

Sygn. akt: KIO 2339/24
Sygn. akt: KIO 2340/24

WYROK

Warszawa, dnia 30 lipca 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Irmina Pawlik
Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 lipca 2024 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

A. w dniu 3 lipca 2024 r. przez wykonawcę Linter Energia Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Rzeszowie – sygn. akt KIO 2339/24,

B. w dniu 3 lipca 2024 r. przez wykonawcę Light On Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie – sygn. akt KIO 2340/24,

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gminę Siennica Różana przy udziale uczestników po stronie zamawiającego:

A. wykonawcy Light On Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie - sygn. akt KIO 2339/24,

B. wykonawcy M.M. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą M.M. PPHU „Anmax” w Uniszowicach – sygn. akt KIO 2339/24, KIO 2340/24

orzeka:

Sygn. akt: KIO 2339/24

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża odwołującego Linter Energia Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Rzeszowie i zalicza do kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez odwołującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Sygn. akt: KIO 2340/24

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża odwołującego Light On Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie i zalicza do 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 338 zł 00 gr (słownie: trzysta trzydzieści osiem złotych zero groszy) poniesioną przez odwołującego tytułem dojazdu na rozprawę oraz kwotę 17 zł 00 gr (słownie: siedemnaście złotych zero groszy) poniesioną przez odwołującego tytułem opłaty skarbowej od pełnomocnictwa.

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 2339/24

Sygn. akt: KIO 2340/24

Uzasadnienie

Zamawiający Gmina Siennica Różana (dalej jako „Zamawiający”) prowadzi postępowania o udzielenie zamówienia w trybie podstawowym pn.: „Budowa oświetlenia ulicznego na terenie gminy Siennica Różana” (numer referencyjny: GK.271.3.2024). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 4 kwietnia 2024 r. pod numerem 2024/BZP 00270543. Do postępowania o udzielenie zamówienia zastosowanie znajdują przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm., dalej „ustawa Pzp”). Wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza progów unijnych, o których mowa w art. 3 ustawy Pzp.

Sygn. akt KIO 2339/24

W dniu 3 lipca 2024 r. wykonawca Linter Energia Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Rzeszowie (dalej jako „Odwołujący”) wniósł odwołanie wobec czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę M.M. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą M.M. PPHU „Anmax” w Uniszowicach (dalej jako „Przystępujący Anmax”), wobec odrzucenia oferty złożonej przez Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8

ustawy Pzp pomimo iż zgodnie ze złożonymi w dniach 30.04.2024 r. oraz 13.06.2024 r. przez wykonawcę wyjaśnieniami jego oferta nie zawierała rażąco niskiej ceny oraz wobec zaniechania dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej, tj. oferty złożonej przez Odwołującego. Odwołujący zarzucił naruszenie przez Zamawiającego:

- 1.art. 226 ust. 1 pkt 8 w związku z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp z uwagi na to, że Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego jako zawierającą rażąco niską cenę, oraz uwagi na to, że zdaniem Zamawiającego potwierdzały to wyjaśnienia Odwołującego, podczas, gdy wyjaśnienia Odwołującego zostały skonstruowane w sposób prawidłowy, a wbrew twierdzeniom Zamawiającego Odwołujący podał koszt pracy wykorzystywanych przez siebie urządzeń, robót ziemnych, kosztów wykonania dokumentacji projektowej oświetlenia, inwentaryzacji geodezyjnej powykonawczej, a także zysk wykonawczy, jak również podana przez Odwołującego stawka roboczogodziny nie jest niższa od stawki minimalnej obowiązującej w roku 2024;
- 2.art. 239 ust. 1 w zw. art. 252 ust. 1 w zw. z art. 266 w zw. z art. 275 pkt 1 ustawy Pzp poprzez wybór oferty złożonej przez Przystępującego Anmax, która nie jest ofertą najkorzystniejszą w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz zaniechanie wyboru oferty Odwołującego;
- 3.art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez przeprowadzenie postępowania, w sposób naruszający uczciwą konkurencję oraz równe traktowanie wykonawców, poprzez nieuzasadnione odrzucenie oferty Odwołującego, a w konsekwencji poprzez wybór oferty złożonej przez Przystępującego Anmax jako najkorzystniejszej, a w ślad za tym zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej, jak również poprzez zaniechanie przedstawienia Odwołującemu pełnego uzasadnienia faktycznego i prawnego odrzucenia jego oferty z powodu rażąco niskiej ceny;
- 4.art. 253 ust. 1 pkt 2 w związku z art. 18 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie przedstawienia Odwołującemu pełnego uzasadnienia faktycznego i prawnego odrzucenia oferty Odwołującego z powodu rażąco niskiej ceny;

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego co do 2 części zamówienia, dokonanie ponownego badania i oceny złożonych ofert, co do 2 części zamówienia, z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

Uzasadniając zarzuty Odwołujący wskazał w szczególności powołany przez Zamawiającego przepis art. 224 ust. 6 ustawy Pzp stanowi, iż odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu. Wskazać należy, że zgodnie z orzecznictwem KIO jak i Sądów Okręgowych punktem odniesienia dla oceny oferty w kontekście rażąco niskiej ceny zawsze jest przedmiot danego zamówienia. Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego nigdzie nie wskazał, że nie jest możliwe wykonanie przedmiotu zamówienia za zaoferowaną przez Odwołującego cenę. Wskazał on jedynie, że odrzuca ofertę z uwagi na rażąco niską cenę, ponieważ zdaniem Zamawiającego Wykonawca w wyjaśnieniach przedstawił kalkulację rażąco niskiej ceny, w której nie wykazał wszystkich kluczowych elementów składowych mających wpływ na cenę oferty, w szczególności Zamawiający zarzucił Wykonawcy brak podania kosztu pracy dźwigu, zagęszczarek, sprzęzarek, przewodów elektrycznych, szaf sterujących, robót ziemnych oraz nie wykazuje kosztów wykonania dokumentacji projektowej oświetlenia oraz inwentaryzacji geodezyjnej powykonawczej a także zysku wykonawcy. Ponadto zdaniem Zamawiającego w dołączonej przez Wykonawcę kalkulacji kosztów pozycja pn.: „Zakup materiałów w oparciu o przedmiar dołączony do SWZ z uwzględnieniem kosztów oferty zewnętrznej na materiały” na kwotę 810.200 zł netto nie była uszczegółowiona, więc nie jest możliwa ocena jakie elementy składają się na ww. kwotę. Ponadto Zamawiający zarzucił Wykonawcy, że nie wskazał w oparciu o jakie wartości skalkulował koszty zakupu oprawy, jak również nie uwzględnił wzrostu tej stawki w ciągu roku 2024. Odwołujący wskazał, że skalkulował swoją ofertę w stosunku do postanowień SWZ Zamawiającego. Podkreślił okoliczność, iż Zamawiający ani w treści SWZ ani też w dokumentacji do niego dołączonej nie przedstawił przedmiaru robót, ani też projektów, zgodnie z którymi należałoby wykonać zlecenie. Stąd wszelkie kalkulacje Odwołującego z oczywistych względów musiały mieć charakter szacunkowy. Zamawiający zdecydował się na rozpisanie przetargu w zakresie drugiej części zadania w systemie „zaprojektuj i wybuduj”. Ze względu na ww. formułę, Odwołujący przyjął tylko kluczowe składniki cenotwórcze i zostawił miejsce na uzupełnienie kosztów, bowiem nie miał możliwości dopasowania ich do przedmiarów, których Zamawiający nie przedstawił. Odwołujący zauważył również, że dokumentacja dołączona do SWZ dla Części 2 zdania była bardzo ograniczona i składała się głównie z załączników graficznych. Stąd Odwołujący zgłaszając ofertę zabezpieczył ewentualną sytuację, w której konieczne byłoby wykonanie prac w wymiarze większym niż początkowo sądzono. W związku z powyższym Odwołujący dokonał kalkulacji kosztów zakupu materiałów w oparciu o dostępne mu na tym etapie informacje udostępnione w dokumentacji Zamawiającego z uwzględnieniem kosztów oferty zewnętrznej na te materiały, a następnie podniósł uzyskaną kwotę o 100% i w ten sposób uzyskał cenę ujętą w przedstawionej kalkulacji, która zabezpieczała ewentualne wyższe zużycie materiałów w trakcie realizacji zamówienia. Odwołujący przedstawił w formie tabeli

kalkulację ww. ceny. Wskazał, że podana tabela zawierająca ceny jednostkowe materiałów zawarta została w ofercie dołączonej do wyjaśnień. Odwołujący podniósł, że w niniejszej sytuacji, w żaden sposób nie może być mowy o rażąco niskiej cenie, bowiem łączna cena wskazana w kwestionowanej przez Zamawiającego pozycji kalkulacji jest wyższa od wstępnych szacunków Odwołującego i ma na celu zabezpieczać ewentualne nieprzewidziane na etapie składania oferty wyższe zużycie materiałów.

Odnosząc się do poszczególnych materiałów wymienionych przez Zamawiającego w uzasadnieniu odrzucenia oferty, wraz z zarzutem braku uwzględnienia ich przez Odwołującego w kalkulacji kosztów, Odwołujący podniósł, że koszt opraw oświetleniowych stanowi iloczyn ilości (230 szt.) wynikającej z SWZ i ceny jednostkowej 610 zł netto stanowiącej koszt zakupu pojedynczej oprawy. Ww. cena nie powinna budzić żadnych wątpliwości Zamawiającego, ponieważ w hurtowniach elektrycznych lub nawet bezpośrednio u któregośkolwiek z producentów czy w hurtowniach internetowych ceny opraw oświetleniowych spełniających wymagania Zamawiającego wynoszą średnio ok 550 zł netto. Odwołujący wskazał, że nie ma żadnych niskich cen, preferencyjnych upustów itd., a kalkulował swoje ceny w oparciu o ceny rynkowe. Odwołujący, który powołuje się na normalne ceny rynkowe nie musi udowadniać tych cen rynkowych. Na marginesie Odwołujący wskazał, że zgodnie z orzecznictwem KIO wykonawca może zastosować ceny nawet niższe od średnich cen rynkowych i mimo to zachować realny charakter ceny swojej oferty (Odwołujący powołał się na orzecznictwo). Tym bardziej realny charakter zaoferowanej ceny zostaje zachowany przy uwzględnieniu cen wyższych niż średnie ceny rynkowe, tak jak w przypadku ww. opraw oświetleniowych.

Odwołujący wskazał także, że nie jest prawdą, jakoby Odwołujący nie wykazał „kosztów wykonania dokumentacji projektowej oświetlenia oraz inwentaryzacji geodezyjnej powykonawczej”, ponieważ w złożonych wyjaśnieniach w ramach ponoszonych kosztów pracy Odwołujący wskazał stanowisko „Projektanta Elektrycznego” (w wymiarze aż 640 godzin) jako osoby odpowiedzialnej za przygotowanie całej dokumentacji związanej z prowadzonym projektem, a więc również dokumentacji projektowej oświetlenia oraz inwentaryzacji geodezyjnej powykonawczej. Zaznaczył, że do wykonania inwentaryzacji geodezyjnej powykonawczej nie jest konieczne dysponowanie szczególnymi uprawnieniami, co mogłoby stanowić podstawę dla wymogu zatrudnienia innego projektanta niż „Projektanta Elektrycznego”. Stąd Odwołujący mógł wyznaczyć jedną osobę do wykonania całości dokumentacji w ramach przedmiotowego zamówienia.

Odnosząc się do rzekomego braku podania kosztów poszczególnych urządzeń wykorzystywanych przez Odwołującego się do realizacji zamówienia, Odwołujący wskazał, że za nieprawdziwy należy uznać zarzut braku wskazania kosztu dźwigu, bowiem w kalkulacji przedstawionej oferty Odwołujący wskazał koszt eksploatacji dwóch podnośników koszowych stanowiących jego własności (koszt brutto 4.735,50 zł). Podnośnik koszowy jest wyposażony w dźwig, z pomocą którego będą odbywały się prace montażowe urządzeń oświetleniowych. Zamawiający całkowicie pominął również wskazane przez Odwołującego koszty eksploatacji trzech minikoparek (w stosunku do każdej koszt: 19.372,50 zł brutto). Na dowód posiadania powyższych urządzeń Odwołujący przedstawił również faktury zakupowe. Bezzasadny jest również zarzut dotyczący braku uwzględnienia przez Odwołującego kosztów zagęszczarki. W przedmiotowym przypadku taka zagęszczarka w ogóle nie jest potrzebna, ponieważ Odwołujący używa do zagęszczania koparki wyposażonej w odpowiednie akcesorium, która wykonuje tę samą pracę. Ponadto należy wskazać, że nawet gdyby doliczyć czas pracy zagęszczarki (koszt zakupu wynosi ok. 1400 zł), to całkowity koszt jej eksploatacji w ramach przedmiotowego zlecenia stanowić będzie marginalny i niezauważalny element skalkulowania oferty, co z kolei stanowi znikomy koszt względem całej wartości oferty. Zarzut braku uwzględnienia w kalkulacji przewodów elektrycznych oraz kosztów szaf sterujących również jest niezasadny, ponieważ zostały one wskazane w ofercie cenowej dołączonej do wyjaśnień (przewód napowietrzny, ASXSN 2x35mm² - cena jednostkowa: 4,06 zł, kabel YAKXS 4x35mm² – 14 452,50 zł za 1km brutto oraz szafa SOU - cena 1.512,90 zł brutto). Jeżeli natomiast chodzi o koszty robót ziemnych, tj. koszt koparki, koszt pracowników ogólnobudowlanych, wskazać należy, że zostały one uwzględnione w przedstawionej przez Odwołującego kalkulacji szczegółowej kosztowej, gdzie koszt pracownika ogólnobudowlanego - operator koparki został wskazany na kwotę 29.760,00 zł (suma kosztów zatrudnienia), koszt pracownika ogólnobudowlanego na kwotę 28.800,00 zł, koszt kierownika robót na kwotę 33.600,00 zł. Nie jest zatem prawdziwa teza Zamawiającego, jakoby wymienione w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego koszty nie zostały ujęte w ofercie.

Również nieprawdziwy w ocenie Odwołującego jest zarzut braku wskazania przez Odwołującego zysku jaki zamierza on osiągnąć realizując przedmiotowe zlecenie. Zysk ten został bowiem wskazany w ostatnim wierszu przedstawionej kalkulacji jako kwota 319 687,04 zł brutto. Wartość ta jest wynikiem prostej operacji rachunkowej, która wprost wynika z lektury ww. kalkulacji. Kwotę z pozycji „Wartość oferty” (1.627.260,16 zł netto) należy pomniejszyć o „Sumy wszystkich kosztów” (1.119.252,00 zł netto) oraz koszty pracy pracowników etatowych (248.100,00 zł netto), co daje wartość stanowiącą zysk Odwołującego z realizacji przedmiotowego zamówienia – 259 908,16 zł netto, a to stanowi po doliczeniu podatku od towarów i usług kwotę 319 687,04 zł brutto. Odwołujący wskazał na orzecznictwo dotyczące

cen jednostkowych i ich istotności, gdzie wskazano, że „przyczyną odrzucenia oferty może być wyłącznie rażące zaniżenie całej ceny lub jej części składowych, ale tylko takich, które mają charakter istotny. Istotne składniki ceny to takie gdzie „wartościowy udział w przedmiocie zamówienia jest znaczny lub od których - ze względu na ich merytoryczne znaczenie - zależy osiągnięcie zasadniczych celów, dla których zamówienie jest udzielane”. Powyższe rozumowanie zdaniem Odwołującego należy odnieść również do żądania przez Zamawiającego wykazywania kosztów wszystkich urządzeń wykorzystywanych w ramach danej inwestycji. Żądając uwzględnienia w przedstawionej kalkulacji Wykonawcy całkowicie wszystkich kosztów jednostkowych, nawet tych najbardziej podstawowych, dochodziłoby do sytuacji absurdalnych. Przykładowo Odwołujący, że pracownicy do realizacji przedmiotowego zadania będą musieli mieć zakupioną wodę mineralną, odzież służbową (w tym: buty, skarpetki, koszulki, kamizelki, kaski, rękawice), natomiast w użytkowanych np. samochodach musi znajdować się płyn do spryskiwaczy i czynnik chłodniczy do klimatyzacji, płyn hamulcowy itp. Ww. koszty jednak są zdecydowanie marginalne i nieistotne, w związku z czym każdy Wykonawca uwzględnia je albo zbiorczo, bądź też całkowicie pomija w kalkulacji. Idąc dalej tym tokiem rozumowania, Wykonawca musiałby również wykazywać, że w sytuacji prac prowadzonych w okresach wzmożonych opadów deszczu pracownicy będą wyposażeni w gumki, odzież przeciwdeszczową których koszt byłby wyszczególniony w odrębnej pozycji kosztorysu. Taki sposób rozumowania zawsze będzie umożliwiał zarzucenie Wykonawcy, że nie uwzględnił kosztu jakiegoś użytego przez siebie sprzętu/materiału, nawet jeżeli jego cena byłaby w kontekście całej oferty znikoma. Odwołujący wskazał jednocześnie, że w kalkulacji kosztowej przedstawionej w wyjaśnieniach z dnia 30.04.2024r. wskazał on materiały niezbędne do wykonania zlecenia materiały w pozycji „*zakup materiałów w oparciu o przedmiar dołączony do SWZ z uwzględnieniem kosztów oferty zewnętrznej na materiały*”, która to pozycja zawierała w sobie koszt zakupu wysięgników, szafy SOU, przewodów napowietrznych oraz kabli. Ceny jednostkowe powyższych zostały zawarte w ofercie dołączonej do kalkulacji.

Odwołujący zauważył ponadto, że wynagrodzenie z tytułu realizacji przedmiotowego zadania zostało określone jako wynagrodzenie ryczałtowe. Jak słusznie podkreśla w swoim orzecznictwie KIO w takiej sytuacji nie ma konieczności przedstawienia szczegółowego kosztorysu i wyliczenia wszystkich elementów w każdej z pozycji kalkulacji. Wykonawca nie ma obowiązku złożenia wyjaśnień w odniesieniu do wszystkich składowych ceny mających na nią wpływ. Możliwe jest zatem zbiorcze ujęcie tych kosztów w odpowiedniej pozycji. Jeżeli jednak Zamawiający dalej kwestionuje ww. pozycję kalkulacji, to powinien ewentualnie wezwać do jej doprecyzowania, a nie odrzucać oferty z powodu rzekomo zbyt ogólnikowo opisanej pozycji w kosztorysie. Odwołujący zauważył, że Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego nigdzie takiego wpływu ww. pozycji kalkulacji nie wskazał. Przyjęcie przez Zamawiającego, że ww. pozycja kosztowa z uwagi na rzekomo stwierdzony przez Zamawiającego brak możliwości zweryfikowania prawidłowości danych, wskazuje na konieczność odrzucenia oferty Odwołującego, należy uznać za nieuzasadnione, w szczególności biorąc pod uwagę, że do wyjaśnień została załączona m.in. oferta cenowa nr 54/03/2024, w której Odwołujący wyszczególnił ceny jednostkowe kluczowych i cenotwórczych materiałów, które zamierza zakupić do realizacji zlecenia. Nie doszło zatem do sytuacji, w której Zamawiający nie uzyskałby od Odwołującego informacji umożliwiających weryfikację podanych w ofercie Odwołującego danych. Ponadto Odwołujący zaznaczył, że przedmiotowe postępowanie realizowane jest w formule zaprojektuj – wybuduj i na tym etapie nie są znane szczegółowe drobne elementy infrastruktury oświetleniowej ponieważ nie powstały jeszcze projekty budowlane. Wskazał, że Zamawiający wezwał Odwołującego do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny dwukrotnie. Pomimo to, w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego Zamawiający wskazuje elementy związane z treścią jego pierwszych wyjaśnień. Takie zachowanie Zamawiającego jest zdaniem Odwołującego co najmniej niespójne. Skoro Zamawiający zdecydował się wezwać Odwołującego do wyjaśnień rażąco niskiej ceny ponownie, tym razem w zakresie kalkulacji wynagrodzenia zatrudnianych pracowników, to musiał uznać jego wcześniejsze wyjaśnienia za prawidłowe.

Jeżeli chodzi o koszty pracownicze Odwołujący podniósł, że w wyjaśnieniach przedstawił szczegółowe wyliczenie wynagrodzenia pracowników oddelegowanych do wykonania przedmiotowej inwestycji. Odwołujący wskazał jakie poszczególne pozycje składają się na zastosowaną przez niego stawkę godzinową. Zauważył, że stawki uwzględnione przez Odwołującego się nie są niższe 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 2020 r. poz. 2207) lub właściwych przepisów odrębnych. Minimalna stawka godzinowa wynosi (od 1 stycznia 202r.) 27,70 zł brutto, natomiast od 1 lipca 2024 r. wzrasta do kwoty 28,10 zł brutto. Odnosząc powyższe do wyjaśnień Odwołującego z 30.04.2024r. oraz 13.06.2024r. Odwołujący zastosował trzy różne stawki dla danych grup pracowników, tj. kolejno 30 zł, 31 zł oraz 35 zł brutto za godzinę. Zarówno stawki 31 zł brutto, jak i 35 zł brutto są wyższe od minimalnej stawki godzinowej, co zostało w prosty sposób wykazane w tabeli dołączonej do wyjaśnień z 13.06.2024 r. Wynagrodzenie zasadnicze powiększone o wszystkie należne składki ZUS, tj. emerytalną, zdrowotną, wypadkową, na Fundusz Pracy oraz Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych daje kwotę stawki kolejno 30,33 zł oraz 34,89

zł. Wątpliwości Zamawiającego mogły zatem dotyczyć wyłącznie stawki 30 zł za godzinę. Jednak w tych samych wyjaśnieniach Odwołujący wskazywał, że stawka ta dotyczy pracowników, którzy skończyli 55 lat w przypadku kobiet i 60 lat w przypadku mężczyzn, których obejmuje zwolnienie z obowiązku opłacania przez pracodawcę składek na Fundusz pracy i Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych. Stąd w przypadku tych osób podana stawka będzie pomniejszona o nieodprowadzane składki na ww. fundusze. Tym samym podane przez Odwołującego stawki godzinowe pracowników są zgodne minimalną stawką godzinową, ustaloną na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz.U. z 2020 r. poz. 2207) oraz właściwych przepisów odrębnych.

Odwołujący wskazał także na obowiązek przedstawienia przez Zamawiającego szczegółowego uzasadnienia faktycznego wynikającego z art. 253 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, jak również pośrednio z zasady jawności postępowania, o której stanowi art. 18 ust. 1 ustawy Pzp. Podniósł, że podane w niniejszym postępowaniu wyjaśnienie faktyczne ww. decyzji Zamawiającego nie spełniało standardów wynikających z orzecznictwa, bowiem Zamawiający nie odniósł się szczegółowo do przedstawionych przez Odwołującego wyliczeń oraz załączonych do wyjaśnień dokumentów, w szczególności Zamawiający nie wykazał, że podane przez Odwołujące wyliczenia poszczególnych pozycji zawartych w kalkulacji były nierealne, bądź nierynkowe. Również Zamawiający w żaden sposób nie odniósł się do wyjaśnień Odwołującego z 13.06.2024r. w zakresie wyliczenia części składowych wynagrodzenia pracowników.

W oparciu o przedstawione zarzuty Odwołujący podniósł, że racjonalnym działaniem jest nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego, a w konsekwencji nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownego badania i oceny złożonych ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego co do 2 części zamówienia.

Zamawiający w dniu 22 lipca 2024 r. złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

Pismo procesowe w sprawie w dniu 22 lipca 2024 r. złożył wykonawca M.M. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą M.M. PPHU „Anmax” w Uniszowicach, wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

W tym samym dniu pismo procesowe w sprawie złożył również wykonawca Light On Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

Sygn. akt KIO 2340/24

W dniu 3 lipca 2024 r. wykonawca Light On Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (dalej jako „Odwołujący”) wniósł odwołanie wobec czynności wyboru oferty wykonawcy M.M. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą M.M. PPHU „Anmax” w Uniszowicach (dalej jako „Przystępujący Anmax”) jako najkorzystniejszej w zakresie części nr 2 oraz zaniechania odrzucenia tej oferty. Odwołujący zarzucił naruszenie przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 8 w związku z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp poprzez zaniechanie czynności odrzucenia oferty wykonawcy Anmax, podczas gdy oferta tego wykonawcy zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a wykonawca złożył wyjaśnienia, które nie wykazały, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie części numer 2 oraz powtórzenia czynności badania i oceny ofert w zakresie części numer 2, w tym odrzucenie oferty Przystępującego Anmax.

Zdaniem Odwołującego wyjaśnienia rażąco niskiej ceny wykonawcy Anmax zawierają następujące uchybienia, których wystąpienie musi prowadzić do odrzucenia oferty tego wykonawcy: 1) ogólny charakter wyjaśnień, 2) brak przedstawienia istotnych dowodów, 3) nieweryfikowalny charakter kosztorysu, 4) niezgodność z przepisami dotyczącymi kosztów pracy oraz z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego.

Odnosząc się do pierwszego z ww. aspektów, Odwołujący podniósł, że wyjaśnienia wykonawcy Anmax mają bardzo ogólny charakter. Wyjaśnienia tego wykonawcy to tak zwana w orzecznictwie KIO „beletrystka wyjaśnienia” składająca się z samych ogólnych stanowisk, pozbawionych jakiegokolwiek rzeczywistego znaczenia, która nie zawiera również żadnych możliwych do uchwycenia wartości ekonomicznych. Odwołujący podniósł, że w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej podkreśla się, że wyjaśnienia muszą być konkretne oraz możliwe do weryfikacji. Wskazał przykładowe wyroki. Odnosząc się do wyjaśnień wykonawcy Anmax w zakresie posiadanych rabatów oraz wysokiego stopnia zmechanizowania i usprzętowania Odwołujący podniósł, że brak jest ze strony wykonawcy informacji, ile dokładnie wynoszą ceny, po których wykonawca zakupuje materiały. Bez tej informacji sama informacja na temat rabatu jest bezużyteczna. Ponadto, informacja na temat rabatu jest również niedookreślona. Wykonawca wskazuje, że rabat „często wynosi nawet 30%”. Nie wiadomo jednak, ile rabat wynosi w pozostałych przypadkach. Brak jest jednak informacji, co dokładnie wykonawca rozumie poprzez „wysoki poziom zmechanizowania i usprzętowania”. Nie wiadomo, na czym to dokładnie polega i czy faktycznie stanowi wyróżnik wśród innych wykonawców. Wszak każdy wykonawców

korzysta z urządzeń mechanicznych i sprzętów. Natomiast z zestawienia środków trwałych wynika, że są to standardowe sprzęty, którymi współcześnie dysponuje każdy przedsiębiorca działający w tej branży. Nie wiadomo również, o ile dokładnie pozwala to obniżyć koszty pracy ludzi i jakie konkretnie oszczędności można dzięki temu osiągnąć. Wykonawca nie wyjaśnił również, ile dokładnie oszczędza dzięki posiadaniu urządzeń na własność względem sytuacji, w której musiałby wynajmować te urządzenia. Odnosząc się do twierdzeń Anmax o tym, że kadra kierownicza posiada uprawnienia budowlane Odwołujący wskazał ponownie, że brak jest informacji, jakie konkretnie (w jakiej konkretnie wysokości) oszczędności wykonawca może uzyskać z tego tytułu. Zdaniem Odwołującego żaden element wyjaśnień wykonawcy Anmax nie wnosi żadnej konkretnej informacji w zakresie przyczyn, dla których wykonawca mógł zaoferować konkretną cenę.

W zakresie drugiego z ww. aspektów odwołujący wskazał, że zgodnie z utrwaloną linią orzecniczą Krajowej Izby Odwoławczej, do wyjaśnień rażąco niskiej ceny należy dołączyć odpowiednie dowody. Sama kalkulacja kosztów nie jest wystarczającym dowodem (Odwołujący wskazał przykładowe orzeczenia). Tymczasem jako „dowody” wykonawca Anmax dołączył zestawienie środków trwałych oraz oświadczenie swojego przedstawiciela w przedmiocie odbicia wizji lokalnej. Te dokumenty nie mają jednak znaczenia w kontekście ustalenia, czy wykonawca ma możliwość wykonania zamówienia za zaoferowaną cenę. Zestawienie środków trwałych zawiera wyłącznie nazwę posiadanego sprzętu oraz numer rejestracyjny. Brak jest natomiast informacji odnoszących się do zaoferowanej ceny, takich jak chociażby: jakie jest spalanie tego sprzętu, przez ile godzin/jaką liczbę kilometrów sprzęt będzie pracował przy realizacji tego zamówienia, a w konsekwencji, ile wynoszą koszty sprzętu. Natomiast oświadczenie przedstawiciela w przedmiocie wizji lokalnej również nie zawiera żadnej możliwej do uchwycenia wartości ekonomicznej, która pozwoliłaby chociaż w jakimkolwiek zakresie odnieść się do zaoferowanej ceny. Zdaniem odwołującego realnymi dowodami, jakie należało w niniejszym przypadku przedstawić były: dokumenty pochodzące od dostawców materiałów, tj. oferty, faktury lub cenniki – na okoliczność ustalenia cen materiałów niezbędnych do wykonania zamówienia; dokumenty potwierdzające wysokość rzekomych rabatów, jakie posiada wykonawca; zanonimizowane umowy o pracę z pracownikami lub zanonimizowane listy płac – na okoliczność ustalenia wysokości wynagrodzenia, jakie wykonawca wypłaca pracownikom. Dopiero przedstawienie powyższych dowodów pozwoliłoby Zamawiającemu zweryfikować, czy wykonawca Anmax jest faktycznie w stanie wykonać zamówienie za zaoferowaną cenę.

Dalej Odwołujący wskazał na nieweryfikowalny charakter kosztorysu złożonego przez wykonawcę Anmax. Zaznaczył, że kosztorys ten ma charakter uproszczony (tj. poszczególne pozycje jednostkowe kosztorysu nie zostały podzielone na materiały, robociznę oraz sprzęt, przez co nie jest możliwa weryfikacja, jak wykonawca kalkulował poszczególne pozycje jednostkowe). Przykładowo w pozycji numer 1.14.1 wykonawca wskazuje, że prace polegające na montażu przewodów izolowanych linii napowietrznej wykona w cenie 15 235,86 zł za 1 kilometr. Nie wiadomo jednak: 1) Ile w tej cenie 15 235,86 zł stanowi koszt materiałów, ile koszt robocizny, a ile koszt pracy sprzętu. 2) Jakie materiały zostaną użyte do wykonania tej pozycji oraz w jakiej ilości. 3) W jakiej cenie wykonawca zakupi materiały. 4) Ile roboczogodzin wykonawca planuje przeznaczyć na realizację tej pozycji. 5) Jaki sprzęt zostanie wykorzystany do wykonania tej pozycji. 6) Jaki jest koszt pracy sprzętu do wykonania tej pozycji. 7) A w konsekwencji – czy wykonawca jest w stanie wypracować jakikolwiek zysk. Gdyby bowiem wyjaśnienia miały szczegółowy charakter, był do nich dołączony kosztorys szczegółowy (czyli z rozbiciem każdej pozycji jednostkowej na robociznę, materiały oraz sprzęt) oraz do wyjaśnień zostałyby dołączone dowody (w szczególności w zakresie kosztów robocizny, materiałów oraz sprzętu), to Zamawiający mógłby dokonać stosownego sprawdzenia, czy założenia wykonawcy Anmax są prawidłowe. Natomiast bez tych danych weryfikacja jest niemożliwa. Tytułem przykładu Odwołujący wskazał orzecznictwo, w którym Krajowa Izba Odwoławcza wypowiedziała się na temat charakteru zbyt ogólnych i nieweryfikowalnych kalkulacji jako niewystarczających do merytorycznej weryfikacji. Dodatkowo w odwołaniu podkreślono, że wykonawca Anmax w złożonym kosztorysie wskazał wprawdzie, że zamierza wypracować zysk, niemniej zysk został określony jako: $10,00\%R + 10,00\%S + 10,00\%Kp(R) + 10,00\%Kp(S)$. Oznacza to więc że wykonawca Anmax planuje wypracować zysk jako określony procent od kosztów robocizny, sprzętu, kosztów pośrednich robocizny oraz kosztów pośrednich sprzętu. Brak jest jednak informacji na temat wartości, od których należy policzyć określony procent. W konsekwencji Zamawiający nie dysponuje nawet tak podstawową informacją, ile dokładnie (w konkretnej kwocie) ma wynosić zysk wykonawcy Anmax.

Następnie Odwołujący wskazał na niezgodność z przepisami dotyczącymi kosztów pracy oraz z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego. Wskazał na wynikający z rozdziału 24 ust. 24.1. SWZ obowiązek zatrudnienia części personelu, w tym pracowników fizycznych, na umowę o pracę. Dalej podniósł, że należy wyraźnie rozróżnić minimalne wynagrodzenie za pracę od minimalnej stawki godzinowej. Zastosowanie w tym zakresie znajduje ustawa z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (tekst jednolity Dz. U. z 2020 r. poz. 2207, z późn. zm.) [dalej: „ustawa o minimalnym wynagrodzeniu za pracę”]. Ustawa ta określa minimalne wynagrodzenie za pracę oddzielnie dla umów o pracę i oddzielnie minimalną stawkę godzinową dla tzw. umów cywilnoprawnych (umów

zlecenie i umów o świadczenie usług). Wskazał na art. 6 ust. 1 oraz art. 8a ust. 1 ww. ustawy podkreślając, że pojęcie minimalnej stawki godzinowej dotyczy wyłącznie umów, o których mowa w art. 734 i art. 750 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r.- Kodeks cywilny (tekst jednolity Dz. U. z 2023 r. poz. 1610, z późn. zm.) (czyli umów zlecenia i umów o świadczenie usług), a pojęcie minimalnego wynagrodzenia dotyczy wyłącznie umowy o pracę. Zgodnie z postanowienia SWZ wykonawca zobowiązany jest do zatrudnienia wszystkich pracowników fizycznych na podstawie umowy o pracę. Z tego powodu pod uwagę należy brać minimalne wynagrodzenie za pracę (nie bierzemy pod uwagę minimalnej stawki godzinowej, ponieważ ona jest właściwa dla umów cywilnoprawnych, a wykonawcy takich umów nie mogą stosować). Tymczasem wykonawca Anmax jako właściwą wskazał stawkę 28,10 zł, czyli minimalną stawkę godzinową, która jest właściwa dla umów zlecenie i umów o świadczenie usług.

Odwołujący podniósł, że aby ustalić właściwą stawkę roboczogodziny dla niniejszego zamówienia należy najpierw policzyć, jaki jest minimalny koszt robocizny zgodny z przepisami ustawy o minimalnym wynagrodzeniu za pracę oraz zgodny z przepisami prawa pracy i zabezpieczenia społecznego. W przypadku umów o pracę ustalenie wynagrodzenia opiera się na rozliczeniu miesięcznym ustalonym w odpowiednim rozporządzeniu. I tak zgodnie z rozporządzeniem 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. z 2023 r. poz. 1893) [dalej: „rozporządzenie w sprawie minimalnego wynagrodzenia 2024”] wynagrodzenie brutto dla pracownika zatrudnionego w oparciu o umowę o pracę musi wynosić więc od dnia 1 lipca 2024 r. kwotę 4 300 zł. Ponadto poza wynagrodzeniem brutto wykonawca ma obowiązek również ponieść inne koszty związane z zatrudnieniem pracownika. Są to następujące koszty: 1) Koszty wynikające z ustawy z dnia 13 października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych: a) Art. 16 ust. 1 Składki na ubezpieczenia emerytalne pracowników – finansują z własnych środków, w równych częściach, ubezpieczeni i płatnicy składek (zgodnie z treścią art. 22 ust. 1 składka na ubezpieczenie emerytalne wynosi 19,52% podstawy wymiaru). b) Art. 16 ust. 1b Składki na ubezpieczenia rentowe osób, o których mowa w ust. 1 (pracowników), finansują z własnych środków, w wysokości 1,5% podstawy wymiaru ubezpieczeni i w wysokości 6,5% podstawy wymiaru płatnicy składek. c) Art. 16 ust. 3 Składki na ubezpieczenie wypadkowe osób wymienionych w ust. 1 pkt 1 [pracownicy] i finansują w całości, z własnych środków, płatnicy składek. 2) Koszty wynikające ustawy z dnia 20 kwietnia 2004 r. o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy: a) składka na Fundusz Pracy wynosi 1,0% podstawy wymiaru składek na ubezpieczenia emerytalne i rentowe, natomiast składka na Fundusz Solidarnościowy to 1,45% tej podstawy. Składka jest finansowana i opłacana przez płatnika składek (pracodawcę); 3) Koszty wynikające z ustawy z dnia 13 lipca 2006 r. o ochronie roszczeń pracowniczych w razie niewypłacalności pracodawcy: a) Stopa procentowa składki na FGŚP wynosi 0,10% kwoty, od której obliczane są składki na ubezpieczenia emerytalne i rentowe. Składka jest finansowana i opłacana przez płatnika składek (pracodawcę). Łączny dodatkowy koszt zatrudnienia pracownika (poza kwotą wynagrodzenia brutto) wynosi więc 20,48% wysokości wynagrodzenia brutto. Wykonawca kalkulując cenę musi wziąć pod uwagę również te koszty. Odwołujący podniósł, że obowiązek doliczenia do kosztów wynagrodzenia również kosztów pracodawcy znajduje również potwierdzenie w orzecnictwie Krajowej Izby Odwoławczej (wskazał przykładowe wyroki). Oznacza to, że kalkulując cenę roboczogodziny nie można brać pod uwagę wyłącznie kwoty wynagrodzenia brutto, lecz trzeba wziąć pod uwagę całkowity koszt związany z zatrudnieniem pracownika (nazywany czasem potocznie „duże brutto” lub „brutto brutto”). Całkowity koszt pracodawcy, zgodnie z ww. założeniami wynosi więc 5 180,64 zł (zakładając zatrudnienie pracownika na podstawie umowy o pracę z wynagrodzeniem równym minimalnemu wynagrodzeniu za pracę). Odwołujący wskazał, że w następnej kolejności należy przeliczyć całkowity miesięczny koszt zatrudnienia pracownika na 1 roboczogodzinę. W tym celu należy podzielić całkowity miesięczny koszt zatrudnienia pracownika (5 180,64 zł) przez liczbę godzin roboczych w miesiącu. 46. Liczba godzin roboczych w poszczególnych miesiącach 2024 r. roku wygląda następująco: 1) Styczeń – 168 godzin; 2) Luty – 168 godzin; 3) Marzec – 168 godzin; 4) Kwiecień – 168 godzin; 5) Maj – 160 godzin; 6) Czerwiec – 160 godzin; 7) Lipiec – 184 godzin; 8) Sierpień – 168 godzin; 9) Wrzesień – 168 godzin; 10) Październik – 184 godzin; 11) Listopad – 152 godzin; 12) Grudzień – 160 godzin. Łącznie w ciągu 2024 roku jest 2008 godzin roboczych, czyli przeciętnie w miesiącu 167,33 godzin roboczych. W związku z powyższym należy całkowity miesięczny koszt pracodawcy (5 180,64 zł) podzielić przez przeciętną liczbę godzin roboczych w miesiącu (167,33). Otrzymujemy wartość 30,96 zł. W przypadku zatrudnienia pracowników za minimalnym wynagrodzeniem za pracę minimalna cena roboczogodziny, jaką należy przyjąć, żeby uwzględnić wszystkie elementy to 30,96 zł. Zdaniem Odwołującego przyjęcie niższe ceny oznaczałoby, że oferta wykonawcy jest niezgodna z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, przyjęto stawki niższe niż minimalne wynagrodzenie za pracę lub też oferta jest niezgodna z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie (czyli w Polsce). Tymczasem wykonawca Anmax przyjął cenę roboczogodziny w wysokości 28,10 zł. Oznacza to, że wyjaśnienia wykonawcy Anmax wskazują na niezgodność z przepisami dotyczącymi kosztów pracy oraz niezgodność z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego.

Odwołujący wskazał ponadto, że nie ma możliwości wezwania wykonawcy Anmax do złożenia kolejnych wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny oraz przedstawienia dowodów. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej dopuszcza się ponowne wezwanie do złożenia wyjaśnień tylko w sytuacji, gdy wykonawca już za pierwszym razem udzielił konkretnych, spójnych wyjaśnień, które tylko w niektórych kwestiach wymagają doprecyzowania czy uzupełnienia. Natomiast nie można ponownie wzywać o wyjaśnienia wykonawcy, który jedynie dla formalności udzielił zamawiającemu odpowiedzi, ale którego pierwotne wyjaśnienia z uwagi na ich ogólnikowość i lakoniczność w żaden sposób nie tłumaczą, skąd wynika taka, a nie inna cena oferty. Stanowiłoby to bowiem w istocie danie wykonawcy drugiej szansy na udzielenie wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny, co stoi w sprzeczności z zasadami równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji (Odwołujący wskazał przykładowe orzecznictwo). Z daleko idącej ostrożności procesowej, w przypadku gdyby Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że w niniejszym stanie faktycznym należy jednak wezwać wykonawcę Anmax do ponownych wyjaśnień rażąco niskiej ceny (choćby zdaniem Odwołującego oferta wykonawcy podlega odrzuceniu bez konieczności wzywania do ponownych wyjaśnień), to Odwołujący stawia również zarzut ewentualny naruszenia art. 224 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie czynności wezwania wykonawcy Anmax do ponownych wyjaśnień zaoferowanej ceny, podczas gdy pierwotnie złożone wyjaśnienia budzą dalsze wątpliwości co do możliwości realizacji zamówienia za zaoferowaną cenę.

Podsumowując Odwołujący wskazał, że w niniejszym stanie faktycznym wykonawca Anmax otrzymał wezwanie do wyjaśnień zaoferowanej ceny. Wyjaśnienia wykonawcy nie wykazały, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. 1) Wyjaśnienia wykonawcy mają bardzo ogólny charakter. 2) Wykonawca nie przedstawił istotnych dowodów. 3) Do wyjaśnień został dołączony kosztorys, natomiast ma on charakter nieweryfikowalny. 4) Wyjaśnienia wykonawcy wskazują na niezgodność z przepisami dotyczącymi kosztów pracy oraz z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego. W tych okolicznościach oferta wykonawcy Anmax podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w związku z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp. Zamawiający zaniechał odrzucenia, czym naruszył wskazane wyżej przepisy. Jednocześnie naruszenie to miało wpływ (mogło mieć istotny wpływ) na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Zamawiający w dniu 22 lipca 2024 r. złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

Pismo procesowe w sprawie w dniu 22 lipca 2024 r. złożył wykonawca M.M. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą M.M. PPHU „Anmax” w Uniszowicach, wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

Odwołujący Light On Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie w dniu 25 lipca 2024 r. złożył pismo procesowe, stanowiące replikę na odpowiedź Zamawiającego na odwołanie oraz pismo procesowe Przystępującego Anmax.

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

Izba stwierdziła skuteczność przystąpień zgłoszonych do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 2339/24 po stronie Zamawiającego przez wykonawców M.M. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą M.M. PPHU „Anmax” w Uniszowicach oraz Light On Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie.

Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia zgłoszonego do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 2340/24 po stronie Zamawiającego przez wykonawcę M.M. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą M.M. PPHU „Anmax” w Uniszowicach.

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

Izba uznała, że Odwołujący w sprawie o sygn. akt KIO 2339/24, jako podmiot, którego oferta została odrzucona i który wnosząc odwołanie dąży do unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz unieważnienia czynności odrzucenia jego oferty wykazał, że posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba uznała, że Odwołujący w sprawie o sygn. akt KIO 2340/24, jako podmiot, który złożył ofertę w postępowaniu i który wnosząc odwołanie dąży do unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenia czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenia oferty wybranego wykonawcy, wykazał, że posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba rozstrzygając odwołania uwzględniła dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego, w szczególności SWZ, oferty wykonawców, wezwania i wyjaśnienia wykonawców w zakresie wyliczenia ceny, zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz o odrzuceniu ofert.

W sprawie o sygn. akt KIO 2339/24 Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z dokumentów złożonych przez Odwołującego na rozprawie (drogą elektroniczną) w postaci trzech umów o pracę oraz wydruku karty katalogowej zagęszczarki, dokumentów złożonych przez Zamawiającego wraz z odpowiedzią na odwołanie: dwa wydruki stron internetowych dotyczące poziomu wynagrodzenia projektanta instalacji elektrycznych, dokumentów załączonych do pisma Przystępującego Anmax: instrukcja eksploatacji podnośnika kosowego, instrukcja montażu i użytkowania słupów oświetleniowych stalowych i aluminiowych (Elektromontaż Rzeszów S.A.), instrukcja montażu słupa oświetleniowego na stopie fundamentowej oraz bezpośrednio do gruntu (Elmonter) oraz dokumentu złożonego przez Przystępującego Anmax na rozprawie: oferta firmy Usługi Geodezyjne GEOMAP na okoliczności wynikające z treści tych dokumentów, podane przez Strony i Uczestnika w pismach bądź do protokołu rozprawy. Zestawienie zawierające opis materiałów niezgodnych z PFU i kosztów nieujętych przez Odwołującego złożone przez Przystępującego Anmax podczas rozprawy Izba potraktowała jako jego stanowisko procesowe, gdyż było to opracowanie własne Przystępującego. Ponadto Izba wskazuje, że powołany w treści odwołania jako dowód dokument w postaci oferty Kaczmarek Electric S.A. z dnia 18 czerwca 2024 r. nie został załączony do odwołania, jak i nie został złożony na rozprawie.

W sprawie o sygn. akt KIO 2340/24 Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z dokumentów złożonych przez Przystępującego Anmax na rozprawie, tj. ofert cenowych na zakup materiałów, na okoliczności wynikające z treści tych dokumentów, podane przez Przystępującego Anmax do protokołu rozprawy.

Izba ustaliła, co następuje:

Zgodnie z pkt 4.1 SWZ przedmiotem zamówienia w części 2 jest budowa oświetlenia ulicznego na terenie gminy Siennica Różana – pozostałe odcinki w systemie „zaprojektuj i wybuduj”. Przedmiotem zamówienia jest zadanie polegające na:

- a) opracowaniu kompletnej dokumentacji projektowej wraz z uzyskaniem niezbędnych opinii, uzgodnień oraz uzyskaniem pozwolenia na budowę zgodnie z Ustawą z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (t.j. Dz. U. 2021 poz. 2351 z późn. zm.), a także uzyskanie innych decyzji administracyjnych niezbędnych do zrealizowania zadania
- b) wykonaniu robót budowlanych na przedmiotowym zadaniu w oparciu o dokumentację projektową opracowaną przez Wykonawcę, STWiORB (opracowane przez Wykonawcę i wykonane zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Rozwoju i Technologii z dnia 20 maja 2021 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno - użytkowego (t.j. Dz. U. 2021 r. poz. 2454) oraz odpowiednie przepisy prawa.

Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia został zawarty w Załączniku Nr 1 do SWZ – Program Funkcjonalno – Użytkowy.

Zgodnie z pkt 16.1 SWZ obowiązującą formą wynagrodzenia za wykonanie przez Wykonawcę przedmiotu zamówienia będzie wynagrodzenie ryczałtowe wskazane w Formularzu ofertowym – Załącznik Nr 3 do SWZ. Cena ryczałtowa obejmuje wszystkie koszty i składniki związane z wykonaniem zamówienia w zakresie wynikającym z opisu przedmiotu zamówienia. W pkt 16.2 SWZ wskazano, że cena winna uwzględniać wymagania wskazane w opisie przedmiot zamówienia, SWZ i Projekcie umowy.

W postępowaniu w zakresie części 2 złożono 9 ofert: oferta nr 2 (Odwołujący Light On) – 6 000 000 zł brutto, oferta nr 4 (Odwołujący Linter Energia) - 2 001 530 zł brutto, oferta nr 5 – 3 616 200 zł brutto, oferta nr 6 (Przystępujący Anmax) - 2 810 550 zł brutto, oferta nr 7 – 4 292 700 zł brutto, oferta nr 8 – 6 400 000 zł brutto, oferta nr 9 – 2 287 800 zł brutto, oferta nr 10 – 3 317 187 zł brutto, oferta nr 13 – 3 270 421,17 zł.

Pismem z dnia 25 kwietnia 2024 r. Zamawiający wezwał wykonawców, w tym Odwołującego Linter Energia oraz Przystępującego Anmax, na podstawie art. 224 ust. 2 pkt. 1 ustawy Pzp do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny w porównaniu do wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania. Zamawiający wskazał, że wyjaśnienia powinny dotyczyć następujących elementów mających wpływ na cenę: 1) zarządzanie procesem produkcji, świadczonych usług lub metody budowy; 2) wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków dostaw, usług związanych z realizacją robót budowlanych; 3) oryginalności dostaw, usług lub robót budowlanych oferowanych przez wykonawcę; 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 lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie; 5) zgodności z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej; zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie; 7) zgodności z przepisami z zakresu ochrony środowiska; 8) wypełniania obowiązków związanych z powierzeniem wykonania części zamówienia podwykonawcy. Ponadto należało przedstawić zestawienie tabelaryczne elementów mających wpływ na cenę, jakie Wykonawca przyjął do obliczenia ceny oferty.

Odwolujący Linter Energia odpowiadając na wezwanie wskazał, że cena zaoferowana przez wykonawcę nie jest ceną rażąco niską. Podkreślił, że zgodnie z przyjętą definicją rażąco niskiej ceny, jest to cena odbiegająca od wartości przedmiotu zamówienia, za którą wykonawca nie byłby w stanie wykonać zamówienia bez poniesienia strat lub otrzymania dodatkowego finansowania. Z uwagi na powyższe Wykonawca wskazuje, że cena zaoferowana w przedmiotowym zamówieniu odpowiada faktycznym kosztom ponoszonym przez wykonawcę w celu realizacji Zamówienia i pozwala na osiągnięcie zysku w ramach realizowanego zamówienia. Wykonawca przygotował swoją ofertę w oparciu o bogate doświadczenie nabyte w ramach realizowanych zamówień. Wykonawca przedstawił zestawienie najnowszych kontraktów (25 kontraktów), wskazując, że łączna wartość wybranych kontraktów instalacji nowych układów oświetleniowych z ostatnich lat to około 55 000 000,00 zł brutto. Łączna wartość konserwacji i utrzymania sieci elektrycznych z ostatnich lat to około 22 000 000,00 zł. Wykonawca wskazał, że na przestrzeni ostatnich lat wykonawca sprefabrykował, wyprodukował i zainstalował w ramach własnych zasobów kadrowych ok 30 000 szt. opraw LED zarówno w kraju jak i za granicą. Współczynnik uszkodzeń (awaryjności) opraw na podstawie historii zgłoszeń reklamacji i awarii wynosi na dzień sporządzenia pisma tj. 17.04.2024r 0,2% z sumy zrealizowanych projektów. Wykonawca dodał, że w chwili obecnej konserwacje, przebudowy oraz utrzymanie linii sieci oświetleniowej o łącznej długości ok. 1630 kilometrów. Realizowane umowy oraz kontrakty poparte są wzorowymi referencjami potwierdzającymi realizację inwestycji i zakresu rzeczowego na wzorowym poziomie i w czasie bardzo często krótszym niż ten zdefiniowany w terminach realizacji przedmiotu umowy.

W związku z powyższym wykonawca wskazał, że jest wiodącym i jednym z największych podmiotów, który posiada tak rozbudowane doświadczenie nie bazujące na podwykonawstwie, a realizacji z wykorzystaniem własnych zasobów oraz pracowników w zakresie projektowania, prefabrykacji, produkcji instalacji oraz utrzymania sieci oświetleniowych w kraju i może legitymować się największym doświadczeniem, w tym na terenie południowej Polski w tym woj. Podkarpackiego. Bazując na dotychczasowych realizacjach i doświadczeniu oraz po wykonaniu wewnętrznego audytu stanu oświetlenia w Gminie Siennica Różana przed złożeniem oferty oraz analizie specyfikacji przetargowej i zakresu rzeczowego przedmiotowej umowy Wykonawca precyzyjnie oszacował czas potrzebny na realizację umowy tj.: montażu osprzętu elektrycznego oraz instalacji wszystkich nowych elementów zmodernizowanej sieci w terenie w tym koszty zakupu, i montażu opraw oświetleniowych oraz koszty zakupu niezbędnego materiału instalacyjnego zgodnego z kosztorysem stanowiącym załącznik do oferty oraz stosownych opracowań dokumentacyjnych. Wykonawca wskazał, że bazuje na jak najmniejszej ilości dostawców, skraca łańcuch dostaw eliminując zbędnych pośredników, którzy podnoszą koszt wytworzenia produktu. Z uwagi na wielomilionowe zakupy na przestrzeni ostatnich lat, co ma odzwierciedlenie w przywołanych powyżej umowach, koszty zakupu poszczególnych elementów ustalone są z producentami indywidualnie, ścieżką projektową, a co za tym idzie są wielokrotnie niższe niż w przypadku zakupu opraw w hurtowni. Niższy koszt ofertowy opraw wynika z tego, że Linter Energia Sp. z o.o. w odróżnieniu od pozostałych oferentów jest zarówno producentem jak i wykonawcą, a nie jedynie instalatorem elektrycznym lub hurtownią. Produkując i instalując dotychczas ponad 30 000 szt. opraw oświetlenia ulicznego Wykonawca wypracował Know-How w postaci optymalnych procesów zarządzania produkcją i przygotowania produktów do montażu w terenie które częściowo są gotowe do pracy na sieci. W związku z powyższym skrócony został czas trwania montażu w terenie, a sama zabudowa opraw w wypadku Wykonawcy charakteryzuje się, po uwzględnieniu wszystkich powyższych czynników, znacznie krótszym czasem instalacji w stosunku do podmiotów konkurencyjnych. Do wyjaśnień załączono szczegółową kalkulację oferty, a także oferty handlowe oraz faktury dostawców – na potwierdzenie warunków handlowych i cen przedstawionych w kalkulacji.

Przystępujący Anmax w złożonych wyjaśnieniach wskazał, że w przygotowaniu oferty przetargowej brał udział zespół doświadczonych pracowników posiadających wyższe wykształcenie, w branży elektrycznej. Wynikiem ich pracy jest rzetelna oferta o prawidłowo skalkulowanej cenie, pozwalającej należycie i terminowo wykonać zamówienie z osiągnięciem założonego zysku. Oświadczamy, że nasza oferta uwzględnia wszystkie wymagania zawarte w SWZ, w tym w warunkach umowy, Programu funkcjonalno-użytkowego oraz pytań i odpowiedzi zadawanych w trakcie przetargu a zaoferowana cena obejmuje całkowity koszt wykonania przedmiotu zamówienia, w tym również wszelkie koszty towarzyszące jej wykonaniu Cena oferty Anmax w kwocie 2 810 550,00 zł brutto stanowi bilans sprzyjających i

dostępnych nam warunków cenotwórczych wykonania niniejszego zamówienia polegających na oszczędnościach poprzez: 1) Przed przystąpieniem do wyceny poniższego zadania zespół specjalistów w tym projektanta w branży elektroenergetycznej doświadczonego w projektowaniu Oświetlenia ulicznego, drogowego dokonał wizji w terenie. Wskutek powyższego kosztorysant posiadał realne wytyczne do wyceny prac w systemie zaprojektuj wybuduj. Jak również mógł przyjąć realne ilości materiałów niezbędnych do realizacji zadania. (załącznik nr 2 Kosztorys ofertowy); 2) Rabat udzielony przez producenta i hurtownię (często nawet 30%). Wykonawca działając w znaczącej skali współpracujący z bezpośrednimi producentami posiada atrakcyjne rabaty i upusty cenowe na zakup materiałów. Powyższe skutkuje możliwością zaoferowania przez wykonawcę konkurencyjnych cen za wykonanie zamówienia. 3) Wysoki stopień zmechanizowania i usprzętowania pozwalający obniżyć koszty ludzkiej pracy. Wykonawca posiada własny sprzęt i urządzenia do realizacji przedmiotu zamówienia, co skutkuje niższymi kosztami oraz brakiem konieczności ponoszenia dodatkowych kosztów związanych z wynajmem sprzętu.

Dalej wykonawca wskazał, że jest w posiadaniu wystarczającej ilości własnego sprzętu, zatrudniamy wykwalifikowanych elektromonterów, doświadczoną posiadającą uprawnienia kadrę inżynierską techniczną. Zadanie wykonane zostanie własnymi zasobami osobowymi, nie przewiduje udziału podwykonawców. W ofercie zostały wycenione materiały zgodnie z załączonym programem funkcjonalnoużytkowym oraz Parametrami oprawy drogowej. Anmax może na każde wezwanie Zamawiającego dostarczyć wybranych dokumentów i raportów potwierdzających deklarowane parametry opraw i systemu. Firma Anmax jest również w posiadaniu wystarczającej ilości własnego sprzętu i własnych środków transportu do wykonania przedmiotowego zadania (załącznik nr 1). Wobec tego zastosowane ceny ofertowe są cenami pokrywającymi koszty własne pracy sprzętu oraz środków transportu. Nie będzie konieczności wynajmu obcego sprzętu, co miałoby znaczny wpływ na wzrost kosztów budowy. Kadra kierownicza posiada uprawnienia budowlane. Monterzy posiadają wymagane uprawnienia i wieloletnie doświadczenie. Przy wykonywaniu robót elektroenergetycznych na sieciach należących do PGE Dystrybucja S.A. wykonawca praktykuje prace wykonywane w technologii prac pod napięciem. Z uwagi na fakt posiadania uprawnień PPN przez pracowników firmy Anmax jak również upoważnień nadanych przez PGE Dystrybucja upoważniających do pracy na sieciach PGE Dystrybucja S.A. Sposób wykonywania powyższych prac zmniejsza koszty budowy z powodu dodatkowych kosztów wyłączeń na sieciach elektroenergetycznych jak i szybkości działania. Zgodnie z opublikowanym rozporządzeniem: od 1 stycznia 2024 r. minimalne wynagrodzenie za pracę wynosi 4242 złotych brutto miesięcznie; natomiast minimalna stawka godzinowa - 27,70 złotych brutto, od 1 stycznia 2024 r. minimalne wynagrodzenie za pracę wynosi 4300 złotych brutto miesięcznie; natomiast minimalna stawka godzinowa - 28,10 złotych brutto. Dlatego przyjęta stawka roboczogodziny wynosi 28,10 zł brutto. Wykonawca oświadczył, że zatrudnia osoby przewidziane do realizacji zadania na podstawie umowy o pracę. Jednocześnie zapewniamy zgodność z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym będzie realizowane zamówienie. Wskazał, że posiadamy pełną wiedzę zarówno co do lokalnej specyfiki robót objętych przedmiotem zamówienia, jak i cen rynkowych, jakie obowiązują dla tych asortymentów robót, przede wszystkim zaś posiada ogromne własne doświadczenie. Ponadto wykonawca poinformował, że kończy właśnie realizację kilku kontraktów więc zbliżającą się inwestycję potraktowaliśmy jako doskonałą okazję do zagospodarowania zwalniających się na powyższych kontraktach zasobów ludzkich i sprzętowych. Niewykorzystane środki stają się bowiem czynnikiem tworzącym w firmie jedynie dodatkowe koszty.

Jednocześnie oświadczył, że w załączeniu przekazuje kosztorys ofertowy przygotowany na potrzeby niniejszego przetargu, zestawienie środków trwałych należących do naszej firmy oraz oświadczenie projektanta o odbyciu wizji lokalnej. Mając na uwadze powyższe wyjaśnienia oraz zaprezentowane argumenty zdaniem Anmax należy stwierdzić, że brak jest podstaw do uznania, że oferta zawiera rażąco niską cenę. Do wyjaśnień załączono wyżej wymienione dokumenty.

Pismem z dnia 11 czerwca 2024 r. Zamawiający wezwał Odwołującego Linter Energia do złożenia dodatkowych wyjaśnień rażąco niskiej ceny.

W odpowiedzi na to wezwanie wykonawca złożył wyjaśnienia wskazując, że do wyliczenia kosztów całkowitych zatrudnienia pracownika przyjęto: 1. Wysokość minimalnego wynagrodzenia obowiązującego w danym roku na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę tj. 4242,00 brutto miesięcznie/ umowa o pracę, 2. Przeciętną ilość godzin pracy w obrębie miesiąca wyliczoną na podstawie wskaźnika ekwiwalentu z 2024 roku tj. 20,92 - przeciętnie 168 godzin pracy w miesiącu, 3. Kosztów składek ZUS pracodawcy uwzględniając zwolnienie z obowiązku opłacania składek na Fundusz pracy i Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych (Składek na Fundusz Pracy nie opłaca się za osoby, które skończyły 55 lat (kobiety) i 60 lat (mężczyźni)) oraz obowiązującą od 1 kwietnia 2024 roku stawkę wypadkową tj. 745,74. Odwołujący wskazał, że wyliczenia wynagrodzenia dokonano w poniższy sposób: $(4242,00 + 745,74) / 168h = 29,69$ zł czyli w przybliżeniu 30 zł brutto - koszt całkowity wynagrodzenia pracownika o najniższym (30 zł/h) zdefiniowanym w wyjaśnieniach przedłożonych

Zamawiającemu wynagrodzeniu za 1 godzinę świadczonej pracy. Dalej wykonawca przedstawił reprezentatywny odpis przykładowego pokwitowania wypłaty – koszty ogółem wynagrodzenia LE 06/2024 dla Pracownika. Ponadto zamieścił tabelę z uszczegółowionym rozróżnieniem w oparciu o typoszerę wynagrodzeniowy zgodnie z udzielonymi odpowiedziami w ramach wyjaśnień rażąco niskiej ceny z dnia 30.04.2024r dla pracowników na poszczególnych stanowiskach.

Zamawiający w dniu 28 czerwca 2024 r. zawiadomił wykonawców o wyborze oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej w części 2 zamówienia. Jednocześnie poinformował wykonawców o odrzuceniu ofert nr 4, 5, 7, 8, 9, 10 i 13. Uzasadniając odrzucenie oferty Odwołującego Linter Energia na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp Zamawiający wskazał:

„Zamawiający w dniu 25 kwietnia 2024 r. wezwał Wykonawcę do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny w porównaniu do wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania. Termin złożenia wyjaśnień ustalono na dzień 30.04.2024 r.

W wyjaśnieniach z dnia 30.04.2024 r. Wykonawca przedstawił kalkulację rażąco niskiej ceny, w której nie wykazał wszystkich kluczowych elementów składowych mających wpływ na cenę oferty. W ww. kalkulacji Wykonawca nie podaje kosztu pracy dźwigu, zagęszczarek, sprzężarek, przewodów elektrycznych, szaf sterujących, robót ziemnych oraz nie wykazuje kosztów wykonania dokumentacji projektowej oświetlenia oraz inwentaryzacji geodezyjnej powykonawczej a także zysku wykonawcy.

W kalkulacji kosztów pozycja pn.: „Zakup materiałów w oparciu o przedmiar dołączony do SWZ z uwzględnieniem kosztów oferty zewnętrznej na materiały” na kwotę 810.200 zł netto nie jest uszczegółowiona, więc Zamawiający nie może ocenić jakie elementy składają się na ww. kwotę.

Wskazując w kalkulacji cenę oprawy nie wskazał w oparciu o jakie wartości skalkulował koszty zakupu oprawy.

Wykonawca podając w wyjaśnieniach obliczenie stawki godzinowej nie uwzględnił wzrostu tej stawki w ciągu roku 2024. Nie przedstawił dowodów potwierdzających możliwość realizacji przedmiotu zamówienia przez osoby zatrudnione na umowę o pracę.

Mając powyższe na uwadze, że wyjaśnienia złożone przez Wykonawcę były niepełne, nie jasne i zbyt ogólne, a Wykonawca nie przedłożył dowodów potwierdzających złożoną kalkulację oferta powinna być odrzucona jako zawierająca rażąco niską cenę

Wyjaśnienia Wykonawcy co do zasady muszą być konkretne, wyczerpujące, odpowiednio umotywowane, rzeczywiście uzasadniające podaną w ofercie cenę, wykazujące, że możliwe jest i realne jest wykonanie zamówienia za zaproponowaną cenę. 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 nie jest ceną rażąco niską. Istotne znaczenie ma również ustawowy obowiązek złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu. Obowiązek ten wynika wprost z art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, gdzie jednoznacznie wskazano, iż „Zamawiający żąda od Wykonawcy wyjaśnień w tym złożenia dowodów”, a potwierdzeniem istnienia powyższego obowiązku jest również art. 224 ust. 6 ustawy Pzp, wskazujący na konieczność odrzucenia oferty „jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie usadawiają podanej w ofercie ceny lub kosztu”. Konieczność poparcia przedstawianych wyjaśnień dowodami ma kluczowe znaczenie dla ich oceny. W ramach odpowiedzi na wezwanie Wykonawca powinien przedłożyć wyjaśnienia i dowody, które w jego ocenie uzasadniają przyjętą wycenę przedmiotu zamówienia, zaś zamawiającemu pozwolą zweryfikować wiarygodność i prawidłowość przedłożonych wyjaśnień sposobu wyliczenia ceny. Wyjaśnienia Wykonawcy powinny zawierać jednoznaczne informacje, przekładające się na uchwytne i wymierne wartości ekonomiczne, co powinno zostać poparte adekwatnymi i wiarygodnymi dowodami (art. 224 ust. 5 ustawy Pzp), ponieważ brak właściwego udowodnienia realności ceny skutkuje odrzuceniem oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp.

Mając powyższe na uwadze, że wyjaśnienia złożone przez Wykonawcę były niepełne, nie jasne i zbyt ogólne, a Wykonawca nie przedłożył dowodów potwierdzających złożoną kalkulację oferta powinna być odrzucona jako zawierająca rażąco niską cenę.”

Izba zważyła, co następuje:

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

Przywołując treść przepisów mających znaczenie dla rozstrzygnięcia Izba wskazuje, że zgodnie z:

–art. 16 ustawy Pzp - zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny.

- Art. 224 ust. 5 ustawy Pzp - obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.
- art. 224 ust. 6 ustawy Pzp - 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.
- art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp - zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.
- art. 239 ust. 1 ustawy Pzp - zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.
- art. 253 ust. 1 ustawy Pzp - niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający informuje równocześnie wykonawców, którzy złożyli oferty, o: 1) wyborze najkorzystniejszej oferty, podając nazwę albo imię i nazwisko, siedzibę albo miejsce zamieszkania, jeżeli jest miejscem wykonywania działalności wykonawcy, którego ofertę wybrano, oraz nazwy albo imiona i nazwiska, siedziby albo miejsca zamieszkania, jeżeli są miejscami wykonywania działalności wykonawców, którzy złożyli oferty, a także punktację przyznaną ofertom w każdym kryterium oceny ofert i łączną punktację, 2) wykonawcach, których oferty zostały odrzucone - podając uzasadnienie faktyczne i prawne.

Sygn. akt KIO 2339/24

Izba oddaliła odwołanie w całości.

Zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 8 w związku z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego Izba uznała za bezzasadny.

W okolicznościach stanu faktycznego przedmiotowej sprawy w pierwszej kolejności Izba wskazuje na rozkład ciężaru dowodu w zakresie wykazania, że cena oferty nie jest rażąco niska w postępowaniu o udzielenie zamówienia oraz w postępowaniu odwoławczym. Izba podkreśla, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia ciężar ten spoczywa na wykonawcy, który został wezwany do wyjaśnień w tym przedmiocie, na co wskazuje wprost art. 224 ust. 5 ustawy Pzp. Zgodnie z utrwalonym w orzecznictwie poglądem złożone przez wykonawcę wyjaśnienia w zakresie ceny oferty lub kosztu, lub ich istotnych części składowych, winny być konkretne, wyczerpujące i rozwiewające wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów. To wyłącznie na podstawie złożonych wyjaśnień Zamawiający dokonuje oceny czy oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt, czy też rażąco niskie ich istotne części składowe. Efektem składanych wyjaśnień ma być stworzenie podstaw do uznania przez zamawiającego, że podejrzenie dotyczące rażąco niskiej ceny oferty nie było uzasadnione. Podkreślić trzeba, iż nie tylko nieudzielenie wyjaśnień w wyznaczonym terminie skutkować będzie koniecznością odrzucenia oferty, ale także złożenie takich wyjaśnień, które nie uzasadniają podanej w ofercie ceny (por. art. 224 ust. 6 ustawy Pzp). Sytuacja prawna wykonawcy, który w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego do złożenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny, w ogóle ich nie złożył oraz wykonawcy, który złożył wyjaśnienia ogólnikowe, nieoparte dowodami, nieprzedstawiające metody kalkulacji ceny, jest taka sama. W obu tych przypadkach oferta wykonawcy podlega odrzuceniu.

W postępowaniu odwoławczym, zgodnie z art. 537 ustawy Pzp ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na: 1) wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego; 2) zamawiającym, jeżeli wykonawca, który złożył ofertę, nie jest uczestnikiem postępowania odwoławczego. Wskazany obowiązek dowodowy ma dla wyniku postępowania odwoławczego zasadnicze znaczenie. Postępowanie odwoławcze ma ściśle kontradyktoryjny charakter, co oznacza, że spór toczą strony postępowania i to one mają obowiązek przedstawienia twierdzeń, a także dowodów dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Rolą stron, między którymi toczy się spór, jest zatem udowodnienie swoich racji i obrona prezentowanych stanowisk, zaś rola Izby sprowadza się do oceny prezentowanego w toku postępowania odwoławczego materiału dowodowego. Inicjatywa stron w przedstawianiu twierdzeń i dowodów na ich poparcie ma zasadniczy wpływ na rozstrzygnięcie postępowania, determinuje jego wynik.

Przenosząc powyższe na grunt rozpoznawanej sprawy Izba stwierdziła, że decyzja Zamawiającego o odrzuceniu oferty Odwołującego Linter była prawidłowa, a Odwołujący nie udźwignął spoczywającego na nim w postępowaniu o udzielenie zamówienia oraz w postępowaniu odwoławczym ciężaru dowodu w zakresie wykazania, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska. Zamawiający słusznie wskazał, że wyjaśnienia złożone przez wykonawcę były ogólnikowe i niekompletne. Pismo zawierające wyjaśnienia wykonawcy nie przedstawiało żadnych konkretnych informacji o sposobie kształtowania ceny i jej elementach, ograniczało się wyłącznie do zapewnień o bogatym doświadczeniu wykonawcy opisanym na 7 z 8 stron wyjaśnień. Poza powyższym w piśmie jedynie lakonicznie wskazano na to, że wykonawca

bazuje na jak najmniejszej liczbie dostawców, a sam jest producentem opraw. W oparciu o treść tego pisma nie dało się wywieść rzeczowych wniosków dotyczących sposobu skalkulowania przez Odwołującego ceny ofertowej. Odwołujący co prawda załączył do wyjaśnień kalkulację kosztów, niemniej kalkulacja ta zawierała istotne braki, na które Zamawiający wskazał w treści uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego i których istnienie potwierdziło postępowanie odwoławcze.

W pierwszej kolejności należy tu wskazać na koszty opracowania dokumentacji projektowej oświetlenia oraz inwentaryzacji geodezyjnej powykonawczej. Jak wynika z dokumentów zamówienia, przedmiot zamówienia obejmuje zaprojektowanie i zbudowanie systemu oświetlenia ulicznego, a oferta cenowa miała obejmować opracowanie dokumentacji projektowej oraz realizację robót budowlano-montażowych. W punkcie 2.7 PFU opisano wymagania w zakresie dokumentacji projektowej, m.in. wskazano: „Opracowanie dokumentacji technicznych należy wykonać w formie planów, rysunków lub innych dokumentów umożliwiających jednoznaczne określenie rodzaju i zakresu robót budowlanych, dokładną lokalizację i uwarunkowania ich wykonania. Dokumentacja projektowa powinna zawierać wszelkie opracowania jakie mogą okazać się niezbędne dla budowy, przebudowy, remontu i użytkowania oświetlenia ulicznego. (...) Dokumentacja projektowa, na podstawie, której będą realizowane roboty w poszczególnych zakresach realizacyjnych winna składać się z następujących opracowań i projektów: a) projekt budowlany i projekt wykonawczy wraz ze wszystkimi opracowaniami towarzyszącymi w zakresie budowy oświetlenia ulicznego w obrębie jezdni, chodników z zagospodarowaniem terenu, b) opis proponowanych rozwiązań, w tym zastosowane materiały i sposób rozmieszczenia poszczególnych elementów infrastruktury oświetleniowej, c) dokumentację projektową instalacji i urządzeń towarzyszących (obcych) w razie potrzeby, f) projekt zabezpieczenia zieleni w razie potrzeby, g) aktualizacje map dla celów projektowych w razie potrzeby, h) projekt zabezpieczenia istniejących sieci w razie potrzeby, j) pomiary geodezyjne w razie potrzeby*, k) projekt organizacji ruchu na czas trwania robót, l) specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót budowlanych odpowiadające rozwiązaniom projektu budowlanego i projektu wykonawczego (STWiORB), m) przedmiary robót, n) dokumentację powykonawczą, o) harmonogram rzeczowy realizacji robót, p) instrukcje eksploatacji i utrzymania.” Dalsze wymagania dotyczące dokumentacji projektowej zawarto także w pkt 3.1 PFU, jak i w pkt 4.3 PFU, gdzie wskazano m.in., że „Po zakończeniu robót budowlano-montażowych Wykonawca sporządzi powykonawczą dokumentację geodezyjną. Dokumentacja ta obejmować będzie wszystkie wybudowane obiekty oraz wybudowane sieci uzbrojenia podziemnego.” Szczegółowe obowiązki wykonawcy w zakresie opracowania dokumentacji projektowej opisano także w § 1a wzoru umowy. W takiej sytuacji nie powinno budzić wątpliwości, że opracowanie dokumentacji projektowej jest istotnym elementem zamówienia realizowanego w formule „zaprojektuj i wybuduj” a koszt związany z opracowaniem dokumentacji projektowej jest jedną z istotnych części składowych ceny ofertowej.

Tymczasem załączona do wyjaśnień Odwołującego kalkulacja cenowa w ogóle nie zawiera pozycji dotyczącej opracowania dokumentacji projektowej, mimo że – jak wskazano powyżej – obowiązek jej sporządzenia to jeden z wiodących obowiązków wykonawcy. Jedyne koszty związane z zakresem projektowym zamówienia, to ujęte w poz. 8 tabeli kalkulacji cenowej koszty zatrudnienia projektanta elektrycznego (35zł x 640h) w łącznej kwocie 22 400 zł. Niemniej w ocenie Izby sam koszt wynagrodzenia projektanta branży elektrycznej nie jest równoznaczny z kosztem sporządzenia dokumentacji projektowej, w tym powykonawczej i geodezyjnej, która jest objęta przedmiotem zamówienia. Argumentacja zawarta w odwołaniu, która sprowadzała się wyłącznie do wskazania, że ww. kalkulacja zawiera koszty wynagrodzenia „projektanta elektrycznego” oraz że do wykonania inwentaryzacji geodezyjnej powykonawczej nie jest konieczne dysponowanie szczególnymi uprawnieniami, co mogłoby stanowić podstawę do zatrudnienia innego projektanta niż „projektanta elektrycznego”, została skutecznie podważona przez przeciwników procesowych Odwołującego. W szczególności jak wykazali Przystępujący, do sporządzenia map do celów projektowych czy inwentaryzacji geodezyjnej powykonawczej niezbędne jest dysponowanie również osobą posiadającą stosowne uprawnienia w tym zakresie – geodetą. Odwołujący nie przedstawił podczas rozprawy żadnej argumentacji, która odparłaby twierdzenia zawarte w pismach procesowych Przystępujących Anmax i Light On, w których omówiono regulacje dotyczące uprawnień budowlanych i geodezyjnych. Nie wykazuje zasadności twierdzeń Odwołującego to, że w złożonej podczas rozprawy jako dowód umowy o pracę, w ramach zakresu obowiązków osoby zatrudnionej na stanowisku projektanta instalacji elektrycznych wymieniono „wykonywanie prac geodezyjnych”. Odwołujący w żaden sposób nie odniósł się do obowiązujących w tym zakresie regulacji ustawowych i branżowych. Odwołujący nie odparł także twierdzeń Zamawiającego i Przystępujących, że faktyczny koszt opracowania dokumentacji projektowej i powykonawczej jest dużo wyższy niż założone w kalkulacji Odwołującego 22 400 zł i oscyluje w granicach 200 000 zł, co potwierdzają pośrednio już chociażby wyjaśnienia złożone przez innych wykonawców w tym postępowaniu. Ponadto Przystępujący Anmax przedstawił podczas rozprawy dowód w postaci oferty cenowej firmy GEOMAP obejmującej koszt wykonania mapy do celów projektowych oraz inwentaryzacji, a Zamawiający dowody prezentujące rynkowy poziom wynagrodzeń projektanta instalacji elektrycznych. Okoliczności wynikających z tych dowodów Odwołujący nie kwestionował. W tym stanie rzeczy

Izba stwierdziła, że wyjaśnienia złożone przez Odwołującego nie wykazywały uwzględnienia przez wykonawcę realnego poziomu kosztów opracowania dokumentacji projektowej.

Dalej należy wskazać, że Odwołujący w kalkulacji cenowej nie uwzględnił kosztów pracy sprzętu w pełnym wymaganym do realizacji zamówienia zakresie. Z załączonej do wyjaśnień Odwołującego kalkulacji wprost wynika, że uwzględniono wyłącznie koszt użycia dwóch podnośników kosзовых, minikoparek oraz urządzenia do wykonywania przewiertów/przecisków. Tymczasem zgodnie z pkt 4.7 PFU „wykonawca przystępujący do wykonania zamówienia winien posiadać następujące maszyny i sprzęt gwarantujący właściwą jakość robót: a) dźwig samochodowy, b) samochód z platformą i balkonem, c) samochód skrzyniowy, samochód dostawczy, e) wibromłot do pograżania uziomów, f) zagęszczarkę wibracyjną, g) zespół prądotwórczy, h) urządzenia pomiarowe (mierniki), i) urządzenia przeciskowe (do przeciskania rur ochronnych).” Odwołujący nie uwzględnił w kalkulacji wskazanych przez Zamawiającego kosztów pracy sprzętu w postaci dźwigu, zagęszczarek, sprężarek, tego rodzaju sprzętu nie dotyczą również faktury załączone do wyjaśnień. Jednocześnie Odwołujący ani nie kwestionował wymagania wynikającego z punktu 4.7 PFU na etapie składania ofert, ani nie dowiódł, że wykorzystanie ww. sprzętu nie jest niezbędne do należytej realizacji zamówienia, a wystarczające do tego są minikoparki i podnośniki kosзовые. Argumentacja zawarta w tym zakresie w odwołaniu była wyłącznie hasłowa. Jednocześnie Odwołujący nie odparł twierdzeń zawartych w pismach procesowych Przystępujących Anmax i Light On, którzy wskazywali m.in. na różnice pomiędzy podnośnikiem kosзовым a wymaganym przez Zamawiającego dźwigiem samochodowym, czy też pomiędzy zagęszczarką wibracyjną a minikoparką z „akcesorium” (na które to akcesorium – jak słusznie spostrzegł wykonawca Light On – w kalkulacji cenowej w ogóle nie wskazano). Złożony przez Odwołującego dowód w postaci karty katalogowej zagęszczarki Steelwrist do koparek nie został szerzej omówiony i nie wpływa na stanowisko Izby, że Odwołujący nie dowiódł, że sprzęt uwzględniony przez niego w kalkulacji cenowej jest wystarczający do prawidłowej, zgodnej ze sztuką budowlaną, realizacji zamówienia, w sytuacji gdy w PFU jednoznacznie wylistowano, jaki sprzęt gwarantuje właściwą jakość robót i którym wykonawca powinien dysponować. Pozostając w temacie kosztów sprzętu, jedynie uzupełniając Izba wskazuje, że argumentacja Przystępującego Anmax odnosząca się do nie ujęcia w kalkulacji ceny przez Odwołującego Linter również kosztów pracy innego niż wskazany przez Zamawiającego sprzętu, a także zaniżenia liczby roboczogodzin pracy sprzętu, wykraczała poza podstawy faktyczne odrzucenia oferty Odwołującego i nie była brana przez Izbę pod uwagę.

Potwierdziło się także stanowisko Zamawiającego zawarte w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego, że Odwołujący nie uwzględnił w kalkulacji ceny w kosztach pracy wzrostu minimalnego wynagrodzenia za pracę od lipca 2024 r. Zgodnie z rozporządzeniem 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. z 2023 r. poz. 1893) od dnia 1 stycznia 2024 r. ustala się minimalne wynagrodzenie za pracę w wysokości 4242 zł (§ 1), zaś od dnia 1 lipca 2024 r. ustala się minimalne wynagrodzenie za pracę w wysokości 4300 zł (§ 3). Rozporządzenie to weszło w życie od 1 stycznia 2024 r., termin składania ofert upływał zaś 23 kwietnia 2024 r. Składając oferty wykonawcy mieli pełną świadomość, że okres realizacji umowy wynoszący 20 miesięcy obejmie drugą połowę bieżącego roku, a w takiej sytuacji ich obowiązkiem było uwzględnienie w kalkulacji ceny ofertowej kosztów wzrostu minimalnego wynagrodzenia za pracę przewidzianego ww. rozporządzeniem, obowiązującym w dacie składania ofert. Ewentualna waloryzacja wynagrodzenia umownego w tym zakresie będzie mogła mieć bowiem miejsce dopiero w przypadku zmiany przepisów prawa dotyczących wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę (por § 18 ust. 4 pkt 2 wzoru umowy). W rozpoznawanej sprawie nie budziła wątpliwości okoliczność, że Odwołujący przyjął jako podstawę kosztów pracy części pracowników wynagrodzenie minimalne obowiązujące w okresie 1.01.2024 r. – 30.06.2024 r., tj. na poziomie 4 242 zł brutto. Wynika to wprost z treści jego wyjaśnień złożonych w dniu 13 czerwca 2024 r. na drugie wezwanie Zamawiającego. Potwierdzają to także złożone przez Odwołującego podczas rozprawy dowody w postaci umów o pracę. Odwołujący składając wyjaśnienia nie wykazał zatem elementarnej okoliczności – 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. W kontekście kosztów pracy, jedynie na marginesie Izba wskazuje, że argumentacja Przystępującego Light On odnosząca się do nieprawidłowego oszacowania przez Odwołującego Linter kosztów pracodawcy oraz braku przedstawienia dowodów na potwierdzenie zatrudnienia osób powyżej 55 i 60 roku życia, wykracza poza podstawy faktyczne odrzucenia oferty Odwołującego, jakie przedstawił Zamawiający, a jako taka została przez Izbę pominięta.

Izba zgodziła się także z Zamawiającym, że wskazana w kalkulacji cenowej pozycja „Zakup materiałów w oparciu o przedmiar dołączony do SWZ z uwzględnieniem kosztów oferty zewnętrznej na materiały” w kwocie 810 200 zł netto nie została uszczegółowiona i nie sposób w oparciu o treść wyjaśnień ocenić, jakie elementy składają się na ww. kwotę, tymczasem pozycja ta stanowiła ok. 50% ceny całkowitej oferty. Ponadto w zakresie części 2 zamówienia Zamawiający

nie przedstawił przedmiaru robót - przedmiotem zamówienia było zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych w oparciu o załączony do SWZ program funkcjonalno – użytkowy. W kalkulacji odwołano się zatem do przedmiaru, który nie został sporządzony. Nieprzekonujące są również twierdzenia Odwołującego, że „ze względu na formułę „zaprojektuj i wybuduj” Odwołujący przyjął tylko kluczowe składniki cenotwórcze i zostawił miejsce na uzupełnienie kosztów, bowiem nie miał możliwości dopasowania ich do przedmiarów, których Zamawiający nie przedstawił”. Zamawiający przedstawił szczegółowy program funkcjonalno – użytkowy z załącznikami mapowymi dla wszystkich planowanych lokalizacji linii oświetleniowych, w oparciu o który wykonawcy mogli dość precyzyjnie określić zakres prac (co potwierdzają chociażby wyjaśnienia innych wykonawców, do których załączono kosztorysy ofertowe). Nie jest ponadto zgodne z prawdą stanowisko zawarte w odwołaniu, że tabela zawierająca kalkulację ceny zakupu materiałów na str. 7 odwołania została zawarta w ofercie dołączonej do wyjaśnień. Do wyjaśnień dołączono ofertę cenową firmy METRO, która nie odnosiła się do przedmiotowego zamówienia, a jedynie zawierała ceny wskazanych tam materiałów, bez informacji, które z nich miałyby zostać użyte do realizacji zamówienia. Dopiero na etapie odwołania, w ww. tabeli, wskazano wybrane materiały i przyjęte ilości, co jednak stanowi działanie spóźnione. W ocenie Izby wyjaśnienia Odwołującego i informacje wskazane w poz. 8 kalkulacji cenowej są zbyt ogólne, aby móc zweryfikować zasadność przyjętych kosztów zakupu materiałów. Jedynie uzupełniając Izba wskazuje, że rozstrzygając zasadność zarzutów odwołania pominęła twierdzenia Przystępującego Anmax o rozbieżnościach pomiędzy wymaganiami wynikającymi z PFU, a materiałami przyjętymi przez Odwołującego, ponieważ okoliczność ta nie stanowiła podstawy faktycznej odrzucenia oferty Odwołującego.

Izba za niezasadne uznała stanowisko Zamawiającego dotyczące braku wskazania w treści wyjaśnień, w oparciu o jakie wartości Odwołujący skalkulował koszty zakupu oprawy. Zamawiający nie podważył, aby przyjęty w kalkulacji koszt zakupu oprawy (610 zł netto za sztukę) był założony na nierynkowym poziomie. Powyższe nie rzutowało jednak na uznanie, że wyjaśnienia złożone przez Odwołującego były niekompletne i nie uzasadniały zaoferowanej ceny.

Reasumując, analiza całokształtu zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz stanowisk przedstawianych w postępowaniu odwoławczym doprowadziła Izbę do przekonania, że z treści wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez Przystępującego nie sposób wywieść, że zaoferowana przez niego cena za realizację zamówienia jest wystarczająca do pokrycia kosztów, osiągnięcia zysku oraz prawidłowego wykonania tego zamówienia zgodnie z wymaganiami wynikającymi z SWZ i obowiązujących przepisów. Okoliczność, że cena ofertowa w przedmiotowym przypadku ma charakter ryczałtowy, nie zwalnia wykonawcy z obowiązku skalkulowania ceny oferty w sposób należyty, z uwzględnieniem wszystkich kosztów niezbędnych do realizacji zamówienia na odpowiednim poziomie jakości. Również cena ryczałtowa powinna być ceną realną, należycie skalkulowaną, zapewniającą pokrycie kosztów usług projektowych i robót budowlanych i zapewniającą prawidłowe wykonanie przedmiotu zamówienia. Postępowanie odwoławcze wykazało, że stanowisko Zamawiającego o nieuwzględnieniu przez Odwołującego w cenie oferty istotnych kosztów, potwierdziło się, a ujawnione braki mogą zaważyć na należyтым wykonaniu umowy. Odwołujący – na którym w postępowaniu odwoławczym spoczywał ciężar wykazania zasadności zarzutów i realności zaoferowanej ceny – nie sprostął obowiązkowi dowodowemu i nie odparł szczegółowej, popartej dowodami, argumentacji prezentowanej w sprawie przez Zamawiającego i Przystępujących.

Mając powyższe na względzie Izba stwierdziła, że decyzja Zamawiającego o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp nie naruszała przepisów.

W ocenie Izby nie był zasadny także zarzut naruszenia art. 253 ust. 1 pkt 2 w związku z art. 18 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie przedstawienia Odwołującemu pełnego uzasadnienia faktycznego i prawnego odrzucenia oferty Odwołującego z powodu rażąco niskiej ceny. Wbrew twierdzeniom Odwołującego Zamawiający przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne, które w sposób dostateczny i wystarczający prezentowało podstawę odrzucenia oferty Odwołującego. Na podstawie uzasadnienia, jakie Zamawiający zakomunikował wykonawcy, Odwołujący był w stanie prawidłowo zidentyfikować podstawę odrzucenia jego oferty i wdać się z Zamawiającym w merytoryczny spór, co wykazało postępowanie odwoławcze. Postępowanie odwoławcze potwierdziło także, że opisane w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty Odwołującego zastrzeżenia co do wyjaśnień złożonych przez wykonawcę były uzasadnione, a Odwołujący nie sprostął ciężarowi wykazania realności zaoferowanej ceny ofertowej.

W tym stanie rzeczy, mając na uwadze, że wyżej omówione zarzuty odwołania Izba uznała za niezasadne, nie znalazł potwierdzenia również zarzut naruszenia art. 239 ust. 1 w zw. z art. 252 ust. 1 w zw. z art. 266 w zw. z art. 275 pkt 1 ustawy Pzp poprzez wybór oferty złożonej przez Przystępującego Anmax, która nie jest ofertą najkorzystniejszą w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz zaniechanie wyboru oferty Odwołującego, jak i zarzut naruszenia art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez przeprowadzenie postępowania, w sposób naruszający uczciwą konkurencję oraz równe traktowanie wykonawców, które to naruszenie Odwołujący wywodził z nieuzasadnionego odrzucenia jego oferty Odwołującego, a w konsekwencji wyboru oferty złożonej przez Przystępującego Anmax jako najkorzystniejszej, zaniechania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej oraz zaniechania przedstawienia

Odwolującemu pełnego uzasadnienia faktycznego i prawnego odrzucenia oferty Odwołującego z powodu rażąco niskiej ceny.

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

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp oraz § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437). Z uwagi na oddalenie odwołania w całości Izba kosztami postępowania obciążyła Odwołującego.

Sygn. akt KIO 2340/24

Izba oddaliła odwołanie w całości.

Niezasadny okazał się zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 w związku z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp poprzez zaniechanie czynności odrzucenia oferty wykonawcy Anmax, podczas gdy oferta tego wykonawcy zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a wykonawca złożył wyjaśnienia, które nie wykazały, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego o ogólności i niezetelności złożonych przez Przystępującego Anmax wyjaśnień. Przede wszystkim należy wskazać, że wyjaśnienia złożone przez wykonawcę w zakresie wyliczenia ceny należy czytać w sposób kompleksowy. Jakkolwiek prawdą jest, że pismo przewodnie złożone przez Przystępującego Anmax w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego było relatywnie krótkie i zawierało ogólny opis czynników, jakie wykonawca wziął pod uwagę kalkulując cenę oferty, to sama ta okoliczność na gruncie stanu faktycznego niniejszej sprawy nie przesądza jeszcze o tym, że wyjaśnień nie można uznać za uzasadniające cenę oferty. Przystępujący Anmax przedstawił bowiem wraz z wyjaśnieniami kosztorys ofertowy obejmujący swym zakresem pełen przedmiot zamówienia. Słusznie podniósł Przystępujący w piśmie procesowym, że argumentacja Odwołującego mająca wskazywać na ogólność wyjaśnień, odnosi się do wybiórczych fragmentów pisma przewodniego z pominięciem okoliczności wynikających z załączonego do wyjaśnień kosztorysu.

Ponadto Izba nie zgodziła się z Odwołującym, że kosztorys złożony przez Przystępującego Anmax jest nieweryfikowalny. Kosztorys ten opisuje kompletny zakres prac przyjętych przez Anmax do wykonania, z uwzględnieniem wszystkich lokalizacji opisanych w PFU, ze wskazaniem opisu robót, konkretnych ilości oraz cen. Odwołujący niesłusznie zdeprecjonował wartość merytoryczną kosztorysu załączonego do wyjaśnień Przystępującego Anmax, podnosząc, że ma on charakter uproszczony i nie pozwala na identyfikację kosztów robocizny, materiału i sprzętu. Odwołujący zdaje się zapominać, że z uwagi na ryczałtowy charakter wynagrodzenia, jak i w świetle postanowień SWZ, wykonawca w ogóle nie miał obowiązku złożenia kosztorysu, a tym bardziej kosztorysu szczegółowego. Obowiązek taki nie wynikał także z wezwania, jakie Zamawiający skierował do Anmax. Fakt, że Przystępujący Anmax kalkulując cenę skorzystał z narzędzi do kosztorysowania i opracował kosztorys uproszczony w oparciu o dane wynikające z PFU nie świadczy na jego niekorzyść, wręcz przeciwnie - świadczy o tym, że dochował on w tym zakresie należytej staranności. Trudno za wiarygodne uznać stanowisko Odwołującego – podmiotu profesjonalnego na rynku robót budowlanych polegających na budowie oświetlenia drogowego – że nie jest on w stanie zweryfikować informacji przedstawionych przez Przystępującego Anmax w kosztorysie uproszczonym pod kątem przyjętych założeń co do zakresu prac, ich ilości oraz wskazanych tam cen jednostkowych i poziomu narzutów (koszty pośrednie, zysk). Odwołujący był w stanie to zrobić, niemniej zaniechał takiej analizy.

Z kolei w kontekście dowodów złożonych przez Przystępującego Anmax wraz z wyjaśnieniami, Odwołujący poprzestał na wyrażeniu własnej opinii, jakie dowody wykonawca powinien był do wyjaśnień załączyć, aby uzasadnić realność ceny, podczas gdy Zamawiający w treści wezwania w ogóle nie wskazał na konieczność złożenia dowodów. Niezależnie od tego, to w gestii wykonawcy co do zasady pozostaje ocena, jaką konstrukcję wyjaśnień zdecyduje się przyjąć i jakie dowody załączyć, aby wykazać realność zaoferowanej ceny. Przepisy ustawy Pzp nie precyzują katalogu poświadczonych dowodów. Wyjaśnienia wykonawcy dotyczące wyliczenia ceny każdorazowo należy oceniać z uwzględnieniem okoliczności konkretnego stanu faktycznego, a przede wszystkim z punktu widzenia tego, czy umożliwiają one weryfikację rynkowego poziomu zaoferowanej ceny, czy wykazują one jej realność. W ocenie Izby wyjaśnienia złożone przez Przystępującego Anmax taką weryfikację umożliwiały, a prawidłowość przyjętych przez tego wykonawcę założeń nie została w postępowaniu odwoławczym podważona. Słusznie zauważył Przystępujący Anmax, że Odwołujący jedynie przedstawiał coraz to dalej idące, oderwane od treści wezwania, jakie Zamawiający do wykonawcy skierował, oczekiwania co do tego, co powinno się w wyjaśnieniach Przystępującego Anmax znaleźć.

Zasadnicza część stanowiska Odwołującego sprowadzała się do twierdzenia, że pewne informacje czy dowody – które zdaniem Odwołującego powinny zostać przedstawione - nie wynikały z treści wyjaśnień. Tymczasem fakt, że wyjaśnienia odbiegają od oczekiwań Odwołującego, nie powoduje, że nie uzasadniają one realności zaoferowanej ceny.

Okolicznością kluczową jest to, że Odwołujący mimo, że dysponował pełną treścią wyjaśnień złożonych przez Anmax, w tym kosztorysem obejmującym cały zakres zamówienia, w ogóle nie podważył opisanych tam założeń, wartości i cen. Odwołujący tak naprawdę nie zakwestionował możliwości realizacji zamówienia za cenę zaoferowaną przez Przystępującego Anmax, a jedynie wskazywał na rzekome braki w wyjaśnieniach, nie odnosząc się w sposób kompleksowy i rzeczowy do ich merytorycznej treści. Odwołujący nie referował również w ogóle do ceny całkowitej oferty, podczas gdy przy wynagrodzeniu ryczałtowym to właśnie cena całkowita ma zasadnicze znaczenie. Izba podkreśla, że szczególna zasada rozkładu ciężaru dowodu wyrażona w art. 537 ustawy Pzp nie zwalania Odwołującego z konieczności sformułowania zarzutów odwołania w sposób, który przekona Izbę o ich słuszności i da faktyczną możliwość ich weryfikacji w oparciu o dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia. Izba w postępowaniu odwoławczym dokonuje oceny prawidłowości decyzji Zamawiającego przez pryzmat argumentacji faktycznej i prawnej przedstawionej w odwołaniu. Tymczasem dokonana przez Odwołującego analiza stanu faktycznego sprawy była wybiórcza i skupiała się na aspektach formalnych, zamiast na merytorycznym podważeniu przyjętych przez Przystępującego Anmax do kalkulacji ceny założeń. Odwołujący nie przedstawił twierdzeń i dowodów, które mogłyby chociażby podać w wątpliwość fakt, że za zaoferowaną przez Przystępującego Anmax cenę jest możliwa realizacja zamówienia. Odwołujący ani nie zakwestionował poszczególnych wyliczeń dotyczących pozycji opisanych w przedstawionym przez Przystępującego Anmax kosztorysie, ani nie odniósł się do wskazanych tam założeń co do sposobu realizacji zamówienia. Odwołujący jedynie twierdził, że podano zbyt mało informacji albo posiłkowano się niewiarygodnymi dowodami, nie referując w ogóle do ceny oferty. Tymczasem dokonując oceny prawidłowości działania Zamawiającego polegającego na uznaniu, że wykonawca składając wyjaśnienia wykazał, iż cena jego oferty nie jest ceną rażąco niską, nie można tracić z oczu celu, jakiemu służy instytucja wyjaśnień ceny oferty. Celem tym jest przede wszystkim ustalenie, czy za zaoferowaną cenę możliwe jest wykonanie zamówienia przez wykonawcę w sposób należyty i bez poniesienia strat z tego tytułu. W rozpoznawanej sprawie Odwołujący ograniczył się do ogólnej krytyki wyjaśnień złożonych przez Przystępującego Anmax oraz do przedstawienia teoretycznych wywodów i cytatów z orzecznictwa, nie sformułował jednak twierdzeń podważających realność ceny i nie zakwestionował konkretnych elementów wyceny. Jak wskazano w uzasadnieniu wyroku Izby z dnia 30 maja 2023 r., sygn. akt KIO 1345/23, które to stanowisko skład orzekający podziela *„każdym wyjaśnieniom złożonym w postępowaniu o udzielenie zamówienia można wytknąć mniejsze lub większe niedoskonałości, jednak dopiero przełożenie ich na realność zaoferowanych cen może prowadzić do stwierdzenia obowiązku odrzucenia oferty. Odwołujący natomiast nie zakwestionował merytorycznie żadnej z cen jednostkowych zaoferowanych w zaskarżonych ofertach, trudno zatem uznać, że zaoferowane ceny całkowite są niewiarygodne i nie pozwalają na realizację zamówienia zgodnie z przepisami oraz z wymaganiami Zamawiającego.”*

W rozpoznawanej sprawie, ze wszystkich cen wskazanych w kosztorysie załączonym do wyjaśnień Anmax, Odwołujący zakwestionował jedynie przyjętą przez Przystępującego stawkę roboczogodziny wskazaną w zestawieniu robocizny dla montera i robotników. Izba wskazuje, że okoliczność, iż odpowiada ona wartością minimalnej stawce godzinowej obowiązującej od lipca 2024 r., wskazanej w rozporządzeniu w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2024 r. (tj. 28,10 zł brutto) nie oznacza, że nie zagwarantowano zgodności przyjętej przez wykonawcę stawki wynagrodzenia pracowników zatrudnionych na umowę o pracę z przepisami regulującymi minimalną wysokość wynagrodzenia za pracę. Przystępujący Anmax w piśmie procesowym przedstawił konkretne wyliczenia w podziale na liczbę godzin pracy w danym miesiącu kalendarzowym, wskazujące, że średnia minimalna stawka godzinowa po podziale wynagrodzenia w kwocie 4242 zł brutto przez liczbę godzin w miesiącu wynosi dużo mniej niż założona w kosztorysie stawka roboczogodziny (ok. 25,6 zł brutto). Izba nie znalazła ponadto podstaw, aby podważyć wiarygodność twierdzeń Przystępującego o uwzględnieniu w cenie oferty (w kosztach pośrednich) wszelkich kosztów związanych z zatrudnieniem pracowników, w tym obciążeń publicznoprawnych po stronie pracodawcy, kosztów badań lekarskich, szkoleń BHP, etc. Jak zauważył Przystępujący, Zamawiający nie narzucał wykonawcom konkretnych rozwiązań w zakresie sposobu prezentacji ceny ofertowej. Odwołujący nie przedstawił rzeczowej argumentacji, która pozwalałaby uznać, że Przystępujący Anmax faktycznie spornych kosztów w cenie oferty nie ujął. Izba nie dostrzegła ponadto sprzeczności w stanowisku procesowym Przystępującego, na która zwrócono uwagę w pisemnej replice Odwołującego (pkt 22 i 23). Przystępujący Anmax odnosząc się w stanowisku pisemnym do kosztów pośrednich wprost wskazał, że ujmuje się w nich m.in. wydatki takie jak płace personelu stałego budowy, wydatki związane z zatrudnieniem pracowników zamiejscowych, etc. Opisany w piśmie Przystępującego katalog kosztów uwzględnianych w kosztach pośrednich ma charakter jedynie przykładowy, Odwołujący nie wykazał zaś, że nie mogą one objąć w ramach kosztów ogólnych także dodatkowych kosztów związanych z zatrudnieniem

pracowników, innych niż wynagrodzenie brutto ujęte w kosztorysie.

Reasumując, w ocenie Izby wyjaśnienia przedstawione przez Przystępującego Anmax były wyjaśnieniami adekwatnymi do treści wezwania, jakie skierował do wykonawcy Zamawiający, a ich treść wraz z dowodami pozwalała na dokonanie przez Zamawiającego oceny, że cena oferty Przystępującego Anmax – mimo, że była niska, to nie stanowiła ceny rażąco niskiej. Cena oferty miała charakter ryczałtowy, a Odwołujący w postępowaniu odwoławczym nie dowiódł, że za taką cenę zaoferowaną przez Przystępującego Anmax nie jest możliwe zrealizowanie zamówienia na odpowiednim poziomie jakości, zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia i bez straty po stronie wykonawcy. Przystępujący Anmax sprostował zaś ciężarowi dowodowemu w tym zakresie.

W tym stanie rzeczy nie było podstaw do uwzględnienia podniesionego w punkcie 54 odwołania zarzutu ewentualnego, tj. zarzutu naruszenia art. 224 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Przystępującego Anmax do dalszych wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny. Odwołujący nie wykazał, że wyjaśnienia złożone przez Przystępującego Anmax powinny wzbudzić u Zamawiającego dalsze wątpliwości co do realności zaoferowanej ceny w jakimkolwiek obszarze, uzasadniające wystosowanie drugiego wezwania.

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

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp oraz § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437). Z uwagi na oddalenie odwołania w całości Izba kosztami postępowania obciążyła Odwołującego.

Przewodnicząca:.....