

WYROK

Warszawa, dnia 21 czerwca 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodnicząca: Emilia Garbala

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 czerwca 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 maja 2024 r. przez wykonawcę: **R.W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą I.R., ul. Anny Jagiellonki 6B/1, 65-155 Zielona Góra,**

w postępowaniu prowadzonym przez: **Gmina Sulechów, Plac Ratuszowy 6, 66-100 Sulechów,**

orzeka:

1. **uwzględnia odwołanie** i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, odrzucenie ofert wykonawców: Instalatorstwo Elektryczne H.O., Firma RAK H.R. i JARO K.J. na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert,
 2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego, i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego,
 - 2.2. zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 13 600 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego poniesionych przez odwołującego.
- Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - sądu zamówień publicznych.

Przewodnicząca:.....

Sygn. akt: KIO 1869/24

UZASADNIENIE

Zamawiający – Gmina Sulechów, Plac Ratuszowy 6, 66-100 Sulechów, prowadzi w trybie podstawowym, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Budowa infrastruktury elektroenergetycznej - oświetleniowej w miejscowościach popegeerowskich Gminy Sulechów”, numer referencyjny: ZPB.271.13.2024. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 11.04.2024 r., nr 2024/BZP 00281719/01.

W dniu 27.05.2024 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy R.W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą I.R., ul. Anny Jagiellonki 6B/1, 65-155 Zielona Góra (dalej: „Odwołujący”), w którym Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) w związku z czynnościami podjętymi przez wykonawcę w stosunku do wyboru oferty wykonawcy H.O.:
 - a) art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.), zwanej dalej: „ustawą Pzp”, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty H.O., podczas gdy powinna podlegać ona odrzuceniu jako zawierająca rażąco niską cenę, a złożone przez wykonawcę H.O. wyjaśnienia:
 - sprowadzają się do twierdzeń o charakterze ogólnym o posiadaniu własnego zaplecza technicznego oraz usprawnieniu organizacji pracy, posiadania rzekomo części zapasów materiałowych, podczas gdy wykonawca nie przedstawia żadnych szczegółowych twierdzeń pozwalających Zamawiającemu na ocenę w jaki sposób te okoliczności wpływają na możliwość obniżenia przez niego ceny, jak również nie przedstawia żadnych dowodów potwierdzających które i w jakieś ilości materiały niezbędne do wykonania zamówienia posiada,
 - wykonawca odwołuje się do kosztorysu ofertowego stworzonego na podstawie przedmiaru Zamawiającego, wskazując, że zastosował cenę stawki za roboczogodzinę netto 20,00 zł, a po dodaniu „narzutów do R” proponowana przez niego stawka wynosi 33,00 zł, podczas gdy nie przedstawia żadnego dowodu umożliwiającego zbadanie czy rzeczywiście wykonawca przyjmuje taką stawkę w rozliczeniach z pracownikami, na jakiej podstawie zatrudnia pracowników oraz czy rzeczywiście na etapie składania oferty oprócz 20,00 zł netto brał pod uwagę dodatkowe „narzuty do R” we wskazanej wartości celem zachowania odpowiedniej stawki, a tym samym, w rzeczywistości wykonawca nie przedstawił dowodów ani wyjaśnień pozwalających na weryfikację zgodności przyjętej przez niego stawki za roboczogodzinę z przepisami Rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 14 września 2023 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2024 r. (dalej zwanego: „Rozporządzeniem w sprawie minimalnej”),
 - wykonawca w wyjaśnieniach odnosi się do „cen sprzętu zastosowanego w ofercie po uwzględnieniu narzutów z oferty

w wysokości 50 % do S", jednak nie wyjaśnia o którym sprzęcie jest mowa, czy ma na myśli ceny za zakup sprzętu czy też wynajem, nie przedstawia żadnych ofert w tym zakresie, jak również nie przedstawia kosztorysu ofertowego, z którego wynikałaby wartość „narzutów w wysokości 50 % do S", a także, nie wyjaśnia w jaki sposób ta okoliczność wpływa na zaoferowaną przez niego cenę,

- wykonawca twierdzi, że posiada własny sprzęt, jednak nie przedstawia żadnych dowodów potwierdzających jego posiadanie,
- wykonawca twierdzi, że korzysta z „atrakcyjnych rabatów", co potwierdza ponoć oferta dostawy, jednakowoż z oferty dostawcy Kaczmarek Electrics nie wynika, aby rzeczywiście ceny zawarte w ofercie miały charakter niższych aniżeli stosowane przez dostawcę Kaczmarek Electrics w stosunku do innych podmiotów, z którymi nawiązuje współpracę;
- wykonawca H.O. nie przedstawił wyjaśnień potwierdzających, że wziął pod uwagę wykonanie prac geodezyjnych i , zakupu materiałów do wykonania uziemień, zakupu piasku, zakupów wszystkich niezbędnych kabli oraz kabli w niezbędnej do wykonania zamówienia ilości, bądź ewentualnie dowodów posiadania elementów składowych niezbędnych do realizacji zamówienia, które nie wynikają z oferty dostawy Kaczmarek Electrics, a tym samym, zaoferowana przez niego cena nie uwzględnia wszystkich składowych cenotwórczych, a w konsekwencji – jest zaniżona w stosunku do ceny, jaką wykonawca powinien zaproponować, gdyby wziął pod uwagę wszystkie niezbędne do wykonania zamówienia elementy,

b) art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy H.O. jako niezgodnej z warunkami zamówienia, podczas gdy analiza przedstawionych przez wykonawcę wyjaśnień oraz złożonych ofert cenowych na zakup materiałów u dostawcy Kaczmarek Electrics prowadzi do wniosku, że wykonawca H.O. nie wziął pod uwagę konieczności wykonania prac geodezyjnych, w tym także wykonania inwentaryzacji geodezyjnej powykonawczej, a także, nie wykazał, iż posiada m.in. piasek, wszystkie rury niezbędne do wykonania zamówienia, niezbędną ilość kabla, uziemienia (tzw. uziomy pionowo i poziome) wykonanego ze stali (bądź że zamierza te elementy zakupić), co oznacza, że wykonawca nie wziął pod uwagę wszystkich elementów niezbędnych do wykonania zamówienia zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia i nie jest możliwe zrealizowanie przez niego zamówienia z uwzględnieniem wszystkich wymogów Zamawiającego,

c) art. 239 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty wykonawcy H.O.ego jako najkorzystniejszej, podczas gdy powinna podlegać ona odrzuceniu, jako zawierająca rażąco niską cenę oraz niezgodna z warunkami zamówienia,

2) w związku z czynnościami podjętymi w stosunku do oferty w.H., naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy H.R., podczas gdy:

- wykonawca przedstawił ogólne, lakoniczne wyjaśnienia, z których nie wynika w jaki sposób obliczył poszczególne elementy składowe ceny globalnej, a do oferty przedstawił wyłącznie uproszczone kosztorysy ofertowe dla każdego z obszarów realizacji zamówienia, co również nie umożliwia weryfikacji przez Zamawiającego jakie koszty robocizny, sprzętu oraz materiału wziął pod uwagę przy wycenie poszczególnych pozycji,
- wykonawca nie przedstawił dowodów potwierdzających w jaki sposób obliczył stawkę za roboczogodzinę w kwocie 30,00 zł oraz skąd wynika wartość 1600 roboczogodzin, mając na uwadze, iż również uproszczone kosztorysy ofertowe złożone wraz z ofertą dla poszczególnych obszarów, nie zawierają informacji o roboczogodzinach ani stawce godzinowej,
- wykonawca, w Harmonogramie rzeczowo-finansowym, załączonym do wyjaśnień, stwierdził, iż przyjął jako właściwą do obliczeń stawkę za roboczogodzinę w kwocie 30,00 zł, co oznacza, iż wykonawca w rzeczywistości nie wziął pod uwagę wszystkich kosztów niezbędnych do poniesienia przez wykonawcę w związku z zatrudnianiem pracowników na podstawie umowy o pracę przez cały okres wykonywania zamówienia, a przedstawiony przez wykonawcę dokument DRA nie potwierdza, iż wykonawca w stosunkach z pracownikami stosuje właściwe stawki wynagrodzenia w kontekście Rozporządzenia w sprawie minimalnego wynagrodzenia, w szczególności, iż analiza kosztorysu ofertowego załączonego do oferty wykonawcy H.R. budzi wątpliwość co do faktycznego przyjęcia przez wykonawcę H.R. stawki za roboczogodzinę w kwocie 30 zł/roboczogodzinę,
- wykonawca wskazuje na sprzęt w Harmonogramie rzeczowo-finansowym, ale nie wyjaśnia podstawy dysponowania sprzętem, co uniemożliwia weryfikację jakie koszty z tego tytułu wykonawca może ponieść,

3) w zakresie czynności dotyczących oferty w.J. naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 8

w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty w.J., podczas gdy:

- wyjaśnienia w.J. mają charakter ogólnych, sprowadzających się do twierdzeń dotyczących wieloletniego doświadczenia, które pozwoliło zoptymalizować wykonawcy proces zarządzania budową, jednak w żaden sposób wykonawca nie wskazuje w jaki sposób te okoliczności przekładają się na cenę oferty,
- wykonawca J. nie przedstawił, wbrew żądaniom Zamawiającego, informacji o wysokości stawki za roboczogodzinę, co uniemożliwia weryfikację czy stosowana przez wykonawcę J. stawka pozostaje zgodna z powszechnie obowiązującymi przepisami w zakresie minimalnej stawki godzinowej oraz przepisami dotyczącymi ubezpieczeń

społecznych, a ponadto, gdyby dokonać ewentualnej samodzielnej analizy uproszczonego kosztorysu załączonego przez wykonawcę J. do wyjaśnień rażąco niskiej ceny, należałoby dojść do wniosku, iż tak obliczona stawka nie pozwala na pokrycie kosztów związanych z zatrudnieniem pracowników na podstawie umowy o pracę,

- wykonawca przedstawił informację o sprzęcie, jednak nie przedstawił żadnych dowodów potwierdzających, iż rzeczywiście wskazywany sprzęt posiada.

W szczególności Odwołujący podniósł, co następuje.

„Wobec tego, że wykonawcy H.O., H.R., J., PBS sp. z o.o. oraz wykonawca EL-MAR sp. z o.o. złożyli oferty opiewające na ceny niższe o:

- 1) co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należyty podatek od towarów i usług ustalonej przed wszczęciem postępowania (tj. 799 921,35 zł brutto) oraz
 - 2) od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych w Postępowaniu ofert niepodlegających odrzuceniu,
- Zamawiający, wezwał ww. wykonawców do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej w ofercie ceny. (...) Jednocześnie, Zamawiający podkreślił, że wymaga wzięcia pod uwagę wszelkich kosztów związanych z wykonaniem zamówienia zgodnie ze specyfikacją warunków zamówienia, w tym robót porządkowych, zabezpieczających, zagospodarowania terenu budowy, zakupu materiałów i urządzeń, wytyczenia pomiaru powykonawczego, utrzymania zaplecza robót, opłat za zajęcie pasa drogowego, wzrostu cen w okresie realizacji oraz wszelkich innych kosztów, które będą konieczne do poniesienia w celu prawidłowego wykonania umowy. (...)

I. Zarzuty związane z nieprawidłową oceną oferty wykonawcy H.O..

[zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp]

W pierwszej kolejności należy wskazać, że wyjaśnienia złożone przez wykonawcę H.O. składają się z części opisowej, do której zostały załączone oferty dostawcy Kaczmarek Electronics, zawierające wycenę zakupu poszczególnych materiałów, a także tabelaryczne zestawienie kosztów, zawierające podział na koszty materiałów, pracy sprzętu, osobowe/pracownicze, inne koszty oraz zysk. Oferta wykonawcy H.O. łącznie opiewa na cenę 366.540 zł brutto. W części opisowej wyjaśnień wykonawca H.O. wskazuje m.in., że:

- 1) posiada własne zaplecze techniczne oraz bazy zlokalizowane w bezpośredniej odległości od miejsca wykonania przedmiotu zamówienia, co skutkuje obniżeniem kosztów transportu załadunku oraz rozładunku materiałów, jednak w żaden sposób nie wskazuje o jakim obniżeniu ceny jest mowa oraz jak w rzeczywistości przekłada się to na zaoferowaną przez niego cenę;
- 2) Usprawnił organizację pracy w sposób pozwalający na obniżenie kosztów pracy pracowników o 18 %, jednak nie wskazuje jakie działania podjął w celu organizacji pracy, skąd wywodzi obniżenie kosztów pracy o 18 % oraz w stosunku do jakiej wartości następuje obniżenie kosztów pracy o 18 %, tj. czy wykonawca ma na myśli realizowane dotychczas zamówienia, a jeżeli tak to które;
- 3) posiada 30 % zmagazynowanych zapasów materiałowych niezbędnych do wykonania zadania w cenach hurtowych, wykonawca również posiada ceny dostawców na pozostałe materiały, co w porównaniu do obecnej sytuacji na rynku skutkuje obniżką kosztów zakupu materiałów o ok. 40-60 %, nie wskazując jednocześnie, które konkretnie materiały posiada w swoich zasobach, nie przedstawiając żadnych dowodów zakupu, z wyłączeniem ofert dostawy Kaczmarek Electrics, co uniemożliwia weryfikację czy rzeczywiście wykonawca posiada zasoby nieobjęte ofertami dostawcy Kaczmarek Electrics, a w stosunku do których wykonawca musiałby dokonać jednak zakupu, aby wykonać zamówienie w sposób prawidłowy i zgodny ze specyfikacją;
- 4) posiada w 100 % własny sprzęt i urządzenia do realizacji przedmiotu zamówienia, które wyszczególnia w treści wyjaśnień, jednak nie przedstawia żadnych dowodów potwierdzających podstawę dysponowania tym sprzętem, co skutkuje brakiem możliwości zweryfikowania czy wykonawca rzeczywiście sprzęt ten posiada, a jeżeli nie, to jakie musiałby ponieść koszty celem wynajmu brakującego sprzętu;
- 5) korzysta z atrakcyjnych rabatów (przewidziany na zadaniu 60 %) na zakup materiałów, ale takie oświadczenie nie wynika z żadnej oferty dostawcy Kaczmarek Electrics.

Należy więc dojść do przekonania, że wykonawca H.O. przedstawił wyjaśnienia o charakterze bardzo ogólnym, zawierającym sformułowania uniemożliwiające w rzeczywistości Zamawiającemu weryfikację jakim sprzętem dysponuje wykonawca H.O., jakie posiada aktualnie zasoby niezbędne do realizacji zamówienia (co pozwala mu na obniżenie ceny), a także jakie działania podjął celem rzekomego usprawnienia organizacji pracy. (...)

Ponadto, w zakresie informacji dotyczących stawki za roboczogodzinę wykonawca H.O. przedstawił szczytkową informację, wywodzoną rzekomo z kosztorysu ofertowego, stworzonego na podstawie przedmiaru robót Zamawiającego powołując się na przyjęcie rzekomo stawki 20 zł za roboczogodzinę, która została powiększona o „narzuty do R”, pozwoliło mu przyjąć łączną stawkę za roboczogodzinę w kwocie 33 zł. Wykonawca H.O. nie przedstawił jednak

żadnych dowodów potwierdzających, iż wykonawca H.O. faktycznie stosuje wskazaną stawkę za roboczogodzinę w relacjach z pracownikami, a także, iż rzeczywiście na etapie składania oferty przyjął wskazywaną stawkę za roboczogodzinę oraz „narzuty” w wysokości 50 %. Wykonawca H.O. nie przedstawił także kosztorysu ofertowego, pomimo tego, że powołuje się na jego sporządzenie.

Co więcej, Zamawiający wymaga, zgodnie z Rozdziałem I pkt 5 zatrudnienia (z wyłączeniem kierownika robót oraz kierownika budowy) pracowników na umowie o pracę. Wykonawca natomiast swoje wyjaśnienia oparł o stawkę roboczogodziny właściwą dla umów zlecenie. Jak natomiast wynika z art. 1 pkt 1a ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę, minimalna stawka godzinowa jest to: minimalna wysokość wynagrodzenia za każdą godzinę wykonania zlecenia lub świadczenia usług, przysługująca przyjmującemu zlecenie lub świadczącemu usługi. Wykonawca w wyjaśnieniach odnosząc się więc do stawki 27,70 brutto, która stanowi minimalną stawkę godzinową właściwą dla umów zlecenie lub o świadczenie usług, przyjmuje nieprawidłowy punkt odniesienia, co może budzić wątpliwość w zakresie prawidłowości obliczeń dokonanych przez wykonawcę w zakresie stawki za roboczogodzinę oraz faktycznego zatrudniania pracowników na umowie o pracę w rozumieniu ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. Kodeks pracy (Dz. U. z 2023 r. poz. 1465).

Kolejno, to co pozostaje kluczowe, to fakt, iż przedstawione przez wykonawcę H.O. w załączniku nr 1 do wyjaśnień obliczenia dotyczące „kosztów materiałów” wziętych pod uwagę do wykonania każdego z obszarów stanowią powtórzenie cen wynikających z przedstawionych jako załącznik nr 2 ofert dostawcy Kaczmarek Electronics (np. łączna cena oferty sprzedaży w ofercie dostawcy Kaczmarek Electronics dla obszaru Buków to 17 127,43 zł netto i taką również cenę przyjmuje wykonawca H.O. w rubryce „koszty materiałów” w załączniku nr 1 do wyjaśnień). Należy więc wywodzić, że wykonawca H.O. nie uwzględnił w ramach oferty cen zakupu innych materiałów (tj. niewymienionych w ofertach Kaczmarek Electronics), co stanowi o nieuwzględnieniu przezeń konieczności zakupu wszystkich materiałów niezbędnych do realizacji zamówienia. Jednocześnie, jak już wyżej wskazano, nie sposób stwierdzić czy i które wykonawca H.O. materiały posiada w chwili obecnej, skoro nie przedstawił żadnych dowodów ich posiadania, a także nie uszczegółowił tej kwestii w części opisowej wyjaśnień. Należy zatem dojść do przekonania, że wykonawca H.O. nie posiada pozostałych materiałów, a zarazem nie uwzględnił np. kosztów:

- 1) związanych z wykonaniem prac geodezyjnych oraz wykonania dokumentacji powykonawczej geodezyjnej,
- 2) związanych z koniecznością zakupu piasku,
- 3) związanych z koniecznością zakupu rur o śr. do 100 mm dla wykonania przewiertów, a także rury osłonowej dla kabla,
- 4) związanych z koniecznością zakupu złącza kablowego niezbędnego na fundamencie prefabrykowanym, niezbędnego do zainstalowania szafki oświetleniowej,
- 5) związanych z koniecznością zakupu uziomów ze stali profilowanej

Ponadto, trzeba podkreślić, że oferta dostawy Kaczmarek Electronics dla obszaru Sulechów Wolsztyńska nie zawiera wyceny kabla, a oferty dla pozostałych obszarów zawierają wycenę za 1.00 m kabla sieciowanego, co oznacza, że wykonawca H.O., przenosząc wprost cenę za zakup kabla do „kosztów materiałów”, w rzeczywistości przedstawił „koszt materiałów” dla obszaru Buków, Kije i Łęgowo wyłącznie dla 1 metra kabla sieciowego, a w cenie materiałów niezbędnych do wykonania przedmiotu zamówienia w obszarze Sulechów Wolsztyńska (tj. Krężoły) nie wziął w ogóle pod uwagę zakupu kabla. Uwzględniając więc ilość kabla, którego posiadanie jest konieczne do wykonania zamówienia zgodnie z SWZ (s. 8-9 odwołania) trzeba dojść do przekonania, iż oferta wykonawcy H.O. jest rażąco niedoszacowana w zakresie kosztów materiałów.

Bezsprzecznie zatem doszło do naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp, mając na uwadze, iż wykonawca H.O. nie wziął pod uwagę wszystkich elementów cenotwórczych, nie przedstawił – pomimo wyraźnego obowiązku wynikającego z wezwania do wyjaśnień – dowodów potwierdzających prawidłowe zastosowanie stawki za roboczogodzinę zgodnej z przepisami Kodeksu Pracy oraz Rozporządzenia w sprawie minimalnej, nie przedstawił dowodów posiadania opisywanego sprzętu, a także, nie przedstawił szczegółowego kosztorysu ofertowego (na który się powołuje w wyjaśnieniach), którego analiza ewentualnie mogłaby pozwolić na weryfikację jak wycenił poszczególne elementy cenotwórcze.

[zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp]

W nawiązaniu do powyższego, trzeba zauważyć, iż oferta wykonawcy pozostaje niezgodna z warunkami zamówienia. Wykonawca H.O. nie wziął bowiem pod uwagę konieczności wykonania prac geodezyjnych wraz z inwentaryzacją powykonawczą (pomimo wyrażonego wprost obowiązku w STWIORB oraz wyodrębnienia takiego elementu cenotwórczego przez Zamawiającego w Przedmiarach Robót). Ponadto, wykonawca nie posiada materiałów niezbędnych do wykonania takich prac jak zasypanie fundamentów i kabli czy ułożenie kabli z podsypką i zasypką piaskową, gdyż nie wykazał, aby posiadał piasek niezbędny do realizacji zamówienia. Z przedstawionych przez

wykonawcę wyjaśnień oraz załączników nie sposób ponadto wywieść, czy uwzględnił w cenie ofertowej takie prace jak badanie linii kablowej czy badania i pomiary instalacji uziemiającej (w szczególności, iż wykonawca nie wskazuje, iż posiada bądź planuje zakupić uziemienie niezbędne do jej wykonania), a tym samym, założyć trzeba, iż takie prace nie zostały przewidziane do wykonania przez wykonawcę. Należy więc uznać, iż Zamawiający winien odrzucić ofertę wykonawcy H.O. również w oparciu o przepis art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. (...)

II. Zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 228 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp w zakresie oferty wykonawcy H.R.

Odnosząc się do nieprawidłowej oceny oferty oraz wyjaśnień w.H. trzeba zwrócić uwagę, że wykonawca H.R. przedłożył wraz z ofertą uproszczone kosztorysy ofertowe, które w żaden sposób nie zostały uszczegółowione na etapie wyjaśnień rażąco niskiej ceny (np. poprzez przedłożenie kosztorysu szczegółowego, pozwalającego Zamawiającemu na weryfikację w jaki sposób kształtują się ceny za robociznę, sprzęt i materiał w danej pozycji kosztorysu). Tak złożone kosztorysy nie umożliwiają zatem Zamawiającemu zweryfikowania w jaki sposób kształtują się ceny zaoferowane przez wykonawcę H.R..

W zakresie natomiast stawek za roboczogodzinę wykonawca H.R. nie tylko nie wyjaśnia skąd wynika przyjęta przezeń cena 30 zł za roboczogodzinę, wskazana w Harmonogramie Rzeczowo-Finansowym złożonym jako załącznik do wyjaśnień, ale również nie złożył dowodów potwierdzających, aby rzeczywiście na podstawie umowy o pracę zatrudniał pracowników w stawce 30 zł za roboczogodzinę. Ponadto, co pozostaje kluczowe, wskazana przez wykonawcę H.R. stawka 30 zł za roboczogodzinę – wbrew jego twierdzeniom - w rzeczywistości nie pozwala wykonawcy H.R. na poniesienie wszystkich kosztów związanych z zatrudnieniem na podstawie umowy o pracę. Trzeba bowiem zwrócić uwagę, że zgodnie z Rozporządzeniem w sprawie minimalnej, stawka wynagrodzenia na umowie o pracę wynosi od 1 stycznia 2024 r. 4242 zł, a od dnia 1 lipca 2024 r. – 4300 zł. Wskazana jednak w Rozporządzeniu w sprawie minimalnej stawka uwzględnia wyłącznie koszty związane z tzw. „brutto pracownika”. Niezależnie od powyższego natomiast, pracodawca natomiast co do zasady zobowiązany jest uiszczać składki wynikające z ustawy z dnia 13 października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych (...)

Tym samym, wykonawca winien wziąć pod uwagę, że stawka za roboczogodzinę dla osób zatrudnionych na umowie o pracę, aby uwzględniała wszystkie koszty związane z zatrudnieniem pracownika, powinna wynosić o ok. 20,38 % więcej aniżeli stawka wynikająca z Rozporządzenia w sprawie minimalnej, tj.:

1) do dnia 1 lipca 2024 r. – ok. 30,39 zł/roboczogodzinę (4242 zł brutto powiększone o 20,38%/168 h pracy w miesiącu);

2) od dnia 1 lipca 2024 r. – ok. 30,81 zł/roboczogodzinę (4300 zł brutto powiększone o 20,38%/168 h pracy w miesiącu).

Wykonawca nie wykazał więc, iż oferowana przez niego stawka jest zgodna z przepisami Rozporządzenia w sprawie minimalnej, w tym również obowiązującymi od dnia 1 lipca 2024 r., zgodnie z wezwaniem do wyjaśnień z dnia 8 maja 2024 r. (...)

Należy także zaznaczyć, że istnieje uzasadniona wątpliwość co do rzeczywistego wzięcia pod uwagę przez wykonawcę H.R. stawki 30,00 zł/roboczogodzinę przy obliczaniu ceny oferty. Z analizy bowiem kosztorysów ofertowych dołączonych przez wykonawcę H.R. do oferty i symulacji dokonanej przez Odwołującego w programie kosztorysowym NORMA w wersji 5.15.200.12 14.05.2024, wynika jakoby wykonawca H.R. przyjął stawkę za pojedynczą roboczogodzinę w kwocie 24,75 zł. Odwołujący zweryfikował bowiem odpowiednie pozycje z kosztorysu H.R., odpowiadające Przedmiarowi Robót, których wykonanie wymaga tylko i wyłącznie pracy ludzkiej (tj. poniesienia kosztów z tytułu robocizny), bez zaangażowania sprzętu i materiałów. Jest to przykładowo pozycja nr 2, 20, 22, 23 zawarta w kosztorysie w.H. dla prac w miejscowości Buków: (...)

Odwołujący przyjął w programie kosztorysowym tożsame katalogi norm dotyczące w/w prac oraz ustawił „narzuty” kosztorysu takie jak koszty pośrednie, zysk, kosztu zakupu na 0% (mając na uwadze, iż z uproszczonych kosztów złożonych przez wykonawcę H.R. do oferty nie wynika jakoby przedmiotowe „narzuty” zostały uwzględnione w cenie oferty). Odwołujący dostosował przy powyższych parametrach łączną cenę za ww. pozycje w taki sposób, aby uzyskać analogiczną cenę jak w kosztorysie wykonawcy H.O., wskutek czego otrzymał w programie kosztorysowym stawkę roboczogodziny jaką przyjął wykonawca, a która faktycznie wynosi 24,75 zł/r-g: (...)

W ocenie zatem Odwołującego cena za roboczogodzinę wynikająca z analizy kosztorysów ofertowych przedstawionych przez wykonawcę H.O. nie pozwala na pokrycie wszystkich kosztów związanych z zatrudnieniem pracownika (...)

Odnosząc się natomiast do kwestii związanych z zaniechaniem przedstawienia dowodów dotyczących wykazywanego sprzętu, wskazać trzeba, iż wykonawca H.R. zawarł w Harmonogramie rzeczowo-finansowym informację o sprzęcie, tj. Sprzęt do wykonywania zadania:

minikoparki - 4

auto dostawcze - 3

środek transportu z lawetą - 2 podnośnik koszowy - 2 narzędzia elektryczne

Odwołujący nie precyzuje jednak czy sprzęt ten jest w jego posiadaniu czy też zaistniałaby konieczność jego wynajmu, co uniemożliwia Zamawiającemu weryfikację jakie koszty związane ze sprzętem może ponieść wykonawca w wyniku realizacji zamówienia.

Wobec powyższego, należy dojść do przekonania, że oferta wykonawcy H.R. jest niedoszacowana w zakresie ceny, a ponadto, iż wskazana przez H.R. do obliczeń stawka za godzinę pracy w kwocie 30,00 zł (a w ocenie Odwołującego – 24,75 zł/roboczogodzinę) stanowi o nieuwzględnieniu przy wycenie oferty wszystkich kosztów związanych z zatrudnieniem pracowników na umowie o pracę. Przedstawiona przez wykonawcę DRA nie potwierdza ponadto stawki godzinowej jaką w rzeczywistości stosuje wykonawca H.R. w relacjach z pracownikami, a nadto, że pozostaje ona zgodna z przepisami prawa, mimo, iż przedstawienia takich informacji Zamawiający wymagał. Oferta w.H. powinna zatem ulec odrzuceniu w oparciu o przepis art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp.

III. Zarzut naruszenia art. 228 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp w zakresie oferty w.J.

W zakresie nieprawidłowości związanych z ofertą w.J. trzeba zauważyć w pierwszej kolejności, że mimo, iż wykonawca J. powołuje się na rzekomą, w enigmatyczny sposób opisaną optymalizację procesu zarządzania budową czy dostawę materiałów najbardziej cenotwórczych w przedmiotowym zamówieniu, to jednak w żaden sposób nie wyjaśnia o jakich czynnościach konkretnie wspomina mówiąc o „optymalizacji” oraz dlaczego ich podjęcie pozwoliło na przyjęcie niższej niż w przypadku innych wykonawców ceny. W ten sposób przywołane twierdzenia mają zatem charakter ogólnych i pozostają bez znaczenia dla oceny prawidłowości ceny oferty w.J.. Przedstawiony natomiast przez wykonawcę jako załącznik do wyjaśnień rażąco niskiej ceny Kosztorys Ofertowy-Kalkulacja własna – tak jak w przypadku w.H. – ma charakter kosztorysu uproszczonego, którego treść uniemożliwia zbadanie ukształtowania kosztów materiału, robocizny i sprzętu jakie wykonawca zamierza ponieść na konkretną pozycję.

Ponadto, wykonawca J. nie wskazał w żadnym miejscu wyjaśnień wprost jaką wartość stawki za roboczogodzinę oraz jaką liczbę roboczogodzin wziął pod uwagę przy wycenie oferty. W związku z powyższym, wykonawca J. nie zastosował się do treści wezwania do wyjaśnień Zamawiającego i uniemożliwił ocenę Zamawiającemu prawidłowości zastosowanej stawki za roboczogodzinę z powszechnie obowiązującymi przepisami prawa, a jego oświadczenie, iż będzie zatrudniał pracowników zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa należy uznać za niewystarczające. Opisywanego zaniechania nie zmienia okoliczność przedłożenia przez wykonawcę J. potwierdzenia niezalegania ze składkami na ubezpieczenie społeczne, mając na uwadze, iż z tego dowodu nie można wywieść, że wykonawca rzeczywiście stosuje prawidłowe w kontekście powszechnie obowiązujących przepisów prawa minimalne stawki w umowach z pracownikami oraz że uwzględnił przy wycenie wszystkie koszty z tytułu zatrudnienia pracowników.

Gdyby natomiast podjąć próbę wywiedzenia stawki za roboczogodzinę z przedstawionego przez wykonawcę J. do wyjaśnień rażąco niskiej cen Kosztorysu ofertowego - Kalkulacji własnej, chociażby dokonując analizy tożsamej pozycji jak w przypadku kosztorysu w.H. (tj. „Kopanie rowów dla kabli w sposób ręczny”), na którą składają się wyłącznie koszty robocizny, to dzieląc wartość przyjętej przez wykonawcę J. za ten element ceny w łącznej kwocie 196,00 zł netto przez ilość m3 wykopu czyli 9,8 uzyskujemy stawkę za wykonanie 1 m3 na poziomie 20 zł netto. Uznając natomiast, że nakład robocizny na wykopanie 1 m3 wynosi 1,35 roboczogodziny (tak jak w przypadku analizy poz. 2 w kosztorysie ofertowym w.H.), dojść należałoby do przekonania, że wykonawca J. przyjął około 14,82 zł netto (!) za roboczogodzinę pracy pracownika. (...)

Stawka jaka więc ujawnia się wskutek analizy kosztorysu ofertowego w.J. za roboczogodzinę, pozostaje niewystarczająca do pokrycia kosztów związanych z zatrudnieniem pracownika, a zarazem, potwierdza rażąco niedoszacowanie przez wykonawcę J. kosztów w zakresie robocizny. Ponadto, wykonawca J., również nie przedstawił dowodów potwierdzających stosowanie przezeń właściwej stawki za roboczogodzinę w stosunkach z pracownikami.

Kolejno, wykonawca J., pomimo tego, że zawarł w tabeli informacje o sprzęcie, to w żaden sposób, tak jak i wykonawca H.O. oraz H.R., nie udowodnił (mimo treści wezwania Zamawiającego, który wymagał dowodów), że rzeczywiście sprzęt ten posiada, a także nie wskazał w jaki sposób opisany sprzęt wpływa na przyjętą przez wykonawcę J. cenę globalną. (...) Mając więc na uwadze powyższe, również oferta w.J. powinna podlegać odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp.

[brak możliwości ponownego wezwania wykonawcy H.O., w.H. oraz w.J. do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny]

Z daleko idącej ostrożności należy jedynie podkreślić, że nie ziszczyły się przesłanki uprawniające ewentualnie Zamawiającego do ponownego wezwania do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny wykonawców: H.O., H.R. oraz J.. (...) Wykonawcy H.O., H.R. oraz J. nie sprostali natomiast ciężącemu na nich obowiązкови przedstawiając ogólne wyjaśnienia, nie przedstawiając dokumentacji potwierdzającej przyjętą przez nich stawkę za roboczogodzinę, jak również dowodów potwierdzających posiadane przez wykonawców zasoby.”

W związku z tym Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, tj. oferty H.O.,
- 2) odrzucenia oferty wykonawcy H.O.,
- 3) odrzucenia oferty w.H.,
- 4) odrzucenia oferty w.J.,
- 5) powtórzenia czynności badania i oceny ofert w postępowaniu, z pominięciem oferty wykonawcy H.O., w.H. oraz w.J.,
- 6) wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

W dniu 18.06.2024 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o jego oddalenie.

W trakcie rozprawy Strony podtrzymały swoje stanowiska w sprawie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje.

Przedmiotem zamówienia jest budowa infrastruktury elektroenergetycznej - oświetleniowej w miejscowościach popegeerowskich Gminy Sulechów. Przedmiot zamówienia obejmuje następujące lokalizacje: Buków, Kije, Łęgowo, Krężoły ul. Wolszańska.

W rozdziale XII specyfikacji warunków zamówienia (dalej: „SWZ”) Zamawiający wskazał m.in., że: *Obowiązującą formą wynagrodzenia za przedmiot umowy jest wynagrodzenie ryczałtowe. Podstawą do określenia ceny oferty jest zakres robót podany w opisie przedmiotu zamówienia, projekcie umowy oraz dokumentacji projektowej i przedmiarze robót. Dołączony do specyfikacji przedmiar robót należy traktować pomocniczo. Za ustalenie dokładnej ilości robót, materiałów i urządzeń oraz innych prac niezbędnych do wykonania kompletnego przedmiotu zamówienia odpowiada Wykonawca*”. Zamawiający dodał także, że: *„Cena oferty musi uwzględniać inne, nieprzewidziane składniki wpływające na ostateczną cenę, a w szczególności robót przygotowawczych, porządkowych, zabezpieczających, zagospodarowania terenu budowy, zakupu materiałów i urządzeń, poboru wody i energii elektrycznej, wykonania badań oraz wytyczenia i pomiaru powykonawczego, a także utrzymania zaplecza robót, zabezpieczenia i oznakowania robót, ewentualnych opłat za zajęcie pasa drogowego, zmiany w 2024 r. minimalnego wynagrodzenia za pracę albo wysokości minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę, zmianę zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne oraz wszelkie inne koszty, które Wykonawca poniesie w celu wykonania przedmiotu umowy. Wykonawca powinien uwzględnić te składniki w cenie oferty”*.

Zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia kwotę 800.000,00 zł brutto. W postępowaniu złożono 11 ofert, w tym:

- Instalatorstwo Elektryczne H.O. z ceną 366.540,00 zł brutto,
- Firma RAK H.R. z ceną 368.533,33 zł brutto,
- JARO K.J. z ceną 405.900,00 zł brutto,
- Odwołujący z ceną 418.885,27 zł brutto.

Pismami z dnia 08.05.2024 r. Zamawiający, na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, wezwał m.in. ww. wykonawców do złożenia wyjaśnień wraz z dowodami w przedmiocie cen ich ofert. Zamawiający zacytował art. 224 ust. 3 pkt 1 – 4, 6 i 7 ustawy Pzp, jak też dodał: *„Wykonawca uzasadniając wysokość zaoferowanej ceny winien wziąć pod uwagę złożoność przedmiotu zamówienia, wszelkie koszty związane z wykonaniem zamówienia zgodnie z wymaganiami zamawiającego opisanymi w specyfikacji warunków zamówienia, w tym między innymi koszty robót przygotowawczych, porządkowych, zabezpieczających, zagospodarowania terenu budowy, zakupu materiałów i urządzeń, poboru wody i energii elektrycznej, wykonania badań oraz wytyczenia i pomiaru powykonawczego, a także utrzymania zaplecza robót, zabezpieczenia i oznakowania robót, ewentualnych opłat za zajęcie pasa drogowego, wzrost cen w okresie realizacji przedmiotu umowy, w tym zmiany w 2024 r. minimalnego wynagrodzenia za pracę albo wysokości minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę, zmianę zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne oraz wszelkie koszty związane z realizacją umowy oraz wszelkie inne koszty, które Wykonawca poniesie w celu wykonania przedmiotu umowy zgodnie z wymaganiami zamawiającego”*.

Wykonawcy udzielili wyjaśnień w dniu 14.05.2024 r.

Pismem z dnia 22.05.2024 r. Zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy H.O..

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska Stron złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. istnienie po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia przez niego szkody z uwagi na

kwestionowane zaniechania Zamawiającego.

Ponadto Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 224 ust. 1, 2, 5 i 6 ustawy Pzp:

1. Jeżeli zaofferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych.

2. W przypadku gdy cena całkowita oferty złożonej w terminie jest niższa o co najmniej 30% od:

1) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia;

2) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania, w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych, zamawiający może zwrócić się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1.

5. Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.

6. Odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 i 8 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli:

5) jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia,

8) zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W pierwszej kolejności należy zauważyć, że jak podnoszono już wielokrotnie w orzecznictwie KIO, w art. 224 ust. 5 ustawy Pzp ustawodawca wskazał jednoznacznie, że obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy, który złożył ofertę z ceną budzącą wątpliwości. W przepisie mowa jest o „wykazaniu”, czyli udowodnieniu, że cena nie jest rażąco niska. Tym samym wyjaśnienia wykonawcy nie mogą stanowić jedynie formalnej odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, zawierającej ogólne informacje o działalności wykonawcy lub deklaracje co do realizacji zamówienia za zaofferowaną cenę, niepoparte stosownymi dowodami. Wyjaśnienia wykonawcy muszą być na tyle konkretne i szczegółowe, aby na ich podstawie zamawiający był w stanie dowiedzieć się, jakie okoliczności właściwe wzywanemu do wyjaśnień wykonawcy spowodowały obniżenie ceny jego oferty, w jaki sposób okoliczności te spowodowały obniżenie ceny i jakich oszczędności wykonawca mógł dzięki nim dokonać. W zależności od charakteru przedmiotu zamówienia, wykonawca powinien wykazać przykładowo: ceny poszczególnych materiałów, ceny ofertowe dostawców, przyjętą technologię i organizację usług/robót, koszty wynagrodzeń, koszty podwykonawców, koszty stałe (paliwo, energia), koszty zarządzania, koszty zabezpieczenia należytego wykonania umowy, koszty ubezpieczenia, rezerwę, zysk, jak też powinien wyjaśnić, dlaczego te koszty przyjął w takiej a nie innej wysokości i jaki ma to wpływ na cenę jego oferty. Dodatkowo, ustawodawca wymaga, aby wskazane w wyjaśnieniach informacje były poparte dowodami, którymi mogą być przykładowo: oferty uzyskane od dostawców, w tym zawierające uzgodnione upusty, umowy wstępne z podwykonawcami, umowy z osobami, które będą realizować zamówienie wraz z ich wynagrodzeniem, dowody rejestracyjne posiadanych pojazdów, dowody zakupu własnych maszyn, czy zawarte w samych wyjaśnieniach obliczenia wskazujące na prawidłowość kalkulacji cenowej i zysk. Brak udzielenia przez wykonawcę wyjaśnień lub udzielenie wyjaśnień, w których wykonawca nie udowodnił, że cena oferty nie jest rażąco niska, obliguje zamawiającego do odrzucenia oferty. Tym samym od rzetelności wyjaśnień wykonawcy zależy jego dalszy udział w postępowaniu.

Nie ma przy tym znaczenia podnoszona przez Zamawiającego okoliczność, że wynagrodzenie w niniejszym postępowaniu ma charakter ryczałtowy, gdyż nie zwalnia to wykonawcy z obowiązku złożenia szczegółowych, spójnych i popartych dowodami wyjaśnień, a zamawiającego – z obowiązku dokonania oceny tych wyjaśnień. Powyższe wynika także z orzecznictwa Izby, np. z aktualnego nadal, mimo wejścia w życie ustawy Pzp z 2019 r., wyroku z dnia 14.03.2017 r. o sygn. akt KIO 373/17, w którym wskazano: „Na wstępie, nie wdając się w analizę pojęcia rażąco niskiej ceny, którego rozumienie jest ugruntowane w doktrynie i orzecznictwie i tamże wielokrotnie omówione, należy zauważyć, że wbrew zapatrywaniom Przystępującego, możliwość analizy oferty pod kątem rażąco niskiej ceny nie zależy od przyjętej przez zamawiającego formuły rozliczenia się z wykonawcą zamówienia publicznego (wynagrodzenie ryczałtowe lub kosztorysowe). Ograniczenie takie nie wynika z przepisu art. 90 Pzp, wobec czego nawet przy ryczałcie badaniu może podlegać cena lub koszt lub ich istotne części składowe wskazane przez zamawiającego w wezwaniu do złożenia

wyjaśnień. Kwestionowanie zasadności badania ceny oferty przy wynagrodzeniu ryczałtowym nie broni się nie tylko na gruncie przepisów Pzp, ale również w praktyce. Ryczałt – pomimo tego, że stanowi wynagrodzenie za całość prac niezbędnych do realizacji przedmiotu zamówienia, niezależnie od ich rzeczywistych rozmiarów i kosztów (zob. art. 632 § 1 K.c.) – nie jest dla zamawiającego zabezpieczeniem przed zaoferowaniem mu rażąco niskiej ceny. Ma to miejsce, przykładowo, w przypadkach, w których wykonawca kalkulując cenę oferty nie uwzględnił w niej jakiegos istotnego dla wykonania zamówienia elementu, co zostanie ujawnione chociażby na etapie składania wyjaśnień. Wydaje się rzeczą oczywistą, że także w przypadku wynagrodzenia ryczałtowego można oczekiwać, że wykonawca będący profesjonalnym uczestnikiem obrotu gospodarczego, dysponować będzie założeniami i kalkulacjami oferowanej ceny jeszcze przed przystąpieniem do ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego. W razie powzięcia przez zamawiającego wątpliwości co do jej wysokości będą one następnie wykorzystane w procedurze przewidzianej przepisem art. 90 Pzp i powinny przekładać się na czytelność, spójność i rzetelność składanych wyjaśnień. Wykonawca, który takimi kalkulacjami nie dysponuje w ogóle, bądź którego kalkulacje nie posiadają wymienionych wcześniej cech, naraża się na odrzucenie złożonej zamawiającemu oferty na podstawie przepisu art. 90 ust. 3 Pzp”.

Podobnie, nie ma znaczenia kolejna podnoszona przez Zamawiającego okoliczność, zgodnie z którą wartość szacunkowa zamówienia była ustalona rok wcześniej i zaktualizowana w lutym 2024 r., a 5 spośród 11 złożonych ofert miało zawyżone ceny. Po pierwsze, skoro Zamawiający ustalił (i zaktualizował) wartość szacunkową w takiej a nie innej wysokości (prawie 800.000,00 zł wraz z podatkiem VAT), to na obecnym etapie postępowania jest to wartość wiążąca i sugerowanie nieprawidłowego jej oszacowania jest już działaniem spóźnionym. Po drugie, skoro 5 ofert zawierało ceny istotnie wyższe od pozostałych 6-ciu (w tym 3 bardzo zbliżone do ww. wartości i 1 oferta – znacznie ją przewyższająca), to stanowi to prawie połowę spośród 11 złożonych ofert, zatem teza o zawyżeniu cen tychże 5-ciu ofert może być równie dobrze zastąpiona tezą o zaniżeniu cen pozostałych 6-ciu ofert. Po trzecie wreszcie, powyższe rozważania i tak nie mają znaczenia w obliczu faktu, że zachodziły przesłanki z art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp dotyczące wskaźnika 30% zarówno w odniesieniu do wartości szacunkowej brutto, jak i do średniej arytmetycznej ofert, co sam Zamawiający wskazywał w wezwaniach z dnia 08.05.2024 r., zatem wezwania te były w tej sytuacji obligatoryjne. To zaś skutkuje obowiązkiem dokonania przez Zamawiającego oceny złożonych wyjaśnień i dołączonych do nich dowodów i podjęcia decyzji, czy wykonawcy wykazali realność cen swoich ofert i w konsekwencji - czy ich oferty podlegają odrzuceniu w oparciu o art. 226 ust. 1 pkt 8 lub art. 224 ust. 6 ustawy Pzp.

Ocena dokonana przez Zamawiającego w tym zakresie nie była, zdaniem Izby, prawidłowa, z następujących powodów:

I. Co do oferty wykonawcy H.O. – po pierwsze, należy zgodzić się z Odwołującym, że złożone wyjaśnienia są ogólnikowe i nie da się na ich podstawie ustalić, z czego wynika taka a nie inna cena oferty tego wykonawcy. Wykonawca wskazał, że posiada własne zaplecze techniczne i bazę zlokalizowaną blisko miejsca wykonania zamówienia, co obniża koszty transportu, ale nie przedstawił wyliczeń kosztów transportu i ich wpływu na cenę oferty. Wskazał na „usprawnienie organizacji pracy w sposób pozwalający na obniżenie kosztów pracy pracowników o 18%”, ale nie wyjaśnił, na czym polega to usprawnienie organizacji pracy, jakie konkretnie elementy tego usprawnienia spowodują obniżenie kosztów pracy, jak wyliczył te 18% i w stosunku do jakiej wartości. Wykonawca napisał też, że „posiada 30% zmagazynowanych zapasów materiałowych (...) w cenach hurtowych” oraz „oferty na pozostałe materiały”, co „skutkuje obniżką kosztów zakupu materiałów o około 40-60%”, ale nie napisał, jakie zmagazynowane materiały posiada i nie złożył żadnego dowodu na „hurtowe” ceny ich zakupu, jak też nie przedstawił wyliczeń pozwalających na stwierdzenie, że obniżył to koszty o 40%-60%. Wykonawca powołał się na posiadanie w 100% własnego sprzętu, ale nie złożył żadnych dowodów w tym zakresie i nie wyjaśnił, jaki ma to wpływ na cenę oferty w porównaniu do innych podstaw dysponowania sprzętem. Wykonawca wskazał też na dostęp do „atrakcyjnych rabatów (przewidziany na zadaniu 60%) na zakup materiałów (oferta dostawy – Dowód nr 2)”, ale nic takiego nie wynika z tegoż dowodu, tj. oferty handlowej Kaczmarek-Electric, bo w miejscu rabatu nie wpisano żadnej liczby („Rabat%”).

Kolejnym istotnym elementem wyjaśnień jest podana przez wykonawcę H.O. informacja o tym, że: „W ofercie zastosowano cenę wyjściową roboczogodziny netto na poziomie 20,00 zł. Zastosowany w kosztorysie ofertowym, stworzonym na podstawie przedmiaru Zamawiającego, narzut do R wynosi 50,0% oraz 50,0% R+Kp(R). Końcowa stawka wynosi więc 33,00zł brutto zł. Przy założeniu, iż w 2024 r minimalna stawka roboczogodziny dla osób zatrudnionych na umowę o pracę wynosi ok 27,70 zł brutto (od lipca 2024 roku - 28,10 zł brutto), oferta spełnia warunek płacy ustawowej minimalnej (...)”. Pomijając to, że dodanie 50% z 20 zł da kwotę 30 zł, a nie 33 zł, przede wszystkim należy zauważyć, że wykonawca nie przedstawił żadnych dowodów na to, że faktycznie zatrudniane przez niego osoby pracują za taką stawkę, nie wskazał przewidywanej ilości roboczogodzin, jak też nie przedstawił żadnych wyliczeń, z których wynikałoby, co dokładnie (jakie „narzuty”) zostały w podanej kwocie uwzględnione. Tym samym Zamawiający nie jest w stanie na podstawie takich wyjaśnień zweryfikować, czy przepisy dotyczące wynagrodzenia są przez wykonawcę przestrzegane.

Należy także zwrócić uwagę na kwestię wyceny materiałów niezbędnych do wykonania zamówienia. Po pierwsze, jak słusznie zauważył Odwołujący, z oferty handlowej dostawcy Kaczmarek-Electric wynika, że kabel sieciowy został przewidziany tylko dla obszarów Buków, Kije i Łęgowo, natomiast brak takiej pozycji dla obszaru „Sulechów – Wolsztyńska” i brak jakichkolwiek wyjaśnień wykonawcy świadczących o tym, że mimo to koszt kabla dla ww. obszaru został uwzględniony w cenie oferty. Po drugie, należy zwrócić uwagę na dołączoną do wyjaśnień kalkulację w postaci tabelki z czterema pozycjami odpowiadającymi czterem obszarom składającym się na przedmiot zamówienia i ze wskazaniem poszczególnych kosztów bez żadnego wyliczenia pokazującego, dlaczego koszty te (poza materiałami) przyjęto w takiej a nie innej wysokości. Do tabeli tej wykonawca H.O. wpisał koszty materiałów w wysokości wskazanej w ofercie handlowej dostawcy Kaczmarek-Electric (po zaokrągleniu), co oznacza, że uwzględnił w cenie oferty tylko te materiały, które są objęte ofertą handlową tego dostawcy. Nie ma przy tym wątpliwości, że do wykonania zamówienia konieczne jest użycie również innych materiałów, które nawet jeśli zgodnie z zamiarem wykonawcy miały zostać wykorzystane, to w świetle złożonych wyjaśnień i dowodów, nie zostały wycenione. Powyższe, wraz brakiem wyceny kabla dla jednego z obszarów, również świadczy o niedoszacowaniu ceny oferty.

II.Co do oferty w.H. – wykonawca ten podobnie jak H.O. nie przedstawił żadnych dowodów na posiadanie własnego sprzętu i nie wyjaśnił, jaki wpływ własność sprzętu ma na cenę oferty w porównaniu do innych podstaw dysponowania. Przede wszystkim jednak wykonawca H.R. w harmonogramie rzeczowo-finansowym wskazał stawkę 30 zł za roboczogodzinę, dla której stosowania nie przedstawił żadnych dowodów (nie jest takim dowodem druk ZUS P DRA), jak też nie przedstawił żadnych informacji czy wyliczeń, z których wynikałoby, że uwzględnił w niej także koszty ponoszone przez pracodawcę. Należy bowiem zauważyć, że o ile stawka 30 zł jest zgodna z rozporządzeniem w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2024 r. (Dz.U. z 2023 r. poz. 1893), które przewiduje na 2024 r. stawki w wysokości: 27,70 zł i 28,10 zł, o tyle ma rację Odwołujący, że pracodawca ponosi także inne koszty pracy, takie jak: ubezpieczenie emerytalne, ubezpieczenia rentowe, ubezpieczenie wypadkowe, Fundusz Pracy czy Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych, co łącznie stanowi koszt o ponad 20% wyższy od stawki minimalnej przewidzianej w ww. rozporządzeniu. Koszt ten również powinien być uwzględniony w kalkulacji ceny i przedstawiony w wyjaśnieniach, żeby pokazać Zamawiającemu realne koszty pracy, jakie ponosi wykonawca. Z symulacji Odwołującego przeprowadzonej w programie kosztorysowym NORMA wynika, że realna stawka stosowana przez wykonawcę H.R. wynosi najprawdopodobniej 24,75 zł, ale nawet pomijając wyniki tej symulacji należy zauważyć, że samo doliczenie ww. kosztów pracodawcy do stawki minimalnej przewidzianej rozporządzeniem nie pozwala na przyjęcie, że rzeczywisty koszt pracy zamyka się w kwocie 30 zł za roboczogodzinę. Tym samym wykonawca H.R. nie wykazał w wyjaśnieniach, że przestrzega przepisów dotyczących wynagrodzenia pracowników zatrudnionych w oparciu o umowę o pracę.

III.Co do oferty wykonawcy K.J. – podobnie jak wyżej wskazani dwaj wykonawcy nie przedstawił on żadnych dowodów na posiadanie własnego sprzętu i nie wyjaśnił, jaki wpływ ma własność sprzętu na cenę oferty w porównaniu do innych podstaw dysponowania. Wyjaśnienia wykonawcy K.J. są również ogólnikowe, przykładowo wykonawca powołał się na „*zoptymalizowanie procesu zarządzania budową w sposób najbardziej zoptymalizowany finansowo: m.in. umiejętne, skuteczne i szybkie działania zgranych wieloletnich pracowników, posiadanie pełnego parku maszynowego np. podnośnik potrzebny do montażu opraw, którego koszt wynajmu jest zdecydowanie wyższy aniżeli wykorzystanie własnego sprzętu*”. Z tak sformułowanej informacji nie wynika, na czym konkretnie polega „optymalizacja”, jakie działania pracowników się na nią składają, w jaki sposób te działania przekładają się na „optymalizację procesu”, jaki wpływ ma na tę „optymalizację” posiadanie pełnego parku maszynowego, jakie oszczędności wynikają z braku potrzeby najmu podnośnika do montażu opraw i przede wszystkim: jak to wszystko wpływa na „optymalizację finansową”, czyli w efekcie – na cenę oferty.

Ponadto wykonawca nie podał w ogóle stawki za roboczogodzinę i przewidywanej ilości roboczogodzin, zatem całkowicie pominął ten aspekt ponoszonych kosztów, ograniczając się do stwierdzenia, że: *„Firma zatrudnia pracowników zgodnie z wymogami Kodeksu pracy, Kodeksu cywilnego, ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych oraz Ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych oraz innych przepisów, na podstawie umowy o pracę. W załączeniu lista pracowników, potwierdzenie ZUS o opłaceniu składek, potwierdzenie o niezaleganiu w opłaceniu podatków*”. Takie wyjaśnienia nie dają Zamawiającemu żadnej wiedzy o kosztach pracy ponoszonych przez wykonawcę i o tym, czy przestrzega on obowiązujących w tym zakresie przepisów, zwłaszcza że takiej wiedzy nie dają także załączone do wyjaśnień dowody. Odwołujący ponownie przeprowadził w tym zakresie symulację, z której wynika, że wykonawca K.J., w zależności od przyjętych założeń stosuje realnie stawkę 20 zł lub nawet 14,82 zł netto, ale nawet pomijając wyniki tej symulacji sam fakt niepodania w wyjaśnieniach wysokości stawki za roboczogodzinę i sposobu jej wyliczenia powoduje, że wyjaśnienia nie mogą być uznane za wystarczające do wykazania prawidłowego skalkulowania ceny oferty.

Podsumowując, należy stwierdzić, że przede wszystkim ogólnikowość złożonych wyjaśnień w omówionym

powyżej zakresie, w tym braki w zakresie wykazania kosztów pracy, przesądzają o tym, że wyjaśnienia złożone przez wszystkich trzech wykonawców nie są rzetelne, szczegółowe, poparte w wystarczającym zakresie dowodami i nie potwierdzają właściwej kalkulacji cen ich ofert. Dodatkowo żaden z wykonawców, których wyjaśnienia zostały w odwołaniu zakwestionowane, nie dołączył do nich kosztorysu szczegółowego. Izba zgadza się z Zamawiającym, że wykonawcy nie mają obowiązku składania w ramach wyjaśnień rażąco niskiej ceny kosztorysów szczegółowych (chyba, że zamawiający zażąda tego w wezwaniu do wyjaśnień), niemniej jednak należy ponownie podkreślić, że wykonawcy mają obowiązek złożyć takie wyjaśnienia, z których będzie wynikało, skąd wzięła się taka a nie inna cena oferty i że za tę cenę możliwe jest należyte wykonanie zamówienia. Złożenie kosztorysu uproszczonego w większości przypadków nie będzie zatem wystarczające, chyba że niezbędne informacje i wyliczenia wykonawcy zamieści w samych wyjaśnieniach lub złożonych dodatkowo dowodach. W tej sprawie żaden z trzech wykonawców nie złożył kosztorysu szczegółowego, a ponadto ani ogólnikowe wyjaśnienia ani złożone dowody nie pozwalały na stwierdzenie, że ceny ofert tych wykonawców zostały skalkulowane rzetelnie. Dlatego brak kosztorysów szczegółowych w tym przypadku stanowił dodatkowe potwierdzenie braku wykazania realności cen ich ofert.

Na koniec, mając na uwadze argumentację Zamawiającego odnoszącą się dookoliczności albo w ogóle nie podnoszonych przez wykonawców w ich wyjaśnieniach (np. sytuacja na lokalnym rynku i niższe koszty zarządzania małymi firmami) albo podnoszonych przez nich w ogólnikowy, nic nie wnoszący sposób, należy podkreślić, że w świetle przepisów ustawy Pzp zamawiający zobowiązany jest badać realność ceny oferty wykonawcy w oparciu o złożone przez niego wyjaśnienia wraz z dowodami. Zamawiający nie jest zatem uprawniony do samodzielnego poszukiwania okoliczności potwierdzających, że cena oferty wykonawcy nie jest rażąco niska. Nie jest bowiem rolą zamawiającego wyręczanie wykonawcy w obowiązku wykazania realności ceny oferty. To wykonawca ma tę realność wykazać, a nie zamawiający, co jasno wynika z art. 224 ust. 5 ustawy Pzp. Skoro ww. trzech wykonawców złożyli ogólnikowe wyjaśnienia dotknięte opisanymi wyżej brakami, to obowiązkiem Zamawiającego było odrzucenie ich ofert z powodu braku złożenia wyjaśnień uzasadniających podaną cenę, czyli na podstawie art. 224 ust. 6 ustawy Pzp odsyłającego w swej treści do art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp. Dlatego odwołanie w zakresie zarzutów dotyczących rażąco niskiej ceny zostało uwzględnione.

Odnosząc się natomiast do zarzutu dotyczącego niezgodności oferty H.O. z warunkami zamówienia, należy wskazać, że niezgodność taka zachodzi wówczas, gdy oferta wykonawcy jest niezgodna z jasno wyrażonym postanowieniem zawartym w dokumentach wskazanych w art. 7 pkt 29 ustawy Pzp, tj. w opisie przedmiotu zamówienia, w wymaganiach związanych z realizacją zamówienia, w kryteriach oceny ofert, w wymaganiach proceduralnych lub w projektowanych postanowieniach umowy w sprawie zamówienia publicznego. Przy czym niezgodność ta również musi mieć charakter niewątpliwy. Zamawiający nie może zatem odrzucić oferty w oparciu o art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, jeżeli nie można jednoznacznie stwierdzić, jaki wymóg wynika z warunków zamówienia lub czy oferta wykonawcy rzeczywiście jest niezgodna z warunkami zamówienia. W przedmiotowej sprawie jedynym dokumentem, z którego Odwołujący wywodzi, że wykonawca H.O. nie objął ofertą: prac geodezyjnych z inwentaryzacją powykonawczą, materiałów niezbędnych do zasypania fundamentów i kabli, czy do ułożenia kabli z podsypką i zasypką piaskową oraz prac polegających na badaniu linii kablowej oraz badaniu i pomiarach instalacji uziemiającej, są wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny. O ile jednak z wyjaśnień tych wynika, że materiały niezbędne do wykonania określonych prac nie zostały wycenione (nie zostały uwzględnione w cenie), o tyle nie jest to tożsame z brakiem ujęcia ich w ogóle w ofercie, zwłaszcza że wykonawca napisał, że jakieś (niesprecyzowane) materiały ma zmagazynowane. Nie ma więc całkowitej pewności, że wskazanych w odwołaniu materiałów nie posiada i nie przewidział w ogóle wykonania prac, do których są one niezbędne. Dlatego nie zachodzi jednoznaczna podstawa odrzucenia oferty wykonawcy H.O. jako niezgodnej z warunkami zamówienia na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Jednocześnie okoliczność ta ma poboczne znaczenie (nie była nawet poruszana przez Strony na rozprawie) wobec faktu uwzględnienia odwołania w zakresie zarzutów dotyczących rażąco niskiej ceny i konieczności odrzucenia ofert wszystkich ww. trzech wykonawców na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp.

Wobec powyższego Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie art. 552 ust. 1, art. 553 i art. 554 ust. 1 ustawy Pzp.

Orzeczenie Izby zostało wydane w oparciu o dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia oraz w oparciu o stanowiska i dowody Stron przedstawione w pismach procesowych i na rozprawie.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 574 ustawy Pzp oraz w oparciu o § 7 ust. 1 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i pkt 2 lit. b) rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodnicząca

