sposób niezgodny z przepisami ustawy.

Podnosząc wskazane zarzuty, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

- 1)unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 2)dokonania ponownego badania i oceny ofert,
- 3)odrzućcenia oferty Constructo Sp. z o.o.,
- 4)dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej.

Jak uzasadnił w odwołaniu, Zamawiający w sposób nieprawidłowy dokonał oceny wyjaśnień złożonych przez Constructo uznając, że wykonawca wykazał, iż zaoferowana przez niego cena nie jest ceną rażąco niską. Odwołujący zarzuca, że Constructo w złożonych wyjaśnieniach:

- nie wskazało, które składniki składające się na koszty pracy zostały ujęte w kosztorysie jako koszty bezpośrednie i w jaki sposób została obliczona ich wartość,
- nie wskazało, które z kosztów pośrednich nieujęte w kosztach bezpośrednich, a mogące być zaliczone na podstawie odrębnych przepisów do kosztów uzyskania przychodu zostały ujęte w kosztach pośrednich i w jaki sposób poszczególne pozycje zaliczone do tych kosztów zostały wyliczone (w tym zakresie powołał się na wyrok KIO z dnia 29 kwietnia 2016 r., sygn. KIO 596/16),
- błędnie utożsamia przedmiar z kosztorysem ślepy. Jak wyjaśnił Odwołujący: „Przedmiar nie zawiera nakładów RMS natomiast kosztorys ślepy zawiera już takie nakłady RMS. Zamawiający nie nakazując zmieniać przedmiarów nie mógł nakazać zmieniać nakładów RMS, gdyż przedmiar takich elementów nie zawiera. (...) Zamawiający w przypadku przedmiarów na: Instalację wentylacji i klimatyzacji, Technologię wody basenowej, Instalacje niskoprądowe nigdy nie zamieścił przedmiarów z nakładami (kosztorysów ślepych). W przypadku niektórych przedmiarów Zamawiający oprócz przedmiarów (np. Roboty budowlane) udostępnił kosztorys inwestorski z cenami. W takim przypadku w myśl twierdzenia Constructo wszyscy wykonawcy nie powinni nic zmieniać więc kosztorysy ofertowe wszystkich wykonawców powinny opiewać na tą samą kwotę. Powyższe twierdzenia Constructo nie znajdują uzasadnienia w dokumentach postępowania oraz w obowiązującym prawie, a są jedynie formułowane na potrzeby wyjaśnienia RNC w stosunku do roboczogodziny przyjętej przez Constructo w ofercie.”
- oświadczyło, że wykonuje kalkulację w oparciu o stawkę roboczogodzinową 30 zł, co pozostaje w sprzeczności z informacją podaną w złożonych wraz z ofertą kosztorysach ofertowych oraz z oświadczeniami składanymi przez tego wykonawcę w toku postępowania odwoławczego w sprawie KIO 988/24, z których jednoznacznie wynikało, że przyjęta do kalkulacji stawka wynosi 25 zł za roboczogodzinę;
- utożsamia koszty zatrudnienia z kwotą wynagrodzenia brutto pracownika pomijając dodatkowe koszty pracodawcy (koszt składek finansowanych przez pracodawcę tzw. brutto pracodawcy);
- nie uwzględniło również w kalkulacji dodatkowych kosztów pracodawcy związanych z (absencją chorobową pracownika za pierwsze 33 dni nieobecności które obciążają pracodawcę, nieobecnością pracownika w pracy na urlopie wypoczynkowym które obciążają pracodawcę, ekwiwalentu za odzież roboczą, ekwiwalentu za pranie odzieży roboczej, kosztów badań pracowników związanych ze zdolnością pracownika do wykonywania pracy, czy kosztów związanych z dostarczeniem pracownikom napojów i posiłków regeneracyjnych, wyposażenie pracownika w indywidualne środki ochrony osobistej (min. okulary ochronne, szelki ochronne, narzędzia);
- podał wzór stawki roboczogodzinowej brutto = $25 \times (1+0,6\%) \times (1+10\%)$ to jest 44 zł brutto, gdzie $R = 25 \text{ zł/r-g}$, $W_{kp} = 60\%$, $Z = 10\%$ i wskazał, że powyższa stawka uwzględnia narzuty związane z wynagrodzeniem (m.in. ubezpieczenia emerytalne, rentowe, wypadkowe, FP i pozostałe), podczas gdy zdaniem Odwołującego, w świetle § 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 (Dz.U. z 2021 r. poz. 2458), stawka Constructo obejmuje co najwyżej wynagrodzenie zasadnicze (które zostało przyjęte w wysokości niższej niż wynikająca z przepisów o minimalnym wynagrodzeniu), a zatem nie spełnia również wymagań określonych w przywołanym powyżej Rozporządzeniu;
- przeszło od wskazanej w kosztorysie stawki 25 zł do stawki 44 zł brutto, uzasadniając to argumentacją stworzoną zdaniem Odwołującego na potrzeby złożonych wyjaśnień, stanowiąc nieuprawnioną próbę zrekompensowania zaniżonej wartości kosztów pracy innymi elementami cenotwórczymi,

- dołączył kosztorysy, które zawierają stawkę 29 zł i 29,5 zł (np. kosztorys ofertowy Krzychbud Bis), a nie 30 zł, co nie wyjaśnia stawki za roboczogodzinę 25 zł zaoferowanej w kosztorysach dołączonych do oferty (istotne jest zaś, że do kalkulacji zmiany wysokości wynagrodzenia na etapie realizacji umowy uwzględniane będą stawki z kosztorysu ofertowego – a więc 25 zł, zob. § 9 ust. 3 pkt 1 i 3 wzoru umowy),
- wbrew wydanemu w sprawie wyrokowi Krajowej Izby Odwoławczej o sygn. 988/24 nie wyjaśnił szczegółowo kalkulacji stawki na minimalnym poziomie stawki 30,91 zł w I półroczu 2024 r. oraz 30,59 zł w II półroczu 2024 r.;
- kalkulowało zysk na poziomie 8,7%, podczas gdy z prezentowanego wyżej wzoru kalkulacji stawki roboczogodziny kosztorysowej wynika, że przyjęto zysk na poziomie 10%. Z kolei, ze sprawozdań finansowych spółki Constructo za poprzednie lata wynika, że wskaźnik kosztów utrzymania firmy-koszty prowadzenia przedsiębiorstwa-koszty zarządu koszty / przychody to ok. 10%. W wyjaśnianych Constructo wskazało jedynie na 8,75% zysku a następnie wysuwało twierdzenia, iż w tych 8,75% są jeszcze koszty zarządu prowadzenia przedsiębiorstwa;
- nie uwzględniło kosztów zarządu i kosztów prowadzenia działalności gospodarczej (załącznik nr 1 do wyjaśnień z 19 kwietnia), zaś zgodnie z § 1 pkt 4 rozporządzenia w sprawie określenia metod i podstaw sporządzania kosztorysu inwestorskiego, obliczania planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno-użytkowym przez koszty pośrednie rozumie się składnik kalkulacyjny wartości kosztorysowej uwzględniający nieujęte w kosztach bezpośrednich koszty zaliczane zgodnie z odrębnymi przepisami do kosztów uzyskania przychodów, w szczególności koszty ogólne budowy oraz koszty zarządu. Według składanych przez Constructo oświadczeń na etapie sprawy KIO 988/24 koszty zarządu miały być uwzględnione w zysku – jednak, zdaniem Odwołującego, zysk stanowi nadwyżkę nad kosztami i nie powinien uwzględniać kosztów jakimi są koszty pośrednie – koszty zarządu;
- podało nierealne koszty prowadzenia budowy i zaniżone koszty dojazdu, opłat za media, przyłączy do placu budowy (załącznik nr 2 do wyjaśnień z 19 kwietnia);
- zaniżyło koszty związane ze skierowaniem do realizacji zamówienia osób wskazanych do pełnienia funkcji kierownika budowy (rynkowa stawka 10.000 zł, Constructo podało 8.000 zł) i kierowników robót branżowych (koszty zaniżone o ok. 2.000 zł), nie uwzględniło kosztów kierownika robót inżynierii teletechnicznej, czy kierownika robót inżynierii drogowej, nie przedstawiło na okoliczność prawidłowości tych stawek żadnych dowodów – dowody w postaci umów zostały złożone dopiero w odpowiedzi na kolejne wezwanie do wyjaśnienia ceny (z dnia 17 czerwca 2024 r.) – co zdaniem Odwołującego należy uznać za spóźnione;
- nie uwzględniło również kosztów mediów, zasilania budowy na czas budowy oraz kosztów wydziałowych np. zakładu budowlanego, kosztów zabezpieczenia BHP budowy, wynajmu czy zakupu narzędzi do wykonywania robót budowlanych;
- podał informacje sprzeczne z treścią oferty, bowiem analiza informacji przedstawionych przez Constructo w wyjaśnieniach z dnia 19 kwietnia 2024 r. m.in. na str. 5 i 7 wyjaśnień oraz w załączniku nr 1 i nr 2 do wyjaśnień prowadzi do wniosku, że wykonawca ten oprócz części zamówienia wskazanych w formularzu ofertowym zamierza również powierzyć podwykonawcom prace związane z zagospodarowaniem terenu, drogami i robotami elektrycznymi – niskie prądy;
- nie odpowiadają na wystosowane przez Zamawiającego wezwanie co do kosztów związanych z zapewnieniem materiałów eksploatacyjnych;
- w żaden sposób nie wykazał, że skalkulował w cenie oferty wartość materiałów eksploatacyjnych oraz nie wykazał, że wszystkie materiały eksploatacyjne zostały uwzględnione w kalkulacji (brak wskazania chociażby zakresu tych materiałów), oparł się w tym zakresie na kosztorysach podwykonawców, bez ich skonkretyzowania. W piśmie procesowym z dnia 5 kwietnia 2024 r. w sprawie KIO 988/24 Constructo wskazało, że wliczyło te koszty w ceny jednostkowe pozycji dotyczących poszczególnych zakresów, dla których był wymóg wykonania serwisów i przeglądów: a) Kosztorys sanitarny wewnętrzny - uwzględniono w poz. 1-135; b) Kosztorys kotłownia - uwzględniono w poz. 1-60; c) Kosztorys przyłącza - uwzględniono w poz. 1-58; d) Kosztorys KLIM - WENT - uwzględniono w poz. 1-212; e) Kosztorys Technologia basenu - uwzględniono w poz. 1-77. Natomiast w odtajnionych dokumentach z dnia 19 kwietnia 2024 r. oraz w wyjaśnieniach z dnia 17 czerwca 2024 r. Constructo przedstawiło koszt serwisu jako już pozycję uproszczoną w ofertach i kosztorysach ofertowych podwykonawców:
 - Instalacje sanitarne wewnętrzne - wartość 45 000zł- (dz. 14 poz. 1) •Kotłownia - wartość 22 000 zł (dział 3 poz. 1) •Sieci sanitarne - wartość 10 500 zł (dz.4 poz. 59) •Wentylacja i klimatyzacja - wartość 90 000 zł (dz.3 poz.1)
 - Technologia wykonania basenu - wartość 100 000 zł (poz. 77) •Instalacje elektryczne - wartość 52700 zł (dz. 4 poz. 179) •Instalacje niskie prądy - wartość 42 500 zł (dz. 8 poz. 1);
- wskazało, że w kosztach bezpośrednich uwzględniło stawkę 30 zł za roboczogodzinę, zaś z załączonych do wyjaśnień z 7 maja 2024 r. list płac wynika, że faktyczny koszt zatrudnienia Pana J., tj. efektywnie przepracowanej roboczogodziny bez obciążeń to w styczniu 2024 r. – 30,17 zł, w lutym 2024 - 32,22, a w marcu – 53,48 zł;

- z dnia 17 czerwca 2024 r. nie potwierdzają prawidłowej kalkulacji ceny ofertowej, są ogólne i wzbudzają dodatkowe wątpliwości. Nadto, Odwołujący uważa, że wezwanie do wyjaśnień dnia 10 czerwca 2024 r. przez Zamawiającego było „kolejną szansą” dla wykonawcy na wyjaśnienia, gdyż Zamawiający w nieprawidłowy sposób wykonał wyrok KIO 988/24;
- z dnia 17 czerwca 2024 r. brak wyliczenia kosztów: zarządu, kosztów wydziałowych (koszty zakładu budowlanego), kosztów utrzymania firmy, na które składają się chociażby: koszty wynajmu i/lub utrzymania pomieszczeń, opłat za media biura zarządu i firmy, podatków, koszty sprzętu, koszty pojazdów, koszty, opłaty za Internet, opłaty za telefony, opłaty za materiały biurowe, koszt sprzątnięcia biura, koszty zakupu sprzętu komputerowego, drukarek, koszty zakupu licencji oprogramowania komputerowych, koszty polisy OC, CAR ryzyk budowlano-montażowych;
- powinny zostać uwzględnione w prawidłowej wysokości koszty narzędzi i sprzętu: nabycie bądź wynajem narzędzi oraz sprzętu wymaganego do funkcjonowania firmy remontowo- budowlanej, do których zalicza się młoty, wiertarki, piły, maszyny budowlane itp., koszty wynajmu lub zakupu nieruchomości: wydatki na wynajem albo zakup nieruchomości, przeznaczonej na prowadzenie działalności gospodarczej, do których zalicza się biura, magazyny, a także warsztaty, koszty energii elektrycznej i wody — wydatki regulowane na zużycie energii elektrycznej oraz wody w związku z prowadzoną działalnością gospodarczą, koszty transportu — opłaty ponoszone na paliwo, naprawę oraz ubezpieczenie samochodów firmowych i inne koszty powiązane z transportem materiałów, narzędzi oraz zatrudnionych osób (w wyjaśnieniach ceny wykonawca skalkulował wyłącznie koszty dojazdu zespołu kierownictwa, a nie jest to jedyny koszt w tym obszarze), koszty marketingu i reklamy – opłaty powiązane z promocją przedsiębiorstwa, do których kwalifikuje się reklamy w mediach, materiały promocyjne, wydatki na stronę internetową, branie udziału w targach i inne (jeżeli mają zastosowanie), koszty biurowe, czyli opłaty ponoszone na biuro oraz administrację, do których zalicza się opłaty za najem biura, nabycie sprzętu niezbędnego do biura, koszty za telefon, Internet, a także artykuły biurowe i inne, koszty ubezpieczeń, czyli składki regulowane na ubezpieczenia firmowe, do których zalicza się ubezpieczenie odpowiedzialności cywilnej, ubezpieczenie mienia, ubezpieczenie pracowników i inne, koszty szkoleń i doskonalenia zawodowego, czyli opłaty dotyczące szkoleń i doskonalenia zawodowego zatrudnionych osób mających na celu podniesienie ich kwalifikacji oraz umiejętności, koszty księgowe i prawne, czyli wydatki ponoszone na usługi księgowe oraz prawnopodatkowe, do których zalicza się usługi biura rachunkowego czy doradztwo podatkowe i inne;
- wskazało przede wszystkim koszty związane z udziałem podwykonawców, jednak nie zostało wyjaśnione w jaki sposób, i w których pozycjach koszty te były uwzględnione przez wykonawcę w cenie jego oferty (i kosztorysów ofertowych dołączonych do oferty). Odwołujący kwestionuje również wiarygodność uproszczonych kosztorysów podwykonawców, do których stawkę za roboczogodzinę wpisano ręcznie;
- wskazał na koszty obsługi umowy, wynajmu kontenera biurowego, sprzątnięcia czy rekultywacji terenu, wywozu kontenera, z tytułu ubezpieczeń, wykonania geodezji powykonawczej i dokumentacji powykonawczej – lecz w żaden sposób ich nie udowodnił;
- przedstawiło umowę z kierownikiem robót elektrycznych – Panem P.C. opiewającą na stawkę 2000 zł miesięcznie brutto podczas, gdy osoba wskazana w wykazie osób na ww. stanowisko to Pan Łukasz Wawrzyniak, nadto nie istnieje taka osoba w wykazie osób posiadających uprawnienia budowlane na stronie PIIB;
- z dnia 17 czerwca 2024 r. powołał się na dołączone dowody w postaci umów dla kierownika budowy, kierownika robót sanitarnych i kierownika robót elektrycznych, podczas gdy powinny zostać one złożone już w odpowiedzi na pierwsze wezwanie, z dnia 12 kwietnia 2024 r.;
- z dnia 19 kwietnia 2024 r., jak i w wyjaśnieniach z dnia 17 czerwca 2024 r. Constructo posługuje się różnymi stawkami, w ofercie wskazało 25 zł, w wyjaśnieniach podnosi, że dla pierwszego półrocza skalkulowało stawkę 25,65 zł brutto (19,48 zł netto) oraz dla drugiego półrocza 25,39 zł brutto (19,26 zł netto), jednak są to stawki ponownie nie uwzględniające kosztów zatrudnienia jakie ponosi pracodawca. Jak podkreślił Odwołujący, w dalszej części wyjaśnień Constructo wskazał, że do wyjaśnień dołączono kosztorysy ofertowe robót w kosztach bezpośrednich z uwzględnioną stawką 30 zł oraz podwykonawców, którzy również będą stanowić koszt bezpośredni. Co więcej w dalszej części wyjaśnień ceny z dnia 17 czerwca 2024 r. Constructo wskazał, że wartość brutto stawki 25 zł powiększona o koszty pośrednie i zysk to 44 zł brutto oraz dodatkowo uzupełnił złożone uprzednio wyjaśnienia, wskazując, że roboczogodzina kosztorysowania/ kalkulacyjna brutto jest większa od kwoty 35,68 wyliczonej na podstawie ZZ Budowlani, a kilka akapitów niżej po ogólnych zapewnieniach o uwzględnieniu corocznego badania lekarskiego (brak jest na to dowodów oraz wyliczeń) wskazano, że „umniejszając powyższe składki minimalna stawka godzinowa z wszystkimi narzutami wynosić będzie 35,149 zł brutto.” Są to kolejne, zupełnie nowe wyliczenia stawki godzinowej, które są niespójne z dotychczasowymi wyjaśnieniami

Na rozprawie w dniu 16 lipca 2024 r., w oparciu o przedłożony dowód nr 1 w postaci Analizy wynagrodzenia Pana J.,

pracownika Zakładu Elektrycznego M.I., Odwołujący zwrócił uwagę, że wynagrodzenie pracownika na rzeczywistym poziomie to stawka 53,48 zł za godzinę. Z kolei, przedłożony dowód nr 2 w postaci wyciągu ze sprawozdania finansowego obejmuje dokumenty stworzone przez Constructo, z których wynika, że koszty utrzymania samej firmy są na poziomie 10%. Constructo twierdzi zaś, że jego zysk i koszt zarządu to 8%. Odwołujący wyjaśnił, iż sprawozdanie finansowe Constructo jako ww. dowód nr 2 pokazuje proporcję kosztów zarządu do kosztów ogólnych. Wskazał ponadto, że kosztorysy podwykonawców to kosztorysy uproszczone, tam nie ma nakładów, więc wykonawca nie ma możliwości ich zweryfikowania.

W odpowiedzi z dnia 2 lipca 2024 r. na odwołanie, Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania. Wskazał również, że odwołanie podlega odrzuceniu, gdyż w obecnym, trzecim odwołaniu AGROBEX sp. z o.o. podniosło zarzuty odnośnie ceny całkowitej oferty, które nie były przedmiotem pierwszego odwołania, Prawo zamówień publicznych przewiduje bowiem terminy zawite na wniesienie odwołania. Ponadto, w zakresie merytorycznym podniósł, iż w rozpoznawanej sprawie nie wystąpiła obligatoryjna przesłanka zbadania przez zamawiającego rażąco niskiej ceny określona w art. 224 ust. 2 pkt 1 PZP. Podkreślił również, że cena całkowita oferty Constructo sp. z o.o. nie odbiega znacząco od cen zaoferowanych w postępowaniu przez pozostałych wykonawców, w tym od oferty Odwołującego (różnica między ofertą Constructo sp. z o.o., a drugą ofertą o najniższej cenie złożoną przez Exalo Drilling S.A. wyniosła zaledwie 106 244,46 zł, tj. 0,64 %, natomiast w porównaniu do oferty odwołującego wyniosła 1 272 297,59 zł, tj. 7,76%). „Również porównanie wartości materiałów eksploatacyjnych potrzebnych do przeprowadzenia serwisów podanej na str. 7 wyjaśnień ceny złożonych przez Constructo sp. z o.o. oraz w kalkulacji własnej tych materiałów zawartej w kosztorysach załączonych do oferty odwołującego wskazuje, że obaj wykonawcy wycenili je na zbliżonym poziomie (np. serwisy w branży z zakresu technologii wykonania basenu odpowiednio 100 000 zł i 82 040,31 zł, czy kotłowni odpowiednio 22 000 zł i 24 290,88 zł) i nie różnią się one od siebie istotnie.” Zdaniem Zamawiającego, wynagrodzenie zatrudnianych pracowników nie narusza przepisów o minimalnym wynagrodzeniu za pracę – w wyjaśnieniach z dnia 19 kwietnia 2024 r., Constructo podało, że stawka robocizny kosztorysowej brutto w złożonych kosztorysach ofertowych wraz z narzutami wynosi 44 zł brutto, przedstawiając jednocześnie sposób jej ustalenia jako wynik przemnożenia R (stawka roboczogodziny), Wkp (wskaźnik narzutu kosztów pośrednich) i Z (zysk) i przedstawiło dowody. W odniesieniu do kosztów materiałów eksploatacyjnych, w ocenie Zamawiającego, spółka Constructo sp. z o.o. przedłożyła wraz z wyjaśnieniami oferty podwykonawców dla branż instalacyjnych oraz technologii wykonania, w których ujęto wartość materiałów eksploatacyjnych wykorzystywanych w przeglądach serwisowych, wymieniając dodatkowo ich wartość. Wyjaśniła również, że Constructo nie zamieściła ceny kosztów związanych z zapewnieniem materiałów eksploatacyjnych potrzebnych do przeglądów serwisowych w kosztorysie ofertowym ze względu na treść odpowiedzi zamawiającego na pytania wykonawców odnośnie postanowień SWZ. Zamawiający podkreślił, że z Rozdziału XX SWZ nie wynika wiążący wykonawców sposób obliczenia cen jednostkowych, ani nie określono tam, jakie koszty wykonawcy powinni uwzględnić dla poszczególnych materiałów eksploatacyjnych w ramach przeglądów serwisowych ani metody ich wyceny. „W takim przypadku wykonawcy byli uprawnieni do skalkulowania ceny oferty, w tym poszczególnych cen jednostkowych z uwzględnieniem własnych możliwości i strategii biznesowej, co też uczyniła spółka Constructo sp. z o.o.” Za nietrafny Zamawiający uznał zarzut nieprawidłowego wykonania wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 kwietnia 2024 r., sygn. KIO 988/24 – podniósł, że Odwołujący w żadnym z wniesionych odwołań nie zaskarżył czynności Zamawiającego polegającej na wezwaniu Constructo Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień ceny. Wobec tego, zarzuty odnoszące się do tych wezwań Zamawiający uznaje za spóźnione. Podkreślił ponadto, że Odwołujący w pierwszym odwołaniu nie kwestionował ceny całkowitej oferty, a jedynie ograniczył się do dwóch składających się na nią elementów, tj. kosztów związanych z zapewnieniem materiałów eksploatacyjnych w ramach prowadzonych serwisów oraz stawki roboczogodziny kalkulacyjnej, która to część składowa w jego ocenie była rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia. Stąd, zdaniem Zamawiającego, podjęta w obecnym (trzecim) odwołaniu próba rozszerzającej interpretacji rozstrzygnięcia zawartego w wyroku Izby zmierza do obejścia normy zawartej w art. 555 PZP. Na rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą, Zamawiający zwrócił uwagę, iż Odwołujący i Przystępujący powołują się na dwa różne rozporządzenia – w odwołaniu jest mowa o rozporządzeniu Ministra Rozwoju i Technologii z dnia 20 grudnia 2021 r. wydanym na podstawie art. 34 PZP, zaś Przystępujący powołuje się na rozporządzenie Ministra z 13 lipca 2021 r. Obaj stosują inną metodologię. Nadto, zdaniem Zamawiającego, dopuszczalne było ujęcie kosztów pozapłacowych w zysku czy kosztach pośrednich. Finalnie po narzutach stawka wynosi 44 zł, więc Zamawiający uznał, że nie narusza ona przepisów o minimalnym wynagrodzeniu. Do postępowania odwoławczego wpłynęło zgłoszenie przystąpienia przez Constructo Sp. z o.o. po stronie Zamawiającego. Na rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą Przystępujący wyjaśnił, iż stawka za roboczogodzinę to co innego niż stawka kosztorysowa, zaś Odwołujący myli te stawki. Wg Przystępującego, stawka wskazana w ofercie Constructo była stawką kosztorysową. Kosztorysowanie nie jest uregulowane prawnie, poza kosztorysowaniem inwestorskim. Odwołał się do ustawy o cenach, zgodnie z którą to strony ustalają ceny. Podniósł, że stawka kosztorysowa zawiera w sobie stawkę za roboczogodzinę. Zwrócił uwagę, że rozporządzenie wyszczególnia stawkę

kosztorysową. Stawka 25 zł wskazana przez Constructo jest stawką netto. Realna stawka ujęta w ofercie to 44 zł brutto. Przyznał, Constructo broniło stawki 25 zł, ale wskazywało, że do tej stawki należy dodać narzuty. Jego zdaniem, Odwołujący nie wykazał, że stawka 44 zł nie jest możliwa. Z kosztorysu podwykonawców wynika stawka 30 zł. Podniósł ponadto, że zawarta w dowodzie nr 1 Odwołującego stawka p. J. wyliczona na poziomie 53,48 zł jest obliczona na miesiąc marzec a nie na styczeń, luty kiedy ofertę kalkulował Constructo. Wg obliczeń Przystępującego stawka p. J. na marzec to około 36 zł. Stwierdził, że Odwołujący nie złożył dowodów na stawki kierowników robót. Zwrócił też uwagę, że Odwołujący nie zaskarżył działań Zamawiającego podjętych po pierwszym wyroku Izby a dotyczących wezwania do wyjaśnień. Odnosił się do wyjaśnień z 17 czerwca dot. całej ceny, gdzie Constructo ujęło koszty o których mowa w odwołaniu. Wskazał, że dowód nr 2 to średnie poziomy utrzymania firmy w całym roku. Nadto, wyjaśnił, iż koszty materiałów rozłożone są w kosztorysach branżowych i są na podobnym poziomie jak koszty Agrobex. Na stronie dziewiątej wyjaśnień z 17 czerwca Constructo wskazało na koszty pośrednie. Wyjaśnił, że roboczogodziny oblicza się również wg jednostek miary. Jego zdaniem, Odwołujący nie wykazał rażąco niskiej ceny. Wskazał, że p. Caliński posiada aktualne uprawnienia i jest kierownikiem na budowie Constructo.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie zostało wniesione z brakiem formalnym w postaci niedołączenia pełnomocnictwa dla pełnomocnika wnoszącego odwołanie w przewidzianej przepisami PZP formie. Do odwołania wniesionego w formie elektronicznej przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, o których mowa w art. 508 ust. 2 PZP, załączono skan pełnomocnictwa sporządzonego w formie pisemnej (pełnomocnictwo w postaci elektronicznej). Skan ten nie zawierał podpisu elektronicznego. Prezes Krajowej Izby Odwoławczej dnia 28 czerwca 2024 r. wezwał Odwołującego do złożenia w terminie 3 dni od dnia doręczenia wezwania do złożenia pełnomocnictwa do wniesienia odwołania w formie przewidzianej w art. 511 w zw. z art. 508 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. W odpowiedzi wniesionej dnia 1 lipca 2024 r., Odwołujący podniósł, że składając odwołanie elektronicznie poprzez formularz ePUAP pełnomocnik Odwołującego złożył podpis zaufany na formularzu oraz z tych względów, uznaje, że podpis ten dotyczy zarówno odwołania, jak i wszystkich jego załączników, w tym także pełnomocnictwa. Jednocześnie prawidłowo uzupełnił braki odwołania, załączając pełnomocnictwo w postaci elektronicznej uwierzytelnione podpisem elektronicznym przez, umocowanego tym pełnomocnictwem, pełnomocnika będącego radcą prawnym. W tym miejscu, warto jednak – odnosząc się do argumentacji Odwołującego – wskazać, że w postępowaniu odwoławczym przed Krajową Izbą Odwoławczą nie ma podstaw do przyjęcia, że składając podpis zaufany na formularzu ePUAP, podpis ten dotyczy tak odwołania, jak też wszystkich jego załączników, w tym pełnomocnictwa. W postępowaniu tym nie obowiązuje regulacja na kształt art. 694^{4a} § 1 Kodeksu postępowania cywilnego, dotyczącego postępowania rejestrowego, zgodnie z którym, „Elektroniczne poświadczenie odpisu dokumentu przez występującego w sprawie pełnomocnika będącego adwokatem, radcą prawnym lub radcą Prokuratury Generalnej Rzeczypospolitej Polskiej lub elektroniczne uwierzytelnienie odpisu udzielonego mu pełnomocnictwa następuje z chwilą wprowadzenia przez tego pełnomocnika odpisu dokumentu lub odpisu pełnomocnictwa do systemu teleinformatycznego.” Tym samym, w postępowaniu odwoławczym przed Krajową Izbą Odwoławczą, wymagania dotyczące formy dokumentów i pism oraz sposobu ich wnoszenia obowiązują oddzielnie dla każdego z przedstawianych dokumentów (pism).

W pozostałym zakresie, Izba stwierdziła, że odwołanie nie zawiera braków formalnych i terminowo został uiszczony wpis od odwołania w wymaganej wysokości. Odwołanie nie podlega również odrzuceniu na podstawie art. 528 PZP. W szczególności, w tym miejscu, należy odnieść się do podnoszonego przez Zamawiającego zarzutu spóźnienia twierdzeń Odwołującego dotyczących konieczności odrzucenia oferty Constructo ze względu na rażąco niską cenę całkowitą. W pierwszym odwołaniu rozpoznawanym przez Izbę w sprawie KIO 988/24, Odwołujący podnosił zarzut naruszenia art. 224 ust. 1 PZP w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 PZP w zw. z art. 16 pkt 1-3 PZP poprzez zaniechanie wezwania Wykonawcy Constructo do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w sytuacji, gdy zaoferowana przez tego wykonawcę cena w zakresie w jakim wykonawca ten nie uwzględnił w niej kosztów związanych z zapewnieniem materiałów eksploatacyjnych w ramach prowadzonych serwisów oraz jej istotna część składowa – stawka roboczogodziny kalkulacyjnej wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości co do możliwości wykonania za nie przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów. Zarzut ten dotyczył zaniechania wezwania do wyjaśnień ceny w zakresie dotyczącym uwzględnienia w cenie kosztów związanych z zapewnieniem materiałów eksploatacyjnych w ramach prowadzonych serwisów oraz w zakresie wyjaśnienia istotnej części składowej ceny, tj. stawki roboczogodziny kalkulacyjnej. Odwołujący nie zgłaszał wątpliwości co do ceny całkowitej. Nie można jednak uznać, iż obecnie, spóźniony jest zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 oraz art. 224 ust. 6 PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Constructo sp. z o.o. z siedzibą w Lubiczu, pomimo iż zawiera ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, gdyż wyjaśnienia Constructo nie potwierdziły, że Constructo prawidłowo skalkulował cenę oferty, są wewnętrznie sprzeczne i nie rozwiewają wątpliwości związanych z kalkulacją ceny ofertowej (w szczególności w zakresie dot. ceny

roboczogodziny i materiałów eksploatacyjnych) przez ww. wykonawcę, jak również poprzez nieprawidłową ocenę wyjaśnień prowadzącą do uznania, że cena zaoferowana przez Constructo za wykonanie zamówienia, a w szczególności jej istotne części składowe w zakresie dot. ceny roboczogodziny i materiałów eksploatacyjnych nie jest rażąco niska. Zarzut ten może zostać bowiem skutecznie podniesiony dopiero po wyczerpaniu trybu wyjaśnień z art. 224 PZP. Co więcej, wątpliwości co do skalkulowania ceny całkowitej, obok wątpliwości co do jej istotnych składowych, mogą pojawić się w niektórych przypadkach dopiero po złożeniu przez wykonawcę wyjaśnień. Jakkolwiek, w pierwszej sprawie Odwołujący nie kwestionował całej ceny, to obecnie, w związku ze złożonymi przez Constructo wyjaśnieniami, takie prawo mu przysługuje, o ile wyjaśnienia te wpłynęły na powstanie wątpliwości w tym zakresie.

Izba uznała także, że Odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, bowiem posiada interes w uzyskaniu zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów PZP. Odwołujący, w niniejszym postępowaniu złożył ofertę. Jak podniósł, nieprawidłowości Zamawiającego, tj. zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Constructo miały wpływ na wynik postępowania i pozbawiły Odwołującego szans na uzyskanie zamówienia. W postępowaniu wpłynęło 8 ofert, w tym: w tym oferta Constructo Sp. z o.o. z ceną brutto 16.376.000,00 zł, oferta Exalo Drilling S.A. z ceną brutto 16.482.244,46 zł, oferta Agrobex Sp. z o.o. z ceną brutto 17.648.297,69 zł oraz oferta Projprzem Budownictwo Sp. z o.o. z ceną brutto 18.953.498,11 zł. M.in. oferty Exalo Drilling S.A. oraz Projprzem Budownictwo sp. z o.o. zostały odrzucone. Kryterium oceny ofert stanowiła cena (60 pkt) oraz okres gwarancji jakości, przy czym przy ocenie gwarancji jakości punktowany jest okres gwarancji nie krótszy niż 36 miesięcy i nie dłuższy niż 60 miesięcy – oferta proponująca okres gwarancji krótszy niż 36 miesięcy otrzyma 0 pkt, zaś oferta proponująca okres gwarancji 60 m-cy lub dłuższy okres gwarancji otrzyma maksymalnie 40 punktów. W każdej z ofert zaoferowano 60 miesięcy okresu gwarancji. Zgodnie z zawiadomieniem o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 18 czerwca 2024 r., oferta złożona przez Odwołującego znajduje się na drugim miejscu rankingu ofert pod kątem ceny i pozostałych kryteriów oceny ofert – z punktacją 95,68 zł, za najkorzystniejszą została zaś uznana oferta Constructo sp. z o.o. – z punktacją 100 pkt. Jak wskazał Odwołujący, w wyniku działań i zaniechań Zamawiającego, Odwołujący może ponieść szkodę – polegającą na uniemożliwieniu mu uzyskania zamówienia. Tym samym, spełnione są przesłanki materialnoprawne skorzystania ze środka ochrony prawnej, jakim jest odwołanie, wynikające z art. 505 PZP.

Do niniejszego postępowania odwoławczego – po stronie Zamawiającego – skutecznie przystąpił Constructo Sp. z o.o. z siedzibą w Lubiczu.

Przedmiotem zamówienia, zgodnie z Rozdziałem V Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej: „SWZ”) jest rozbudowa kompleksu edukacyjno-sportowego w Rakoniewicach o basen przyszkolny wraz z kręgielnią oraz infrastrukturą techniczną i komunikacyjną, w szczególności: a) Drogi, Parking b) Zagospodarowanie terenu c) Branża budowlana d) TUW e) Przyłącza Wod Kan f) Instalacje Wod Kan i CO g) Kociołnia h) Instalacja Wentylacji i Klimatyzacji i) Instalacje Elektryczne j) Instalacje Niskoprądowe. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zawiera dokumentacja projektowa oraz specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót (dokumentacja techniczna) – stanowiące Załącznik nr 6 do SWZ. Jak stanowi Rozdział XX ust. 1 i ust. 3, cena oferty (brutto) jest ceną kosztorysową i obejmuje wszelkie koszty, jakie poniesie Wykonawca z tytułu realizacji przedmiotu zamówienia – ostateczne rozliczenie poszczególnych robót nastąpi w oparciu o ich ceny jednostkowe wynikające z kosztorysu ofertowego i rozliczenie faktycznie wykonanych robót. Od wykonawcy wymagane jest szczegółowe zapoznanie się z przedmiotem zamówienia i skalkulowanie ceny oferty z należytą starannością (ust. 2). Zamawiający zobowiązał wykonawców do uwzględnienia w swojej ofercie przewidywalny wzrost cen materiałów, paliw, energii itp. oraz innych kosztów mogących mieć miejsce w czasie realizacji umowy (ust. 5). Dodatkowo, Zamawiający w SWZ zastrzegł, iż: „W cenie oferty należy ująć wszystkie roboty i usługi niezbędne do wykonania i przekazania do eksploatacji przedmiotu zamówienia, w tym również wszelkie koszty towarzyszące wykonaniu, a których nie ujęto w odrębnych pozycjach przedmiaru robót. Wykonawca winien ująć ww. koszty w cenach jednostkowych pozycji opisanych w przedmiarach robót. W cenie oferty powinny znaleźć się m.in. koszty sporządzenia dokumentacji powykonawczej wykonanych robót (projekt budowlany powykonawczy oraz inwentaryzacja geodezyjna przedsięwzięcia), sporządzenia planu bezpieczeństwa i ochrony zdrowia, urządzenia i zagospodarowania placu budowy oraz jego zabezpieczenia, odtworzenia i przywrócenia do stanu pierwotnego terenów, na których prowadzone będą prace budowlane, pokrycia szkód powstałych na skutek realizacji inwestycji, a wynikających z winy Wykonawcy, inne koszty, które zdaniem Wykonawcy trzeba ponieść w związku z realizacją zamówienia.” (ust. 11). „Wykonawca sporządza kosztorys ofertowy na podstawie przedmiaru robót stanowiącego integralną część niniejszej specyfikacji, dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót, a także innych danych zgromadzonych m.in. podczas wizji lokalnej terenu budowy. Kosztorys ofertowy należy sporządzić metodą uproszczoną tzn. musi zawierać w każdej pozycji zgodną z przedmiarami robót: liczbę porządkową, opis pozycji i ilość jednostek oraz cenę jednostkową netto pozycji i wartość netto pozycji.” (ust. 10).

Termin realizacji zamówienia: 11 miesięcy od dnia podpisania umowy (Rozdział VI ust. 1 SWZ).

Zamawiający, działając na podstawie art. 95 PZP, określił w Rozdziale XXIV SWZ, wymagania związane z realizacją

zamówienia w zakresie zatrudnienia przez Wykonawcę lub Podwykonawcę, na podstawie stosunku pracy osób wykonujących wskazane przez Zamawiającego czynności w zakresie realizacji zamówienia, wskazując, że wymogiem jest zatrudnienie przy realizacji zamówienia, na podstawie umowy o pracę osoby, które będą wykonywać czynności w zakresie prac fizycznych ogólnobudowlanych objętych przedmiotowym zamówieniem, tj.: roboty rozbiórkowe i odtworzeniowe, roboty ziemne, roboty montażowe.

Zgodnie z postanowieniem § 1 ust. 2 wzoru umowy, wykonawca zobowiązuje się do wykonania przedmiotu umowy zgodnie z dokumentacją projektową, specyfikacją techniczną wykonania i odbioru robót, zasadami wiedzy technicznej i sztuki budowlanej, obowiązującymi normami oraz oddania przedmiotu umowy Zamawiającemu w terminie w niej uzgodnionym. W § 2 wzoru umowy zostały powtórzone przywołane wyżej postanowienia Rozdziału XX SWZ co do wynagrodzenia kosztorysowego i konieczności uwzględnienia w jego wysokości wszelkich kosztów wykonawcy.

Dnia 22 stycznia 2024 r., Zamawiający dokonał zmiany ww. ust. 10 Rozdziału XX SWZ poprzez nadanie mu brzmienia: „Wykonawca sporządza kosztorys ofertowy na podstawie przedmiaru robót stanowiącego integralną część niniejszej specyfikacji, dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót, a także innych danych zgromadzonych m.in. podczas wizji lokalnej terenu budowy. Należy sporządzić szczegółowy Kosztorys ofertowy.”

W odpowiedzi na pytanie 5, dnia 24 stycznia 2024 r., Zamawiający wskazał: „Kosztorys wykonać jako szczegółowy zgodnie z załączonym przez Zamawiającego przedmiarem. Kosztorys uproszczony uniemożliwia prawidłowe rozliczenie zadania oraz wycenę w przypadku wystąpienia robót zamiennych i dodatkowych. Zamawiający ma prawo wymagać od oferenta przedstawienia kosztorysu szczegółowego. Przedstawiony przedmiar robót jest wystarczający do wykonania takiego kosztorysu. Wykonując na jego podstawie kosztorys szczegółowy automatycznie pojawi się wykonywanym kosztorysie wartość robocizny, materiału i sprzętu. Nie jest to żadna niedogodność ponieważ z kosztorysu szczegółowego można wykonać również kosztorys oparty na cenach jednostkowych. Zawarte w żądaniu wykonanie kosztorysu szczegółowego ma na celu możliwość weryfikacji przez zamawiającego czy przyjęte przez oferenta stawki RMS w sposób rażący nie odbiegają od średniej krajowej ogłaszanej w sekocenbudzie.”, zaś w odpowiedzi na pytanie 24, że: „Przedstawiony przedmiar robót obejmuje wszystkie prace które należy wykonać dla prawidłowego wykonania zamówienia objętego zamówieniem publicznym. Przedmiar nie podlega weryfikacji ponieważ został wykonany na podstawie projektu technicznego dla zadania objętego zamówieniem publicznym. Mając na względzie powyższe wszyscy oferenci posługiwać się będą tym samym przedmiarem robót co skutkować będzie, że w przedstawionej ofercie figurować będzie taki sam zakres robót. Jeżeli oferent po zapoznaniu się z projektem stwierdził, że w kosztorysie nie uwzględniono niektórych robót informuje o tym fakcie Zamawiającego, który kosztorysuje te pozycje i przekazuje do wiadomości wszystkim potencjalnym oferentom. Nie ma więc mowy żeby oferenci przedstawili jakąkolwiek inną wersję kosztorysu ofertowego, skoro każdy z nich posługiwać się będzie tym samym przedmiarem. Po wykonaniu zadania wykonawca przedstawi kosztorys powykonawczy w którym zostaną ujęte ewentualne prace dodatkowe (zweryfikowane na etapie wykonawstwa przez inspektora nadzoru). Prace te później będą wykazane w kosztorysie różnicowym przedstawionym wraz z kosztorysem powykonawczym.”

Z kolei, w odpowiedzi do pytania nr 30 z 26 stycznia 2024 r. Zamawiający wskazał, że ze względu na brak KNR do prac serwisowych (koszty gwarancji dla poszczególnych instalacji) należy pozycje dodać jako kalkulacja własna.

Constructo w ofercie złożonej w postępowaniu wskazał na cenę brutto 16.376.000,00 zł, w tym netto 13.313.821,14 zł + 23% VAT. Oświadczył, że zamierza powierzyć do realizacji podwykonawcom następujące części zamówienia: Roboty budowlane, Technologia basenu, Instalacje sanitarne, Instalacje elektryczne. Wskazał, że nazwy podwykonawców nie są znane na tym etapie. Oświadczył, że oferta nie zawiera informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, które nie mogą być udostępniane. Do oferty dołączył kosztorysy ofertowe (dalej jako: „KO”) dotyczące poszczególnych elementów zamówienia, tj. KO dotyczący robót budowlanych, KO dot. zagospodarowania terenu, KO dot. dróg, KO dot. instalacji sanitarnych wewnętrznych wod-kan., c.o., KO dot. kotłowni gazowej, KO dot. przyłączy, KO dot. klimatyzacji i wentylacji, KO dot. technologii basenu, KO dot. instalacji elektrycznej i KO dot. instalacji niskoprądowych.

Pismem z dnia 14 marca 2024 r. Zamawiający zawiadomił Przystępującego o poprawieniu omyłek polegających na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia w oparciu o art. 223 ust. 2 pkt 3 PZP, przy czym poprawienie nie powoduje istotnych zmian w treści oferty. Poprawienie dotyczyło kalkulacji zawartych w kosztorysach w zakresie przyjętej ilości robót i ich wartości z uwzględnieniem zaoferowanej przez Constructo ceny.

Dnia 15 marca 2024 r. Przystępujący został wezwany przez Zamawiającego do złożenia w terminie 5 dni aktualnych na dzień złożenia, podmiotowych środków dowodowych.

Zgodnie z informacją z dnia 19 marca 2024 r., znak GG.271.20.6.2023.TS, jako najkorzystniejszą Zamawiający wybrał ofertę Constructo.

Wyrokiem z dnia 11 kwietnia 2024 r., sygn. akt KIO 988/24, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołanie złożone przez Agrobex Sp. z o.o. w ramach niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, uznając je za

zasadne w zakresie zarzutu dotyczącego naruszenia art. 224 ust. 1 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 PZP w zw. z art. 16 pkt 1-3 PZPi nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym wezwanie wykonawcy Constructo sp. z o.o. z siedzibą w Lubiczu do złożenia wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny w trybie art. 224 ust. 1 PZP, w tym do złożenia wyjaśnień w zakresie stawki roboczogodzinny kalkulacyjnej oraz w zakresie uwzględnienia w cenie kosztów związanych z zapewnieniem materiałów eksploatacyjnych w ramach prowadzonych serwisów. W związku z powyższym, dnia 12 kwietnia 2024 r. Zamawiający unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej Constructo i przystąpił do powtórzenia czynności badania i oceny ofert.

Pismem z dnia 12 kwietnia 2024 r., znak GG.271.20.6.2023.TS Zamawiający wezwał Constructo, na podstawie art. 224 ust. 1 PZP, „do udzielenia wyjaśnień w tym złożenia dowodów odnośnie wyliczenia ceny, kosztu lub ich istotnych części składowych: 1) w zakresie stawki roboczogodzinny kalkulacyjnej podanej w ofercie wraz z dokumentami w postaci umów o pracę lub list płac potwierdzającymi wysokość wynagrodzenia pracowników przyjętą na potrzeby kalkulacji ceny oferty, oraz 2) w zakresie uwzględnienia w cenie kosztów związanych z zapewnieniem materiałów eksploatacyjnych w ramach prowadzonych serwisów.”

Dnia 19 kwietnia 2024 r. Przystępujący złożył wyjaśnienia informując m.in., że: „1. Zastosowane stawki roboczogodzinny na potrzeby kalkulacji są zgodne ze minimalnym wynagrodzeniem za pracę w myśl „Rozporządzenia w sprawie minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2024r.”, jak również zgodne ze stawką roboczogodzinową kosztorysową w myśl „Rozporządzeniem Ministra Rozwoju Regionalnego i Budownictwa z dnia 13 lipca 2001 r. w sprawie metod kosztorysowania obiektów i robót budowlanych”. 2. W cenie oferty uwzględniono w cenie kosztów związanych z zapewnieniem materiałów eksploatacyjne w ramach serwisów.”

Do wyjaśnień dołączono załączniki, których nazwy zostały w części od pkt 5 i nast. utajnione przez Zamawiającego: tj. zestawienie zbiorcze kosztów, koszty ogólne budowy, kosztorys - koszt bezpośredni Constructo, regulamin zachowania poufności, oferty i kosztorysy podwykonawców, umowy o zachowaniu poufności, oświadczenia podwykonawców, umowy o zatrudnienie pracowników itp., w oparciu o zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa przez Constructo.

W piśmie z dnia 26 kwietnia 2024 r. Zamawiający stwierdził, że nie wszystkie dokumenty bądź nie całość dokumentów, co do których wykonawca zgłosił zastrzeżenie ich utajnienia zawiera rzeczywiście informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 uznk lub wykonawca nie sprostął obowiązkowi wykazania, że dokumenty objęte zastrzeżeniem faktycznie posiadają walor tajemnicy przedsiębiorstwa. W związku z powyższym poinformował Przystępującego, że uznaje za bezskuteczne zastrzeżenie jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji zawartych w wyjaśnieniach ceny z dnia 19 kwietnia 2024 r. (za wyjątkiem listy podwykonawców na str. 5 wyjaśnień, zestawienia wartości serwisów materiałowych ujętych w ofertach podwykonawców na str. 7 wyjaśnień i nazw podwykonawców wymienionych w załącznikach na str. 8 wyjaśnień) oraz załącznikach do tych wyjaśnień - z wyłączeniem informacji identyfikujących osoby fizyczne, podwykonawców lub dostawców wykonawcy (nazw i danych kontaktowych oraz danych osobowych osób kontaktowych), a także załączników obejmujących oferty, kosztorysy i oświadczenia dołączone do ofert bądź kosztorysów podwykonawców lub dostawców, tj. za wyjątkiem załącznika nr: 5, 6, 7, 8, 9, 10, 14, 16, 18, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 28, 29, 30, 31, 32, 35, 36 i 37.

Pismem z dnia 2 maja 2024 r., Constructo został wezwany na podstawie art. 224 ust. 1 PZP do: „wyjaśnienia rozbieżności między wynagrodzeniem pracownika (3 600 zł brutto) podanym w umowie o pracę z dnia 02.01.2024 r. stanowiącej drugi dokument załącznika nr 38 (str. 67) do Wyjaśnień ceny z dnia 19 kwietnia 2024 r., a wysokością minimalnego wynagrodzenia za pracę obowiązującego w 2024 r.”

W ramach odpowiedzi pismem z dnia 7 maja 2024 r., Przystępujący wskazał na dodatkowe wyjaśnienia oraz zastrzegł tajemnicę przedsiębiorstwa dotyczącą dowodów powołanych w treści wyjaśnień, jak również załączonych do wyjaśnień. Do wyjaśnień dołączył 3 załączniki w postaci umowy o pracę, listy płac i oświadczenia podwykonawcy. W tym wypadku, na uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wskazał jedynie na treść art. 11 ust. 2 uznk oraz jego interpretację.

W świetle informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 10 maja 2024 r., znak GG.271.20.7.2023.TS, w wyniku ponownego badania i oceny ofert – w związku z unieważnieniem pierwotnego wyboru najkorzystniejszej oferty zgodnie z wyrokiem KIO z 11 kwietnia 2024 r., sygn. KIO 988/24, Zamawiający, jako najkorzystniejszą, wybrał ofertę Constructo.

Wyrokiem z dnia 7 czerwca 2024 r., sygn. akt KIO 1711/24, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołanie Odwołującego i nakazała Zamawiającemu unieważnić wybór oferty najkorzystniejszej oraz powtórzyć czynności badania i oceny ofert, w tym uznać za bezskuteczne zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa i udostępnić wykonawcy Agrobex Sp. z o.o. wszystkie informacje, które nie zostały udostępnione Odwołującemu, zawarte w wyjaśnieniach Constructo Sp. z o.o. z dnia 19 kwietnia 2024 r. wraz z załącznikami oraz w załącznikach do wyjaśnień z dnia 7 maja 2024 r. Izba stwierdziła, że zaniechanie przez Zamawiającego ujawnienia na wniosek Agrobex Sp. z o.o., wskazanych w odwołaniu, dokumentów i informacji zastrzeżonych przez Constructo sp. z o.o. jest nieuprawnione i jako takie narusza art. 18 ust. 1-3 PZP w zw. z art. 16 PZP w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w zw. z art. 74 ust. 2 PZP.

Zawiadomieniem z dnia 10 czerwca 2024 r. Zamawiający unieważnił czynność wyboru najkorzystniejszej oferty i udostępnił Odwołującemu dokumenty dotyczące wykonawcy Constructo, zgodnie z ww. wyrokiem.

Następnie, tego samego dnia, Gmina wezwała Constructo do udzielenia wyjaśnień, w trybie art. 224 ust. 1 PZP, tj. wyliczenia ceny całkowitej oferty (a nie tylko stawki roboczogodziny kalkulacyjnej i uwzględnienia w cenie kosztów związanych z zapewnieniem materiałów eksploatacyjnych w ramach prowadzonych serwisów), w tym również co do zgodności zaoferowanej ceny z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, jak też z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego.

W odpowiedzi, pismem z dnia 17 czerwca 2024 r., Constructo wyjaśnił, iż cena całkowita oferty została przygotowana w oparciu o koszty bezpośrednie: oferty dostawców, podwykonawców, i koszty pośrednie: kalkulacja kosztów budowy oraz zysku. Opisał metodologię obliczenia ceny całkowitej, jednocześnie wskazał, że brak jest przepisów prawa powszechnie obowiązującego, które regulowałyby metody kosztorysowania ceny oferty. Zastosowane stawki roboczogodziny na potrzeby kalkulacji są zgodne ze minimalnym wynagrodzeniem za pracę. Jak wskazał Constructo, w cenie oferty uwzględniono w cenie kosztów związanych z zapewnieniem materiałów eksploatacyjnych w ramach serwisów zgodnie z treścią udzielonych chronologicznie odpowiedzi na etapie prowadzonego postępowania przetargowego. W załączniku nr 1 Constructo przedstawiło tabelaryczne zestawienie pozyskanych ofert od dostawców, podwykonawców, które stanowią koszty bezpośrednie (RMS). Koszty budowy, na które składają się „obsługa kierownika budowy, kierowników robót branżowych, obsługa biur, koszty dojazd zespołu nadzorującego zaplecze biurowe tj. kontener biurowy wraz z wynajmem toalety, koszt ogrodzenia, rekultywacji terenu sprzątanie, koszty związane z wynajmem kontenerów na odpady, koszt przyłącza energii do placu budowy, koszt dźwigu, banera reklamowego, opłatę za media, koszty biurowe, koszty związane z dokumentacją powykonawczą i planem BIOZ, koszty gwarancji, a także koszty geodezji powykonawczej” – przedstawiono w załączniku nr 2. Wyjaśnił, iż koszty zespołu kierownictwa robót oszacowano łącznie na poziomie 12 000 zł brutto na miesiąc, tj. Kierownik budowy – 8.000 zł brutto, koszt kierownika robót sanitarnych 2000 zł brutto oraz koszt kierownika robót elektrycznych 2 000 zł brutto. Wskazał, że powyższe kwoty wynikają z zawartych umów w przypadku pozyskania kontraktu (załączniki 3,4,5). Wskazał również na koszty obsługi umowy, wynajmu kontenera biurowego, ogrodzenia, koszty związane z zakończeniem inwestycji (sprzątanie, rekultywacja terenu), wywozu śmieci/gruzu/ziemi, dojazdu zespołu kierownictwa, koszty ubezpieczeń, koszty biurowe, koszty wykonania geodezji powykonawczej i dokumentacji powykonawczej. Constructo wyjaśnił, iż pozostałe koszty, jak zużycie prądu, banery reklamowe, koszt podłączenia podlicznika prądowego itp. przyjęto w oparciu o doświadczenie wcześniejszych zrealizowanych zamówień publicznych o podobnym charakterze. Wg Constructo, łączny koszt związany z obsługą wynosi 325 300 zł i w ocenie wykonawcy jest wystarczający do zapewnienia pełnej obsługi inwestycji. Założył zysk w kwocie 1.283.604,36, w którym uwzględnił koszt zarządu. W zakresie kosztów pracowniczych podał, że kwota bazowa wynagrodzenia na dzień składania oferty przez Constructo tj. na dzień 26.02.2024r. wynosi 4242 zł brutto, dla I półrocza 2024, stawka brutto wynosi 25,65 zł za roboczogodzinę (netto 19,48 zł za roboczogodzinę), zaś dla II półrocza 2024, stawka brutto wynosi 25,39 zł za roboczogodzinę (netto 19,26 zł za roboczogodzinę), zatem średnia cena robocizny w roku 2024 wynosić będzie 25,52 zł brutto (19,37 zł netto). W przypadku stawek roboczogodzin określonych jako brutto w wyjaśnieniach Constructo wskazywało na stawki uwzględniające koszt składek na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne oraz podatek. Constructo oświadczył ponadto, że wszyscy pracownicy podwykonawców zatrudnieni są na umowę o pracę. Wyjaśnił, iż „Stawki robocizny kosztorysowej brutto obejmują wartości stawek kosztorysowych netto powiększanych o narzuty kosztów pośrednich i zysku kalkulacyjnego. Metodologia opracowana przez Sekocenbud. Sposób obliczenia stawki roboczogodzinowej kosztorysowej brutto przedstawia wzór określony w wskazówkach metodycznych określonych przez Stawka rob. brutto = stawka rob. netto x (1+WKp/100%) x (1+Wz/100%) gdzie zastosowane symbole oznaczają: WKp - wskaźnik narzutu kosztów pośrednich (naliczane do R i S) Wz - procentowy wskaźnik narzutu zysku. (naliczany od Kp, R, S) Z powyższego wzoru obliczana jest stawka roboczogodzinowa kosztorysowa/kalkulacyjnej, która zawiera wszystkie narzuty uwzględniające wynagrodzenie pracownika.” Wg powyższego wzoru, Constructo obliczył stawkę kosztorysową roboczogodziny brutto jako 44 zł i dodał, że powyższa stawka uwzględnia narzuty podstawowe związane z wynagrodzeniem (m. in. ubezpieczenia emerytalne, rentowe, wypadkowe, FP i pozostałe). Dodał, że w świetle wyjaśnień Zamawiającego nr 11 z dnia 22 lutego 2024 r. do SWZ, brak było zgody Zamawiającego na wprowadzenie dodatkowych pozycji do kosztorysu – w związku z powyższym, zdaniem Constructo, materiały eksploatacyjne, serwisy należy ująć w wycenie. W celu wykazania Zamawiającemu, że materiały eksploatacyjne i serwisy zostały ujęte w wycenie, wykonawca przedstawił kosztorysy podwykonawców dla branż instalacyjnych oraz technologii wykonania basenu, z wyszczególnieniem konkretnych kwot na serwisy materiały eksploatacyjne oraz przedstawił wartości serwisów ujętych w ofertach podwykonawczych – razem 362.700 zł. Wyjaśnił, iż wykonawca do określenia ceny przyjął w całości oferty podwykonawców. „Wartość materiałów eksploatacyjnych i serwisów zostaje przemnożony przez współczynnik narzutu wynoszący 1,0873 .Wskaźnik ten został określony w zestawieniu robót (załącznik nr 1) - co daje wartość netto 394 363,71 zł netto.” Do wyjaśnień Constructo dołączył:

wyliczenie ceny oferty, zestawienie – koszty budowy, umowy z kierownikami robót, kosztorysy i oferty podwykonawców i dostawców.

Zgodnie z informacją o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 18 czerwca 2024 r., Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez Constructo.

Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego, na fakty tam powołane:

- 1) dokumentację przekazaną przez Zamawiającego w postaci elektronicznej, zapisaną na płycie DVD, która wpłynęła do akt sprawy w dniu 1 lipca 2024 r., w szczególności:
 - Ogłoszenie o zamówieniu,
 - SWZ wraz z załącznikami oraz wyjaśnieniami,
 - Oferty wykonawców,
 - Wezwanie do złożenia podmiotowych środków dowodowych wraz z odpowiedzią,
 - Informacja z otwarcia ofert,
 - Zawiadomienie o wyborze oferty z dnia 19 marca 2024 r.
 - Zawiadomienie z dnia 12 kwietnia 2024 r. o unieważnieniu wyboru oferty,
 - Wezwanie do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny,
 - Wyjaśnienia Constructo w zakresie rażąco niskiej ceny wraz z uzasadnieniem tajemnicy przedsiębiorstwa,
 - Wezwanie z dnia 2 maja 2024 r. do udzielenia dodatkowych wyjaśnień wraz z odpowiedzią,
 - Zawiadomienie o ponownym wyborze najkorzystniejszej oferty,
 - Wniosek Agrobex o udostępnienie dokumentów,
 - Zawiadomienie z dnia 10 czerwca 2024 r. o unieważnieniu wyboru oferty,
 - Wezwanie z dnia 10 czerwca 2024 r. do udzielenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny wraz z odpowiedzią Constructo,
 - Zawiadomienie o wyborze oferty z dnia 18 czerwca 2024 r.
 - Protokół postępowania.
- 2) Dowody złożone przez Odwołującego na rozprawie:
 - Analiza wynagrodzenia Pana J., pracownika Zakładu Elektrycznego M.I. (dowód nr 1),
 - Wyciąg ze sprawozdania finansowego Constructo (dowód nr 2).
- 3) Dowody złożone przez Przystępującego na rozprawie:
 - Zaświadczenie z PINB dot. Pana P.J. (dowód nr 1),
 - Decyzja z dnia 20 grudnia 2005 r. Wielkopolskiej Okręgowej Izby Inżynierów Budownictwa (dowód nr 2).

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba zważyła, co następuje.

Odwołanie zasługiwało na uwzględnienie – Zamawiający zobowiązany jest do odrzucenia oferty Constructo w oparciu o art. 224 ust. 6 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 PZP, wobec faktu, że złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny w zakresie ceny roboczogodziny oraz materiałów eksploatacyjnych.

Niewątpliwie, w niniejszej sprawie stawka roboczogodziny jest istotną częścią składową oferty, skoro mamy do czynienia z robotami budowlanymi, wykonywanymi przez pracowników zatrudnionych w oparciu o umowę o pracę. Pozostawało to bezsporne między stronami. Nie ma również żadnego sporu co do tego, iż przepisy prawa wymagają od wykonawcy zatrudniającego pracowników w oparciu o umowę o pracę zapewnienia takim pracownikom wynagrodzenia zgodnego z przepisami o minimalnym wynagrodzeniu. Zgodnie z art. 6 ust. 1 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (t.j. z 2020 r., poz. 2207 ze zm.), wysokość wynagrodzenia pracownika zatrudnionego w pełnym miesięcznym wymiarze czasu pracy nie może być niższa od wysokości minimalnego wynagrodzenia ustalonego w trybie i ustawy. Z kolei, art. 224 ust. 3 pkt 4 PZP przewiduje, że wartość kosztów pracy przyjęta do ustalenia ceny przez wykonawcę nie może być niższa od tak ustalonego minimalnego wynagrodzenia za pracę. W świetle rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 14 września 2023 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2024 r. (Dz.U. poz. 1893), od dnia 1 stycznia 2024 r. minimalne wynagrodzenie za pracę wynosi 4.242 zł, zaś od dnia 1 lipca 2024 r. ustala się minimalne wynagrodzenie za pracę w wysokości 4.300 zł. Podane w rozporządzeniu kwoty, to kwoty brutto, które przed wypłatą „na rękę” pracownika obniża się o należne składki na ubezpieczenia społeczne w części obciążającej pracownika oraz zaliczkę na podatek dochodowy. Z kolei, aby ustalić koszt wynagrodzenia pracownika po stronie pracodawcy, ustaloną w rozporządzeniu kwotę brutto wynagrodzenia powiększa się o kwoty obciążające pracodawcę, w tym częściowo składki na ubezpieczenia emerytalno-rentowe, wypadkowe, Fundusz Pracy itd.

W wyjaśnieniach z 17 czerwca 2024 r., Constructo podał, że średnia stawka roboczogodziny, przyjęta do kalkulacji, w 2024 r. wynosić będzie 25,52 zł (brutto). Wg wyjaśnień, stawka ta obejmuje: składki na ubezpieczenie emerytalno-rentowe, chorobowe, składkę zdrowotną, podatek PIT. Przy czym, Constructo wskazał, iż należy rozróżnić stawkę

roboczogodziny od stawki robocizny kosztorysowej, która obejmuje dodatkowo narzuty kosztów pośrednich (60%) i zysku kalkulacyjnego (10%). W ten sposób, Constructo obliczył stawkę roboczogodziny kosztorysowej brutto jako kwotę 44,00 zł (załącznik nr 24 do wyjaśnień z dnia 17 czerwca 2024 r.). Niemniej, jak słusznie podniósł Odwołujący, Constructo nie wyjaśnił, w szczególności jakie koszty ujął w kosztach pośrednich i w jaki sposób poszczególne pozycje zaliczone do tych kosztów zostały wyliczone. Constructo nie wyjaśnił sposobu ustalenia „WKp – wskaźnika narzutu kosztów pośrednich”. Tym samym, z wyjaśnień nie wynika, czy Constructo będzie w stanie pokryć wszystkie koszty pracownicze, a nie tylko wypłacić należne wynagrodzenie, w kwocie nie niższej niż minimalne wynagrodzenie za pracę (co i tak pozostaje wątpliwe, o czym poniżej). W szczególności, nie wiadomo, czy i w jakiej wysokości, Constructo uwzględnił w ww. kosztach pośrednich takie koszty, jak choćby wynagrodzenia za urlopy i inne płatne nieobecności, zasiłki chorobowe, odprawy emerytalne, nagrody, premie oraz inne obciążenia finansowane przez pracodawcę, np. Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych. Konieczne jest również wskazanie, iż skoro – wg wyjaśnień – Constructo, choć nie był do tego zobowiązany – przyjął metodologię kosztorysowania wskazaną w nieobowiązującym już rozporządzeniu Ministra Rozwoju Regionalnego i Budownictwa w sprawie metod kosztorysowania obiektów i robót budowlanych z dnia 13 lipca 2001 r. (Dz.U. Nr 80, poz. 867 ze zm.) – to powinien uwzględnić postanowienie § 10 tego rozporządzenia (obecnie § 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, Dz.U. z 2021 r., poz. 2458 ze zm., do którego odwołuje się Odwołujący), zgodnie z którym: „Godzinowa stawka robocizny kosztorysowej obejmuje wszystkie składniki zaliczane do wynagrodzenia oraz koszty pochodne naliczane od wynagrodzeń, a w szczególności: 1) płace zasadnicze, 2) premie regulaminowe, 3) płace dodatkowe (dodatki stażowe, inne dodatki regulaminowe), 4) płace uzupełniające (wynagrodzenia za urlopy i inne płatne nieobecności, zasiłki chorobowe, odprawy emerytalne, nagrody jubileuszowe), 5) obligatoryjne obciążenia płac, 6) odpisy na zakładowy fundusz świadczeń socjalnych.: Całkowicie niespójne są zatem wyjaśnienia, w ramach których Przystępujący wskazuje na określoną metodologię kosztorysowania, lecz jak się okazuje – stosuje ją tylko wybiórczo.

W oparciu o tak złożone wyjaśnienia, Zamawiający nie jest w stanie zweryfikować zgodności kalkulacji ofertowej i zaoferowanej ceny, w tym jej istotnej części składowej z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, w tym ustawy o minimalnym wynagrodzeniu za pracę oraz przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego. Kluczowy jest jednak fakt, iż żadne z odpowiedzi Constructo na wezwania do wyjaśnień – nie wyjaśniają sposobu obliczenia przyjętej w kosztorysie ofertowym stawki 25 zł za roboczogodzinę i nie potwierdzają zgodności tej stawki z przepisami dotyczącymi kosztów pracy. W szczególności nie potwierdzają, że ich wartość przyjęta do ustalenia ceny nie jest niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie przepisów ustawy o minimalnym wynagrodzeniu za pracę. Podkreślić należy, iż na początkowym etapie postępowania, Constructo zupełnie inaczej formułował i tłumaczył wyliczenia zaoferowanej stawki. Jak wskazała Izba w wyroku KIO 988/24: „Wyliczenia minimalnej stawki roboczogodziny przedstawione przez Wykonawcę Constructo w piśmie z dnia 5 kwietnia 2024 r. zostały dokonane w ten sposób, że za podstawę przyjęto stawkę wynagrodzenia netto pracownika, a zatem nie tylko nie przyjęto wynagrodzenia brutto pracownika, ale również dodatkowych kosztów pracodawcy (składek finansowanych przez pracodawcę).” W wyliczeniach z 17 czerwca 2024 r. z kolei przyjęto stawkę wynagrodzenia brutto pracownika, ale nie przyjęto dodatkowych kosztów pracodawcy (składek finansowanych przez pracodawcę). Słusznie wskazywał Odwołujący, iż Constructo nie uwzględniło również w kalkulacji dodatkowych kosztów pracodawcy związanych z (absencją chorobową pracownika za pierwsze 33 dni nieobecności które obciążają pracodawcę, nieobecnością pracownika w pracy na urlopie wypoczynkowym które obciążają pracodawcę, ekwiwalentu za odzież roboczą, ekwiwalentu za pranie odzieży roboczej, wyposażenie pracownika w indywidualne środki ochrony osobistej (min. okulary ochronne, szelki ochronne, narzędzia). Znamienne jest, iż Constructo „podwyższył” stawkę roboczogodziny z 25 zł do 30 zł, po wydaniu ww. wyroku Izby w pierwszej sprawie, tj. KIO 988/24, w którego uzasadnieniu, Izba zwróciła uwagę, iż: „Przyjmując liczbę godzin pracy w I i II półroczu 2024 r. podaną przez Wykonawcę Constructo w ww. piśmie minimalna stawka godzinowa uwzględniająca wynagrodzenie brutto pracownika i składki finansowane przez pracodawcę powinna wynieść 30,91 zł w I półroczu 2024 r. ($5\ 110,76\ \text{zł} \times 6 = 30\ 664,56\ \text{zł}$; $30\ 664,56\ \text{zł} / 992 = 30,91$) oraz 30,59 zł w II półroczu 2024 r. ($5\ 180,64\ \text{zł} \times 6 = 31\ 083,84\ \text{zł}$; $31\ 083,84\ \text{zł} / 1016 = 30,59\ \text{zł}$).” Tym samym, jakkolwiek w świetle rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 14 września 2023 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2024 r. (Dz.U. poz. 1893), od dnia 1 stycznia 2024 r. ustala się minimalne wynagrodzenie za pracę wynosi 4.242 zł, zaś od dnia 1 lipca 2024 r. ustala się minimalne wynagrodzenie za pracę w wysokości 4300 zł, to finalnie łączny koszt wypłaty takiego wynagrodzenia wynosi dla pracodawcy ponad 5 tys zł.

W postępowaniu odwoławczym KIO 988/24, Constructo tłumaczył, iż kalkulując ofertę przyjął wszystkie wymagane koszty związane z zatrudnianiem pracowników, jednakże nie wszystkie koszty zostały ujęte w ramach stawki roboczogodziny kalkulacyjnej. Zatem, wskutek wyjaśnień, których uzyskanie od Przystępującego nakazała Izba w ww.

wyroku, Zamawiający powinien otrzymać od Constructo informacje o sposobie obliczenia stawki 25 zł z uwzględnieniem kosztów pracy pracownika, w tym przede wszystkim minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz ewentualnie o sposobie ujęcia pozostałych kosztów pracy w innych kosztach wykazanych w kosztorysie. Jednak, w odpowiedzi na pierwsze wezwanie, Constructo zdecydowało się podnieść stawkę roboczogodziny kalkulacyjnej do 30 zł, przy czym wyjaśniając sposób kalkulacji kosztów pracy, Constructo wskazało na sposób obliczenia kwoty stawki godzinowej pracownika, uwzględniającej minimalny poziom wynagrodzenia – która nota bene przekracza kwotę 25 zł – uzasadniając, iż jest to kwota netto, którą należy powiększyć jeszcze o narzuty – koszty pośrednie (60%) i zysk (10%) i w ten sposób uzyskując stawkę 44 zł. Być może wyjaśnienie to byłoby do przyjęcia, gdyby – zgodnie ze wskazaniem Izby z wyroku KIO 988/24 Constructo wyjaśnił w jakiej wysokości oraz jakie koszty związane z zatrudnianiem pracowników Przystępujący uwzględnił – w ramach wskaźnika kosztów pośrednich. Constructo – w wyjaśnieniach z dnia 17 czerwca 2024 r. – wskazał zaś zupełnie lakonicznie, iż „Powyższa stawka uwzględnia narzuty podstawowe związane z wynagrodzeniem (m.in. ubezpieczenia emerytalne, rentowe, wypadkowe, Fundusz Pracy i pozostałe).

Biorąc pod uwagę kalkulację ofertową oraz kolejne złożone przez Constructo wyjaśnienia – nie ma w tym zbiorze informacji logiki i spójności. Argumentacja Przystępującego rysuje się jak – jak to słusznie określił Odwołujący – próba wyrównania zaniżonej początkowo w kalkulacji ofertowej wartości kosztów pracy innymi elementami kosztotwórczymi.

W świetle rozporządzenia z dnia 13 lipca 2001 r., na którego metodologię powołał się w wyjaśnieniach Przystępujący, koszty pośrednie to „składnik kalkulacyjny ceny kosztorysowej, uwzględniający nieujęte w kosztach bezpośrednich koszty zaliczane zgodnie z odrębnymi przepisami do kosztów uzyskania przychodów, w szczególności koszty ogólne budowy oraz koszty zarządu.” Skoro za koszty pośrednie uznaje się w tym przypadku koszty ogólne budowy oraz koszty zarządu – to zupełnie niejasne jest również dlaczego, Przystępujący w wyjaśnieniach sposobu obliczenia kosztu roboczogodziny wskazał, że stawkę 25 zł powiększa o koszty pośrednie (60%) oraz zysk (10%) twierdząc równocześnie, że koszty zarządu ujmuje w zysku (a nie w kosztach pośrednich – tak jak wynika z rozporządzenia).

Ponadto, nawet jeśliby uznać, że wskazując na kwotę 25 zł jako stawkę roboczogodziny Constructo starało się uwzględnić przepisy dotyczące minimalnego wynagrodzenia za pracę, to i tak – stawka ta jest niższa, zgodnie zaś z art. 224 ust. 3 pkt 4 PZP, wartość kosztów pracy, przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę. Constructo sam w wyjaśnieniach z 17 czerwca wskazał, iż średnia stawka roboczogodziny uwzględniająca minimalne wynagrodzenie za pracę to 25,52 zł. Nie sposób zatem uznać, iż przyjęta w ofercie stawka 25 zł za roboczogodzinę uwzględnia regulacje dotyczące minimalnego wynagrodzenia za pracę, nie mówiąc już o możliwości pokrycia za tą stawkę wszystkich kosztów zatrudnienia pracownika, które – zgodnie ze wskazaniem Izby w wyroku KIO 988/24) może pokryć minimalna stawka godzinowa w wysokości 30,91 zł w I półroczu 2024 oraz 30,59 zł w II półroczu II. Potwierdza to również dowód złożony przez Odwołującego w postaci analizy kosztów wynagrodzenia pracownika podwykonawcy Constructo, w świetle którego koszty roboczogodziny w kolejnych miesiącach kształtują się na poziomie: 30,17 zł – w styczniu 2024 r., 30,22 zł – w lutym 2024 r. oraz 53,48 zł – w marcu 2024 r. Nie ma przy tym znaczenia argument Constructo, iż stawkę kalkulował wg miesięcy styczeń-luty 2024 r., skoro w świetle postanowień Rozdziału XX SWZ, od wykonawcy wymagane jest skalkulowanie ceny oferty z należytą starannością (ust. 2) oraz wykonawca musi uwzględnić w swojej ofercie przewidywalny wzrost cen materiałów, paliw, energii itp. oraz innych kosztów mogących mieć miejsce w czasie realizacji umowy (ust. 5). Odpierając ww. twierdzenia Odwołującego, iż koszty zatrudnienia ww. pracownika w marcu 2024 r. wyniosły w skali jednej roboczogodziny – 53,48 zł, Constructo oświadczył, iż wg jego obliczeń jest to kwota ok. 36,00 zł, niemniej nie wskazał na żadne obliczenia, które doprowadziły go do takiej stawki. Stąd, Izba uznała za wiarygodne obliczenia Odwołującego.

W ocenie Izby tylko precyzyjne rozpisanie poszczególnych pozycji składających się na koszty pracy, w tym rozebranie wskaźnika kosztów pośrednich na części, umożliwiłoby Zamawiającemu rzetelną weryfikację i ocenę zaproponowanej stawki roboczogodziny pod kątem realności i zgodności z przepisami prawa. W świetle zaś wyjaśnień Przystępującego – powstało jeszcze więcej niejasności, które w dalszym ciągu wymagałyby wyjaśnień, niemniej przepisy PZP nie przewidują takiej możliwości. Zasadą jest jednokrotne wezwanie do wyjaśnień w trybie art. 224 ust. 1 PZP. Rację ma zatem Odwołujący podnosząc, iż wezwaniem z dnia 10 czerwca 2024 r. Zamawiający dał Przystępującemu „kolejną szansę” na wyjaśnienia np. kosztów pracy, której Przystępujący nie wykorzystał należycie.

W odniesieniu do zarzutu nieujęcia wartości materiałów eksploatacyjnych potrzebnych w ramach przeglądów serwisowych, Izba w ślad za wyrokiem Izby w sprawie o sygn. KIO 988/24 przyjęła, że umieszczenie w kosztorysach ofertowych dodatkowej pozycji „kalkulacja własna” nie stanowiło jedynej metody wyceny materiałów eksploatacyjnych potrzebnych w ramach przeglądów serwisowych w czasie udzielonej gwarancji, a wykonawcy mogli ująć je w ofercie również w inny sposób, np. w cenach materiałów. W świetle powyższego, Izba stwierdziła, że rację ma Odwołujący podnosząc, iż Constructo w żaden sposób nie wykazał, że skalkulował w cenie oferty wartość materiałów eksploatacyjnych oraz nie wykazał, że wszystkie materiały eksploatacyjne zostały uwzględnione w kalkulacji (brak wskazania chociażby zakresu tych materiałów) i oparł się w tym zakresie na kosztorysach podwykonawców, bez ich

skonkretyzowania. Podkreślić należy, iż Przystępujący w ramach wyjaśnień złożył zupełnie inaczej skalkulowane kosztorysy, w których uwzględniono oddzielne pozycje dotyczące kosztów serwisu, których brakowało w kosztorysach ofertowych. Nie wskazał zaś, w których pozycjach kosztorysu ofertowego koszty te zostały zawarte. Wyjaśnił ponadto, iż: „W celu wykazania Zamawiającemu, że materiały eksploatacyjne i serwisy zostały ujęte w wycenie, Wykonawca przedstawia kosztorysy podwykonawców dla branż instalacyjnych oraz technologii wykonania basenu, z wyszczególnieniem konkretnych kwot na serwisy materiały eksploatacyjne w celu rozwiania wątpliwości u Zamawiającego.” Jednocześnie kwoty te zupełnie nie wynikają z kosztorysów załączonych do oferty. W wyjaśnieniach Constructo miał przedstawić sposób wyliczenia/skalkulowania kosztów materiałów eksploatacyjnych niezbędnych w ramach serwisów w ofercie, a nie na nowo skalkulować ofertę z uwzględnieniem tych kosztów. Tym samym, jak już wskazano – wyjaśnienia, jakkolwiek bezpośrednio wskazują na koszt serwisów materiałów eksploatacyjnych – to jednak zupełnie nie wykazują, że koszty te zostały skalkulowane w cenie oferty i uwzględnione w kalkulacji ofertowej. Jest to o tyle istotne, iż wezwanie dotyczyło wyjaśnienia ceny ofertowej. Nadto, ważne jest, że zgodnie z Rozdziałem XX SWZ, ostateczne rozliczenie poszczególnych robót nastąpi w oparciu o ich ceny jednostkowe wynikające z kosztorysu ofertowego i rozliczenie faktycznie wykonanych robót. Zamawiający nie będzie rozliczał robót w oparciu o kosztorysy złożone wraz z wyjaśnieniami.

Jak wskazał Odwołujący, kolejną niejasnością, która pojawiła się na etapie wyjaśnień jest sposób skalkulowania zysku, który w szczególności wg zestawienia zbiorczego kosztów, stanowiącego załącznik nr 1 do wyjaśnień z dnia 19 kwietnia 2024 r. został skalkulowany na poziomie 7,8%, zaś wg pozostałych kosztorysów – został uwzględniony w poszczególnych ich pozycjach w stawkach 10%. Co więcej, jak wynika z wyjaśnień z dnia 17 czerwca 2024 r., w ramach zysku Przystępujący uwzględnia jeszcze koszty zarządu (prowadzenia przedsiębiorstwa), jednak nie wiadomo w jakiej wysokości. Literalnie, koszty zarządu nie zostały jednak ujęte w żadnej kalkulacji, tak jak inne koszty firmowe (np. koszty księgowości, amortyzacja pojazdów, opłaty za internet, za wynajem itd.). Nadto, w ocenie Odwołującego, Constructo podało nierealne koszty prowadzenia budowy i zaniżone koszty dojazdu, opłat za media, przyłączy do placu budowy (załącznik nr 2 do wyjaśnień z 19 kwietnia) oraz zaniżyło koszty związane ze skierowaniem do realizacji zamówienia osób wskazanych do pełnienia funkcji kierownika budowy (rynkowa stawka 10.000 zł, Constructo podało 8.000 zł) i kierowników robót branżowych (koszty zaniżone o ok. 2.000 zł). Niemniej, Izba nie podzieliła argumentacji Odwołującego dotyczącej niewystarczającego charakteru wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny w odniesieniu do innych elementów, niż koszt roboczogodziny oraz materiałów eksploatacyjnych, które były przedmiotem wątpliwości od początku sprawy. W tym zakresie, w ocenie Izby, wyjaśnienia Constructo odpowiadają w swej ogólności treści wezwania Zamawiającego z dnia 10 czerwca 2024 r. W ramach tego pisma, Zamawiający wezwał Constructo do „złożenia wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny, tj. wyliczenia ceny całkowitej oferty” i przytoczył jedynie treść art. 224 ust. 3 PZP. Constructo przedstawił ogólne wyliczenie ceny oferty (załącznik nr 1 do wyjaśnień z 17 czerwca 2024 r.), jak też kosztorysy – a zatem uznać należy, iż odpowiedział na wezwanie do wyliczenia ceny w sposób, jaki oczekiwał Zamawiający w wezwaniu. Nie miało to jednak wpływu na wynik sprawy, skoro – stwierdzone niespójności i braki w wyjaśnieniach Constructo dotyczących kosztów pracy i kosztów materiałów eksploatacyjnych wystarczyły do uznania, że zachodzi podstawa do odrzucenia oferty z uwagi na treść art. 224 ust. 6 PZP.

Podsumowując, wyjaśnienia Constructo, w zakresie dotyczącym, składających się na cenę oferty, kosztów pracy i kosztów materiałów eksploatacyjnych, pomimo dwukrotnej możliwości ich złożenia, okazały się niewystarczające, a tym samym, Izba uznała, że nie uzasadniają one podanego w ofercie kosztu i ceny oferty. Wyjaśnienia te są niespójne i nielogiczne. W istocie, Constructo przedstawił nowe wyliczenia i kalkulacje ceny ofertowej, a nie wyjaśnienia do złożonych wraz z ofertą kosztorysów. Kolejne odpowiedzi na wezwania do wyjaśnień wprowadzały jeszcze większy chaos i niespójność, zamiast usuwać wątpliwości. W istocie, wydaje się, że kolejnymi wyjaśnieniami Constructo próbował sanować błędne założenia co do stawek roboczogodziny, która pierwotnie została obliczona w oderwaniu od regulacji dotyczących minimalnego wynagrodzenia za pracę. Taka sytuacja jest niedopuszczalna, zaś regulacja art. 224 ust. 6 PZP ma na celu zapobieganie próbom naprawiania błędów ofertowania dopiero na etapie wyjaśnień. Raz złożona oferta nie może podlegać modyfikacji co do ceny lub stawki, bez względu na to, czy zamówienie obejmuje wynagrodzenie ryczałtowe, czy też kosztorysowe. Jeżeli wykonawca podał w ofercie nieprawidłową, zaniżoną, błędnie skalkulowaną stawkę, to nie może następnie jej modyfikować (poprawiać) na etapie wyjaśnień w trybie art. 224 PZP, z wyjątkami dotyczącymi oczywistych omyłek.

Konsekwencją wyboru jako najkorzystniejszej oferty Constructo, w sytuacji gdy podlegała ona odrzuceniu jest naruszenie art. 239 ust. 1 PZP w zw. z art. 17 ust. 2 PZP, toteż Izba podzieliła również drugi zarzut odwołania. Oferta ta nie mogła podlegać wyborowi jako najkorzystniejsza na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia, gdyż jako oferta podlegająca odrzuceniu – nie podlegała ocenie wg tych kryteriów. Nadto, skoro Zamawiający dążył do udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy, to zasady okazał się również zarzut naruszenia art. 17 ust. 2 PZP.

Biorąc powyższe pod uwagę, na podstawie art. 552 ust. 1, art. 553 i art. 554 ust. 1 pkt 1, ust. 2 oraz ust. 3 pkt 1 lit. a) i b) PZP, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie 557 PZP oraz w oparciu o przepisy 1 i pkt 2 w zw. z 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 pobieraniu wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437 ze zm.).

Przewodnicząca: