

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Przemysław Dzierżędzki**

**Protokolant: Wiktoria Ceyrowska**

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 marca 2024 r. przez wykonawcę **Light On sp. z o.o. w Warszawie**

w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Słubice w Słubicach**

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – wykonawcy **R.W. prowadzącego w Zielonej Górze działalność gospodarczą pod firmą I.R.**

orzeka:

1. uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym:
  - a) odrzucenie oferty wykonawcy R.W. prowadzącego w Zielonej Górze działalność gospodarczą pod firmą I.R. na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Prawo zamówień publicznych z powodu niewykazania przez tego wykonawcę, że cena jego oferty nie jest rażąco niska,
  - b) odrzucenie oferty wykonawcy J.M. prowadzącego w Gorzowie Wielkopolskim działalność gospodarczą pod firmą Zakład Projektowania i Wykonawstwa Instalacji Elektrycznych J.M. na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Prawo zamówień publicznych z powodu niewykazania przez tego wykonawcę, że cena jego oferty nie jest rażąco niska,

2. kosztami postępowania obciąża **Gminę Słubice w Słubicach** i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10.000 zł 00 gr** (słownie: dziesięciu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Light On sp. z o.o. w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania, kwotę **3.600 zł 00 gr** (słownie: trzech tysięcy sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez odwołującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika, kwotę **338 zł 00 gr** (słownie: trzystu trzydziestu ośmiu złotych zero groszy) poniesioną przez odwołującego tytułem dojazdu na posiedzenie Izby, kwotę **17 zł 00 gr** (słownie: siedemnastu złotych zero groszy) poniesioną przez odwołującego tytułem opłaty skarbowej od pełnomocnictwa,
- 2.2. zasądza od **Gminy Słubice w Słubicach** na rzecz wykonawcy **Light On sp. z o.o. w Warszawie** kwotę **13 955 zł 00 gr** (słownie: trzynastu tysięcy dziewięćset pięćdziesięciu pięciu złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika, dojazdu na posiedzenie Izby i opłaty skarbowej od udzielonego 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.

**Przewodniczący:.....**

Sygn. akt: KIO 916/24

### Uzasadnienie

Gmina Słubice w Słubicach, zwana dalej „zamawiającym”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp” lub „Pzp”, którego przedmiotem jest budowa oświetlenia drogowego na Osiedlu Krasieńskiego w Słubicach.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych 20 lutego 2024 r., nr 2024/BZP 00210790/01.

Wobec czynności i zaniechań zamawiającego w ww. postępowaniu w dniu 19 marca 2024 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wniósł odwołanie wykonawca Light On sp. z o.o. w Warszawie, zwany dalej „odwołującym”.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 226 ust. 1 pkt 8 w związku z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp poprzez zaniechanie czynności odrzucenia oferty wykonawcy R.W. prowadzącego w Zielonej Górze działalność gospodarczą pod firmą I.R., zwanego dalej „Itinet” lub „przystępującym”, 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;
- 2) art. 226 ust. 1 pkt 8 w związku z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp poprzez zaniechanie czynności odrzucenia oferty wykonawcy Zakład Projektowania i Wykonawstwa J.M., zwanego dalej „Zakład Projektowania i Wykonawstwa”, 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 nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 2) powtórzenia czynności badania i oceny ofert, w tym:
  - a) odrzucenia oferty wykonawcy Itinet;
  - b) odrzucenia oferty wykonawcy Zakład Projektowania i Wykonawstwa;

W uzasadnieniu zarzutu dotyczącego wykonawcy ITINET odwołujący wskazał, że wyjaśnienia rażąco niskiej ceny wykonawcy Itinet zawierają następujące uchybienia, których wystąpienie musi prowadzić do odrzucenia oferty tego wykonawcy:

- 1) Wyjaśnienia mają ogólny charakter.
- 2) Brak dołączenia dowodów.
- 3) Drastyczne zaniżenie pozycji numer 5 kosztorysu ofertowego „Przewierty maszyną do wierceń poziomych”.
- 4) Brak wykazania dysponowania niezbędnym sprzętem.
- 5) Niezgodność z przepisami dotyczącymi kosztów pracy oraz z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego.

#### I.2.1. Ogólny charakter wyjaśnień

Odwołujący podniósł, że wyjaśnienia wykonawcy Itinet mają bardzo ogólny charakter. Wyjaśnienia tego wykonawcy to tak zwana w orzecznictwie KIO „beletrystka wyjaśnieniowa” składająca się z samych ogólnych stanowisk, pozbawionych jakiegokolwiek rzeczywistego znaczenia, która nie zawiera również żadnych możliwych do uchwycenia wartości ekonomicznych.

Odwołujący podniósł, że wykonawca Itinet przykładowo wskazuje, że:

1) „*Nasza firma zajmowała się utrzymaniem oświetlenia i sieci energetycznej w mieście Zielona Góra i dokonywała wielu budów oświetlenia drogowego jak i modernizacji oświetleniowych na terenach wielu Gmin w Polsce*”.

Zdaniem odwołującego nie wiadomo jednak, jak realizacja innych zleceń wpływa na koszt realizacji tego zamówienia. Większość wykonawców dysponuje doświadczeniem w realizacji podobnych prac, więc nie jest to okoliczność, która pozwala Itinet zaoferować niższą cenę. Wręcz przeciwnie, zgodnie z zasadami doświadczenia życiowego, bardziej doświadczony wykonawca oferuje wyższe ceny od wykonawcy, który dopiero zdobywa doświadczenie.

2) „*Baza logistyczna naszej firmy, znajduje się w Zielonej Górze zatem w nie dużej odległości od miejsca w jakim ma się odbyć budowa oświetlenia*”.

Zdaniem odwołującego nie wiadomo jednak jakie konkretnie oszczędności są z tym związane.

3) „*Potencjał ludzki to dwie brygady przeszkolone do pracy pod napięciem z aktualnymi uprawnieniami oraz czterech pracowników fizycznych plus operatorzy sprzętu budowlanego*”.

Odwołujący podniósł, że zasadniczo większość wykonawców dysponuje swoim personelem do realizacji zamówienia. Nie wiadomo jak posiadanie przez wykonawcę Itinet własnego personelu ma wpływać na możliwość obniżenia kosztów realizacji zamówienia.

4) „*Ze względu na długotrwałą współpracę z hurtowniami elektrycznymi i producentami sprzętu elektro-instalacyjnego, nasza firma ma wypracowane rabaty od zakupywanych materiałów, dlatego również jesteśmy konkurencyjni na płaszczyźnie zatowarowania wykonywanych inwestycji*”.

Zdaniem odwołującego nie wiadomo jakiej wysokości są te rabaty, na jakich zasadach są przyznawane, ani na jaki konkretnie materiał. Nie wiadomo więc, jakie konkretne oszczędności wykonawca Itinet wygeneruje z tego tytułu.

5) „*Z Gminą Słubice mieliśmy już przyjemność współpracować oraz realizować inwestycję na osiedlu Widok w Kunowicach. Teren jest nam znany jak i warunki geotechniczne dlatego też możemy zoptymalizować nasze działania w kierunku uzyskania dobrej ceny oraz godnego zarobku*”.

Odwołujący podniósł, że podobnie - nie wiadomo, jak realizacja innych zleceń wpływa na koszt realizacji tego zamówienia.

Zdaniem odwołującego można stwierdzić, że żaden element wyjaśnień wykonawcy Itinet nie wnosi żadnej konkretnej informacji w zakresie przyczyn, dla których wykonawca mógł zaoferować konkretną cenę.

#### I.2.2. - Brak dołączenia dowodów

Odwołujący podniósł, że do wyjaśnień rażąco niskiej ceny należy dołączyć odpowiednie dowody. Sama kalkulacja kosztów nie jest wystarczającym dowodem. Zdaniem odwołującego minimalnymi dowodami, jakie należało w niniejszym przypadku przedstawić były:

- 1) Dokumenty pochodzące od dostawców materiałów, tj. oferty, faktury lub cenniki – na okoliczność ustalenia cen materiałów niezbędnych do wykonania zamówienia.
- 2) Zanonimizowane umowy o pracę z pracownikami lub zanonimizowane listy płac – na okoliczność ustalenia wysokości wynagrodzenia, jakie wykonawca wypłaca pracownikom.
- 3) Dokumenty wykazujące posiadany sprzęt – na okoliczność ustalenia sprzętu, jakim dysponuje wykonawca.

Według odwołującego dopiero przedstawienie powyższych dowodów pozwoliłoby Zamawiającemu zweryfikować, czy wykonawca Itinet jest faktycznie w stanie wykonać zamówienie za zaoferowaną cenę.

#### I.2.3. - Drastyczne zaniżenie pozycji numer 5 kosztorysu ofertowego „Przewierty maszyną do wierceń poziomych”

Odwołujący podniósł, że zgodnie z kosztorysem inwestorskim Zamawiającego w pozycji numer 5 kosztorysu inwestorskiego „Przewierty maszyną wierceń poziomych – przecisk” cena jednostkowa w tej pozycji wynosi 264,00 zł za jeden metr, co przy uwzględnieniu wymaganej liczby metrów daje wartość 137.016,00 zł. Odwołujący wskazał, że natomiast ta sama pozycja w kosztorysie załączonym do wyjaśnień rażąco niskiej ceny wykonawcy Itinet to cena jednostkowa 70,39 zł za jeden metr, co przy uwzględnieniu wymaganej liczby metrów daje wartość 36.532,41 zł. Jest to więc aż o 73,34% mniej niż cena z kosztorysu inwestorskiego. Wykonawca Itinet w żaden sposób nie wyjaśnił skąd wzięła się aż taka rozbieżność.

Zdaniem odwołującego na przykładzie tej pozycji wyraźnie widać, że ogólność wyjaśnień oraz brak dowodów uniemożliwia Zamawiającemu merytoryczną weryfikację wyjaśnień rażąco niskiej ceny wykonawcy Itinet. Według odwołującego 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 Itinet są prawidłowe. W szczególności Zamawiający mógłby sprawdzić, czy założenia wykonawcy co do tej pozycji w kosztorysie szczegółowym są realistyczne oraz sprawdzić założenia z dowodami, np. czy faktycznie wykonawca jest w stanie zakupić materiały za taką cenę. Odwołujący argumentował, że wyjaśnienia w formie przedstawionej przez wykonawcę Itinet nie nadają się do żadnej weryfikacji. Kosztorys ma charakter uproszczony, czyli wykonawca Itinet przekazał wyłącznie informację, że ta pozycja ma wartość 36.532,41 zł. Nie wiadomo jednak, jak ta wartość została ustalona, w tym chociażby jakie materiały wykonawca planuje użyć, jaki sprzęt zaangażować i ile czasu pracy to zajmie. Dołączenie w podsumowaniu ogólnego zestawienia robocizny, materiałów oraz sprzętu nie pomaga, ponieważ jest ono ogólne dla całego kosztorysu, a nie wiadomo, jak przekłada się to na konkretne pozycje. Tym samym, zdaniem odwołującego, pozycja numer 5 kosztorysu „Przewierty maszyną wierceń poziomych – przecisk” została drastycznie zaniżona, a ponadto uwydatnia, że wyjaśnienia rażąco niskiej ceny wykonawcy Itinet nie umożliwiają merytorycznej weryfikacji.

#### I.2.4. - Brak wykazania dysponowania niezbędnym sprzętem

Odwołujący podkreślił, że wykonawca Itinet do wyjaśnień rażąco niskiej ceny dołączył kosztorys, który na stronie numer 6 (numeracja wg kosztorysu) zawiera wykaz sprzętu, jaki jest niezbędny do wykonania zamówienia. Wykaz ten obejmuje łącznie 15 pozycji.

Odwołujący zwrócił uwagę, że jednocześnie w części opisowej wyjaśnień wykonawca Itinet wskazał sprzęt, jakim dysponuje. Abstrahując już od faktu, że samo wskazanie sprzętu jakim się dysponuje bez załączenia stosownego dowodu jest niewystarczające (na co Odwołujący zwracał już uwagę w rozdziale I.2.2. numery boczne od 18 do 19 niniejszego odwołania), odwołujący podkreślał, że sprzęt, jaki wykonawca Itinet wskazuje, że dysponuje, jest niewystarczający do wykonania zamówienia. Zdaniem odwołującego różnice prezentuje poniższa tabela:

<b>Sprzęt wg kosztorysu</b>	<b>Sprzęt wg części opisowej</b>
ciągnik kołowy 55-63 kW (75-85 KM)	BRAK
koparko-spycharka na podwoziu ciągnika kołowego 0.15 m <sup>3</sup>	dwie koparki
maszyna do wierceń poziomych WP 15/25	urządzenia do układania kabli bez wykopowo („kret”)
pryczepa dłużykowa 10 t	dłużyce do przewożenia słupów
pryczepa do przewożenia kabli do 4 t	przyczepę do przewożenia kabli
samochód dostawczy do 0.9 t	dwa samochody transportowe (1)
samochód dostawczy do 0.9 t	dwa samochody transportowe (2)
samochód samowładowczy do 5 t	samochód wywrotka z HDS
samochód skrzyniowy do 5 t	BRAK
samochód wieżowy z balkonem	podnośnik balkonowy o wysięgu 12 metrów
spawarka elektryczna transformatorowa do 500 A	BRAK
spawarka elektryczna wirująca 500 A	BRAK
środek transportowy	dwa wozy techniczne do usuwania awarii kablowych; ziemnych i napowietrznych
środek transportowy	BRAK

wyciąg do urobku ziemi z napędem elektrycznym 0.18 t	BRAK
--	------

Odwołujący podniósł, że wykonawca Itinet nie dysponuje w całości sprzętem niezbędnym do wykonania zamówienia. Tym samym albo będzie musiał zakupić (wziąć w leasing) brakujący sprzęt, albo wynająć go od innego podmiotu. W każdym z przypadków powstaną po stronie wykonawcy Itinet dodatkowe koszty, które nie zostały w żaden sposób uwzględnione ani opisane w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny.

#### 1.2.5. - Niezgodność z przepisami dotyczącymi kosztów pracy oraz z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego

Odwołujący podniósł, że Zamawiający w treści wezwania wskazał wykonawcy Itinet, że wyjaśnienia powinny dotyczyć co najmniej:

- zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2020 r. poz. 2207) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie;
- zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie.

Zdaniem odwołującego wykonawca Itinet ustosunkował się do powyższego w następującym zakresie: „*Stawka roboczogodziny jaką przyjęliśmy to 27,50 zł netto co daje kwotę brutto 33,82 zł zatem przewyższamy kwotę obecnie ustawowo ustaloną poziomie 27,70 zł*”.

Odwołujący podniósł, że w tym jednym zdaniu znajduje się szereg niezgodności, które jednoznacznie wskazują, że cena zaoferowana przez wykonawcę Itinet jest niezgodna z przepisami dotyczącymi kosztów pracy oraz z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego.

##### 1.2.5.1. - Kwestia podatku od towarów i usług a wynagrodzenie pracowników

Odwołujący podniósł, że wykonawca wskazał, że przyjął stawkę roboczogodziny 27,50 zł netto, czyli 33,82 zł brutto. Wartość 33,82 zł brutto powstała po dodaniu stawki 23%. Zdaniem odwołującego jednoznacznie pokazuje to, że wykonawca nie ma wiedzy na temat kosztów pracy. Według odwołującego nie można bowiem mylić określeń „netto” i „brutto” w kontekście faktury VAT (czyli „netto” jako wartość bez podatku od towarów i usług, a „brutto” jako wartość z uwzględnieniem podatku od towarów i usług), z określeniami „netto” i „brutto” w kontekście wynagrodzenia pracowników (czyli „netto” jako wynagrodzenie, jakie pracownik otrzymuje na rękę, a „brutto” jako kwota wpisana w umowie o pracę”). Są to dwa zupełnie różne konteksty. Tymczasem wykonawca Itinet utożsamia je ze sobą. Zdaniem odwołującego takie utożsamienie miałyby sens w przypadku współpracy na podstawie tzw. umowy B2B, w której jeden przedsiębiorca świadczy na rzecz drugiego usługi i wystawia z tego tytułu fakturę VAT na określoną kwotę netto plus wartość podatku od towarów i usług.

W takim przypadku faktycznie można utożsamiać ze sobą te konteksty. Podmiot, na rzecz którego są świadczone usługi płaci bowiem swojemu usługodawcy kwotę powiększoną o wartość podatku od towarów i usług, ale jednocześnie zapłacona wartość podatku od towarów i usług pomniejsza mu wartość podatku do zapłaty na rzecz urzędu skarbowego (odjęcie podatku naliczonego od podatku należnego). Natomiast nie ma ku temu podstaw w przypadku osób zatrudnionych na podstawie umowy o pracę. Wynagrodzenie pracowników jest bowiem kosztem nieobjętym podatkiem od towarów i usług. W konsekwencji nie można więc w żaden sposób pomniejszyć kwoty podatku od towarów i usług do zapłaty na rzecz urzędu skarbowego o koszty wynagrodzeń.

Odwołujący argumentował, że z tego powodu kalkulując koszty wynagrodzeń należy przyjąć całkowity koszt pracodawcy jako kwotę „netto” na fakturze i dopiero na koniec doliczyć podatek od towarów i usług. Przykładowo, jeżeli całkowity koszt pracodawcy związany z zatrudnieniem pracowników wynosiłby 100.000 zł, to wykonawca powinien przyjąć wartości: 100.000 zł netto; 23.000 zł wartość podatku od towarów i usług; 123.000 zł brutto (a nie 81.300 zł netto; 18.700 zł wartość podatku od towarów i usług; 100.000 zł brutto). Zdaniem odwołującego z tych powodów wykonawca Itinet nie miał prawa w celu tłumaczenia zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy oraz z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego dodać do stawki roboczogodziny 27,50 zł wartość podatku od towarów i usług, żeby otrzymać wartość 33,82 zł. Punktem wyjścia jest wartość 27,50 zł, natomiast wartość podatku od towarów i usług nie ma znaczenia, gdyż ten podatek wykonawca musi odprowadzić do urzędu skarbowego (nie obniży się on w żaden sposób z powodu wypłaty wynagrodzenia pracownikom).

##### 1.2.5.2. - Kwestia minimalnej stawki godzinowej

Odwołujący podniósł, że wykonawca Itinet podał również, że jego zdaniem stawka jest wyższa od obecnie „ustawowo” ustalonej stawki 27,70 zł. Ponownie świadczy to o braku znajomości przez tego wykonawcę przepisów dotyczących kosztów pracy oraz przepisów z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego. Odwołujący wskazał, że 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”]:

„§ 1. Od dnia 1 stycznia 2024 r. ustala się minimalne wynagrodzenie za pracę w wysokości 4242 zł.

§ 2. Od dnia 1 stycznia 2024 r. ustala się minimalną stawkę godzinową w wysokości 27,70 zł.

§ 3. Od dnia 1 lipca 2024 r. ustala się minimalne wynagrodzenie za pracę w wysokości 4300 zł.

§ 4. Od dnia 1 lipca 2024 r. ustala się minimalną stawkę godzinową w wysokości 28,10 zł”.

Odwołujący wskazał, że stawka 27,70 zł jest „minimalną stawką godzinową”. Argumentował, że kwestia minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz minimalnej stawki godzinowej regulowana jest przez ustawę 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 dla tzw. umów cywilnoprawnych (umów zlecenie i umów o świadczenie usług). Odwołujący wskazał, że ustawa o minimalnym wynagrodzeniu za pracę operuje dwoma pojęciami: „minimalna stawka godzinowa” oraz „minimalne wynagrodzenie za pracę”. Zgodnie z art. 8a ust. 1 ustawy o minimalnym wynagrodzeniu za pracę: „*W przypadku umów, o których mowa w art. 734 i art. 750 Kodeksu cywilnego, wykonywanych przez przyjmującego zlecenie lub świadczącego usługi, wysokość wynagrodzenia powinna być ustalona w umowie w taki sposób, aby wysokość wynagrodzenia za każdą godzinę wykonania zlecenia lub świadczenia usług nie była niższa niż wysokość minimalnej stawki godzinowej ustalonej zgodnie z art. 2 ust. 3a, 3b i 5*”. Zgodnie natomiast z art. 6 ust. 1 ustawy o minimalnym wynagrodzeniu za pracę: „*Wysokość wynagrodzenia pracownika zatrudnionego w pełnym miesięcznym wymiarze czasu pracy nie może być niższa od wysokości minimalnego wynagrodzenia ustalonego w trybie art. 2 i art. 4*”.

Odwołujący podniósł, że tym samym pojęcie minimalnej stawki godzinowej dotyczy wyłącznie umów, o których mowa w art. 734 i art. 750 Kodeksu cywilnego (czyli umów zlecenia i umów o świadczenie usług), a pojęcie minimalnego wynagrodzenia dotyczy wyłącznie umowy o pracę. Odwołujący wskazał, że zgodnie z § 11 ust. 1 wzoru umowy (stanowiącego załącznik numer 4 do SWZ): „*Zamawiający wymaga zatrudnienia przez Wykonawcę lub Podwykonawcę na podstawie umowy o pracę osób wykonujących czynności w zakresie: pracowników wykonujących roboty ziemne, elektryczne*”. Zdaniem odwołującego oznacza to, że wykonawca musi zatrudnić pracowników na podstawie umowy o pracę (dla której właściwe jest minimalne wynagrodzenie za pracę). Nie może natomiast zatrudnić pracowników na podstawie umowy zlecenia bądź umowy o świadczenie usług (dla których właściwa jest minimalna stawka godzinowa). Z tego powodu odnoszenie się przez wykonawcę Itinet do minimalnej stawki godzinowej jest zupełnie nieadekwatne.

#### 1.2.5.3. - Właściwa wysokość stawki roboczogodziny

Odwołujący podniósł, że żeby ustalić prawidłową wysokość stawki roboczogodziny należy dokonać następujące obliczenia.

Zgodnie z rozporządzeniem w sprawie minimalnego wynagrodzenia 2024 minimalne wynagrodzenie za pracę wynosi 4.242 zł (Odwołujący dla ułatwienia obliczeń pomijał już okoliczność, że od 1 lipca 2024 r. minimalne wynagrodzenie za pracę ulegnie zwiększeniu).

Oznacza to, że wykonawca jest zobowiązany wziąć pod uwagę wszystkie koszty pracodawcy wynikające z zatrudnienia pracownika. Argumentował, że kwota wynagrodzenia brutto to jednak nie jedyne koszty, jakie należy ponieść zatrudniając pracownika. Poza tym należy wziąć pod uwagę również pozostałe składki i koszty, jakie musi ponieść pracodawca.

Zdaniem odwołującego w aktualnym stanie prawnym, poza kwotą wynagrodzenia brutto, pracodawca ponosi dodatkowo następujące koszty:

1) Koszty wynikające z ustawy z dnia 13 października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych (tekst jednolity Dz. U. z 2021 r. poz. 423, z późn. zm.):

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 (tekst jednolity Dz. U. z 2021 r. poz. 1100):

a) składka na Fundusz Pracy wynosi 2,0% podstawy wymiaru składek na ubezpieczenia emerytalne i rentowe, natomiast składka na Fundusz Solidarnościowy to 0,45% 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 (tekst jednolity Dz. U. z 2020 r., poz. 7):

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).

Odwołujący wskazał, że łączny dodatkowy koszt zatrudnienia pracownika (poza kwotą wynagrodzenia brutto) wynosi więc 20,48% wysokości wynagrodzenia. Odwołujący podniósł, że oznacza to, że kalkulując koszty związane z realizacją zamówienia nie można brać pod uwagę wyłącznie kwoty wynagrodzenia brutto (kwoty widniejącej w umowie o pracę), lecz trzeba wziąć pod uwagę całkowity koszt związany z zatrudnieniem pracownika (nazywany czasem potocznie „duże brutto” lub „brutto brutto”). Łączny koszt dla osoby zatrudnionej na podstawie minimalnego wynagrodzenia za pracę wynosi 5.110,76 zł. Następnie należy tę kwotę [5.110,76 zł] podzielić przez liczbę godzin roboczych w miesiącu [168]. Otrzymujemy wartość 30,42 zł. Zdaniem odwołującego taka kwota powinna zostać wskazana jako stawka roboczogodziny, jeżeli wykonawca zatrudnia pracownika za minimalne wynagrodzenie za pracę oraz bierze pod uwagę przepisy dotyczące kosztów pracy oraz przepisy z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego. Tymczasem wykonawca Itinet przyjął stawkę roboczogodziny zaledwie 27,50 zł, czyli 2,92 zł mniej niż wymagane minimum. Tym samym cena jest niezgodna z przepisami dotyczącymi kosztów pracy oraz przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego.

#### 1.2.6. - Brak możliwości wezwania do ponownych wyjaśnień

Odwołujący podniósł, że nie ma możliwości kolejnego wezwania wykonawcy Itinet do złożenia kolejnych wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny oraz przedstawienia dowodów. Zdaniem odwołującego 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.

## II. ZARZUT DOTYCZĄCY WYKONAWCY ZAKŁAD PROJEKTOWANIA I WYKONAWSTWA

### II.2.1. - Ogólny charakter wyjaśnień

Odwołujący w pierwszej kolejności zwrócił uwagę, że wyjaśnienia wykonawcy Zakład Projektowania i Wykonawstwa mają bardzo ogólny charakter. Wyjaśnienia tego wykonawcy to tak zwana w orzecznictwie KIO „beletrystyka wyjaśnieniowa” składająca się z samych ogólnych stanowisk, pozbawionych jakiegokolwiek rzeczywistego znaczenia, która nie zawiera również żadnych możliwych do uchwycenia wartości ekonomicznych. Odwołujący podniósł, że wykonawca Zakład Projektowania i Wykonawstwa przykładowo wskazuje, że:

1) „*Korzystaniu z atrakcyjnych rabatów na zakup materiałów. Firma działa w znaczącej skali w wykonawstwie linii elektroenergetycznych i oświetleń drogowych współpracuje bezpośrednio z producentami tj. MABO Szczecin, Schreder Polska, ROSA i inni, posiada atrakcyjne rabaty i upusty cenowe na zakup słupów i opraw oświetleniowych. Powyższe skutkuje możliwością zaoferowania konkurencyjnych cen za wykonanie zamówienia*”.

Zdaniem odwołującego nie wiadomo jakiej wysokości są te rabaty, na jakich zasadach są przyznawane. Nie wiadomo więc, jakie konkretne oszczędności zostaną wygenerowane z tego tytułu.

2) „*Posiadam w chwili składania oferty około 30% zmagazynowanych zapasów materiałowych to jest: kable, przewody, złącza skipowe IZK, rury osłonowe, pręty uziomowe, bednarkę ocynkowaną dla przedmiotowego wykonawstwa*”.

Zdaniem odwołującego nie wiadomo jak zmagazynowane materiały wpływają na koszt realizacji zamówienia. Po jakiej cenie zostały kupione i w jakim są stanie.

3) „*Firma zatrudnia pracowników o dużym doświadczeniu i umiejętnościach i dzięki bardzo dobrej organizacji pracy koszt robocizny znacząco jest obniżony*”.

Odwołujący podniósł, że zasadniczo większość wykonawców dysponuje swoim personelem do realizacji zamówienia. Nie wiadomo, jak posiadanie przez tego wykonawcę własnego personelu ma wpływać na możliwość obniżenia kosztów realizacji zamówienia

4) „*Posiada własny sprzęt i urządzenia do realizacji przedmiotu zamówienia, co skutkuje niższymi kosztami oraz brakiem konieczności ponoszenia dodatkowych kosztów związanych z wynajmem sprzętu*”.

Zdaniem odwołującego podobnie, nie wiadomo jak posiadanie własnego sprzętu wpływa konkretnie na koszt realizacji tego zamówienia. Zasadniczo większość wykonawców dysponuje własnym sprzętem. Nie jest to więc okoliczność szczególna dla tego wykonawcy. Według odwołującego można stwierdzić, że żaden element wyjaśnień wykonawcy Zakład Projektowania i Wykonawstwa nie wnosi żadnej konkretnej informacji w zakresie przyczyn, dla których wykonawca mógł zaoferować konkretną cenę.

### II.2.2. - Brak dołączenia dowodów

Zdaniem odwołującego, do wyjaśnień rażąco niskiej ceny należy dołączyć odpowiednie dowody. Sama kalkulacja

kosztów nie jest wystarczającym dowodem. Według odwołującego minimalnymi dowodami, jakie należało w niniejszym przypadku przedstawić były:

- 1) Dokumenty pochodzące od dostawców materiałów, tj. oferty, faktury lub cenniki – na okoliczność ustalenia cen materiałów niezbędnych do wykonania zamówienia.
- 2) Zanonimizowane umowy o pracę z pracownikami lub zanonimizowane listy płac – na okoliczność ustalenia wysokości wynagrodzenia, jakie wykonawca wypłaca pracownikom.
- 3) Dokumenty wykazujące posiadany sprzęt – na okoliczność ustalenia sprzętu, jakim dysponuje wykonawca.

Według odwołującego dopiero przedstawienie powyższych dowodów pozwoliłoby Zamawiającemu zweryfikować, czy wykonawca Zakład Projektowania i Wykonawstwa jest faktycznie w stanie wykonać zamówienie za zaoferowaną cenę.

#### II.2.3. - Drastyczne zniżenie pozycji numer 5 kosztorysu ofertowego „Przewierty maszyną do wierceń poziomych”

Odwołujący podkreślał, że zgodnie z kosztorysem inwestorskim Zamawiającego w pozycji numer 5 kosztorysu inwestorskiego „Przewierty maszyną wierceń poziomych – przecisk” cena jednostkowa w tej pozycji wynosi 264,00 zł za jeden metr, co przy uwzględnieniu wymaganej liczby metrów daje wartość 137.016,00 zł. Natomiast ta sama pozycja w kosztorysie załączonym do wyjaśnień rażąco niskiej ceny wykonawcy Zakład Projektowania i Wykonawstwa to cena jednostkowa 41,78 zł za jeden metr, co przy uwzględnieniu wymaganej liczby metrów daje wartość 21.686,56 zł. Jest to więc aż o 84,17% mniej niż cena z kosztorysu inwestorskiego. Wykonawca Zakład Projektowania i Wykonawstwa w żaden sposób nie wyjaśnił skąd wzięła się aż taka rozbieżność.

Odwołujący argumentował, że ponadto, na przykładzie tej pozycji wyraźnie widać, że ogólność wyjaśnień oraz brak dowodów uniemożliwia Zamawiającemu merytoryczną weryfikację wyjaśnień rażąco niskiej ceny wykonawcy Zakład Projektowania i Wykonawstwa. 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 Zakład Projektowania i Wykonawstwa są prawidłowe. W szczególności Zamawiający mógłby sprawdzić, czy założenia wykonawcy co do tej pozycji w kosztorysie szczegółowym są realistyczne oraz sprawdzić założenia z dowodami, np. czy faktycznie wykonawca jest w stanie zakupić materiały za taką cenę.

Zdaniem odwołującego wyjaśnienia w formie przedstawionej przez wykonawcę Zakład Projektowania i Wykonawstwa nie nadają się do żadnej weryfikacji. Kosztorys ma charakter uproszczony, czyli wykonawca Zakład Projektowania i Wykonawstwa przekazał wyłącznie informację, że ta pozycja ma wartość 21.686,56 zł. Nie wiadomo jednak, jak ta wartość została ustalona, w tym chociażby jakie materiały wykonawca planuje użyć, jaki sprzęt zaangażować i ile czasu pracy to zajmie. Dołączenie w podsumowaniu ogólnego zestawienia robocizny, materiałów oraz sprzętu nie pomaga, ponieważ jest ono ogólne dla całego kosztorysu, a nie wiadomo, jak przekłada się to na konkretne pozycje. Tym samym pozycja numer 5 kosztorysu „Przewierty maszyną wierceń poziomych – przecisk” została drastycznie zniżona, a ponadto uwydatnia, że wyjaśnienia rażąco niskiej ceny wykonawcy Zakład Projektowania i Wykonawstwa nie umożliwiają merytorycznej weryfikacji.

#### II.2.4. - Niezgodność z przepisami dotyczącymi kosztów pracy oraz z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego

Odwołujący podniósł, że Zamawiający w treści wezwania wskazał wykonawcy Zakład Projektowania i Wykonawstwa, że wyjaśnienia powinny dotyczyć co najmniej:

- zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2020 r. poz. 2207) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie;
- zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie.

Odwołujący podniósł, że tymczasem wykonawca Zakład Projektowania i Wykonawstwa ustosunkował się do powyższego w następującym zakresie:

*„Cena oferty w kwocie 297600,00 zł brutto stanowi bilans sprzyjających i dostępnych Firmie warunków cenotwórczych wykonania niniejszego zamówienia polegających na (...) koszty pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny, są zgodne z przepisami ustawy z dnia 10 października 2002r o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz.U. z 15.09.2022r), również jest zgodność z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego obowiązujące w miejscu realizowanego zamówienia”. Z kolei w kosztorysie załączonym do wyjaśnień wykonawca Zakład Projektowania i Wykonawstwa wskazał stawkę roboczogodzinny jako 30,00 zł.*

Odwołujący podniósł, że minimalne wynagrodzenie za pracę wynosi 4.242 zł (Odwołujący dla ułatwienia obliczeń pomija już okoliczność, że od 1 lipca 2024 r. minimalne wynagrodzenie za pracę ulegnie zwiększeniu). Kwota wynagrodzenia

brutto to jednak nie jedyne koszty, jakie należy ponieść zatrudniając pracownika. Zdaniem odwołującego poza tym należy wziąć pod uwagę również pozostałe składki i koszty, jakie musi ponieść pracodawca, które zostały wskazane w rozdziale I.2.5.3., odwołania. Łączny dodatkowy koszt zatrudnienia pracownika (poza kwotą wynagrodzenia brutto) wynosi więc 20,48% wysokości wynagrodzenia.

Zdaniem odwołującego oznacza to, że kalkulując koszty związane z realizacją zamówienia nie można brać pod uwagę wyłącznie kwoty wynagrodzenia brutto (kwoty widniejącej w umowie o pracę), lecz trzeba wziąć pod uwagę całkowity koszt związany z zatrudnieniem pracownika. Łączny koszt dla osoby zatrudnionej na podstawie minimalnego wynagrodzenia za pracę wynosi 5.110,76 zł. Następnie należy tę kwotę [5.110,76 zł] podzielić przez liczbę godzin roboczych w miesiącu [168]. Otrzymujemy wartość 30,42 zł. Według odwołującego taka kwota powinna zostać wskazana jako stawka roboczogodziny, jeżeli wykonawca zatrudnia pracownika za minimalne wynagrodzenie za pracę oraz bierze pod uwagę przepisy dotyczące kosztów pracy oraz przepisy z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego. Tymczasem wykonawca Zakład Projektowania i Wykonawstwa przyjął stawkę roboczogodziny zaledwie 30,00 zł, czyli mniej niż wymagane minimum. Tym samym cena jest niezgodna z przepisami dotyczącymi kosztów pracy oraz przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego

#### II.2.4 - Brak możliwości wezwania do ponownych wyjaśnień

Odwołujący podniósł, że nie ma możliwości kolejnego wezwania wykonawcy Zakład Projektowania i Wykonawstwa do złożenia kolejnych wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny oraz przedstawienia dowodów. Argumentował, że 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.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania. W odpowiedzi przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca R.W. prowadzący w Zielonej Górze działalność gospodarczą pod firmą I.R.. Złożył pismo procesowe, w którym wniósł o oddalenie odwołania. W piśmie i w trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

**Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia specyfikacji warunków zamówienia (SWZ), odpowiedzi na pytania dotyczące treści SWZ, modyfikacje SWZ, oferty wykonawców złożone w postępowaniu, wezwania zamawiającego kierowane do wykonawców w toku postępowania, odpowiedzi wykonawców na ww. wezwania, zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dokumenty złożone przez strony i uczestnika postępowania w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:**

Art. 16 ustawy Pzp stanowi, że *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 ustawy Pzp stanowi:

1. *Jeżeli zaoferowana 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.

3. Wyjaśnienia, o których mowa w ust. 1, mogą dotyczyć w szczególności:

- 1) zarządzania procesem produkcji, świadczonych usług lub metody budowy;
- 2) wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków dostaw, usług albo 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 (Dz. U. z 2020 r. poz. 2207) 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;
- 6) 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.

4. W przypadku zamówień na roboty budowlane lub usługi, zamawiający jest obowiązany żądać wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, co najmniej w zakresie określonym w ust. 3 pkt 4 i 6.

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.

Art. 226 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli:

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

Ustalono, że przedmiotem zamówienia jest budowa oświetlenia drogowego na Osiedlu Krasińskiego w Słubicach.

Kolejno ustalono, że termin składania ofert upłynął w dniu 7 marca 2024 r. Do upływu terminu składania ofert do zamawiającego wpłynęły następujące oferty:

Nr oferty	Wykonawca	Łączna cena oferty brutto
1	Zakład Projektowania i Wykonawstwa Instalacji Elektrycznych ul. Lipowa 9, 66-400 Gorzów Wlkp.	297 660,00 PLN
2	LIGHT ON Sp. z o.o. ul. Zygmunta Krasińskiego 18/97, 01-581 Warszawa	364 500,00 PLN
3	I.R. ul. Anny Jagiellonki 6B/1, 65-155 Zielona Góra	254 999,99 PLN
4	VECTRA GROUP Cezary Zakrzewski ul. Partyzantów 2a, 05-155 Leoncin	863 393,11 PLN
5	Firma Rak Henryk Rak ul. Szkolna 8, 64-212 Siedlec	382 619,43 PLN
6	AMS-BUD Michał Sobierajski ul. Zamkowa 5A/10A, 65-086 Zielona Góra	487 000,00 PLN

(por. informacja z otwarcia ofert, w aktach postępowania, w dokumentacji przekazanej przez zamawiającego na nośniku elektronicznym).

Ustalono także, że zamawiający na sfinansowanie zamówienia przewidział kwotę 440.000 zł brutto.

(por. informacja o kwocie, w aktach postępowania, w dokumentacji przekazanej przez zamawiającego na nośniku elektronicznym).

Wartość szacunkowa zamówienia została ustalona przez zamawiającego na kwotę 429.191,03 zł (co po powiększeniu o kwotę należnego podatku od towarów i usług daje kwotę 527.904,97 zł brutto). Wartość szacunkowa zamówienia została ustalona w dniu 6 lutego 2024 r. na podstawie kosztorysu inwestorskiego z dnia 21 listopada 2023 r. opiewającego na te same kwoty.

(por. pkt 3 protokołu postępowania i kosztorys inwestorski, w dokumentacji przekazanej przez zamawiającego na nośniku elektronicznym).

Kolejno ustalono, że 8 marca 2024 r. zamawiający, działając na podstawie art. 224 ust. 2 pkt 1 Pzp wezwał przystępującego – wykonawcę Itinet do udzielenia wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny oferty. W wezwaniu zamawiający wskazał, co następuje.

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.

Informuję, że wartość średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert wynosi 441 695,43 zł brutto. Oferta Państwa została złożona na kwotę 254 999,99 zł brutto. W związku z tym oferta jest niższa o co najmniej 30% od powyższej średniej cen.

Biorąc pod uwagę powyższe proszę o złożenie wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny w terminie do 12 marca 2024 r.

Jednocześnie przypominam, że zgodnie z art. 224 ust. 4 Pzp, wyjaśnienia powinny dotyczyć co najmniej:

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

października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2020 r. poz.

2207) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie;

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

(por. ww. wezwanie zamawiającego, na nośniku elektronicznym przekazanym przez zamawiającego).

Kolejno ustalono, że w odpowiedzi na ww. wezwanie zamawiającego przystępujący - wykonawca Itinet złożył wyjaśnienia z dnia 12 marca 2024 r. W wyjaśnieniach swych przystępujący – wykonawca Itinet wskazał, co następuje:

Oszczędności jakie pozwoliły nam zaproponować cenę złożoną w ww przetargu wynikają z posiadanych zasobów sprzętowych, potencjału pracowniczego jak i doświadczenia w budowie i modernizacjach oświetleniowych. Nasza firma zajmowała się utrzymaniem oświetlenia i sieci energetycznej w mieście Zielona Góra i dokonywała wielu budów oświetlenia drogowego jak i modernizacji oświetleniowych na terenach wielu Gmin w Polsce. Baza logistyczna naszej firmy, znajduje się w Zielonej Górze zatem w nie dużej odległości od miejsca w jakim ma się odbyć budowa oświetlenia (około 1,20 h drogi). Posiadane przez naszą firmę sprzęty to: podnośnik balkonowy o wysokości 12 metrów, dwa wozy techniczne do usuwania awarii kablowych; ziemnych i napowietrznych, dwa samochody transportowe, samochód wywrotka z HDS, dłużyce do przewożenia słupów, przyczepę do przewożenia kabli oraz urządzenia do układania kabli bez wykopowo („kret”) oraz dwie koparki. Potencjał ludzki to dwie brygady przeszkolone do pracy pod napięciem z aktualnymi uprawnieniami oraz czterech pracowników fizycznych plus operatorzy sprzętu budowlanego. Zatrudniony w naszej firmie na stałe jest również kierownik budowy, który zgodnie z wymaganiami SWZ jest wymagany. Wyżej wymienione czynniki pozwalają nam na obniżenie kosztów sprzętu ze względu na fakt, iż nie musimy go wynajmować od firm zewnętrznych.

Na całościową kwotę jaką zaproponowaliśmy w przetargu na wykonanie tego zadania również składają się materiały. Ze względu na długotrwałą współpracę z hurtowniami elektrycznymi i producentami sprzętu elektroinstalacyjnego, nasza firma ma wypracowane rabaty od zakupywanych materiałów, dlatego również jesteśmy konkurencyjni na płaszczyźnie zatowarowania wykonywanych inwestycji. Do niniejszej odpowiedzi załączam kosztorys ofertowy w wersji szczegółowej, który ukazuje ceny materiałów jakie zastosowaliśmy do wykonania niniejszego zadania. Kosztorys ofertowy szczegółowy udostępniony przez wykonawcę, jest tajemnicą firmy I.R. i został udostępniony wyłącznie urzędnikom Gminy Słubice do wyjaśnienia wysokości zaoferowanej ceny postępowania przetargowego nr: ZP.271.7.2024.PG

Kosztorys jaki załączamy do niniejszej odpowiedzi, został wykonany na podstawie dokumentacji przetargowej jak i pytań i odpowiedzi udostępnionych w postępowaniu przetargowym. Kalkulacje wykonaliśmy zgodnie ze sztuką kosztorysowania i na podstawie aktualnie obowiązujących stawek za roboczo godzinę. Stawka roboczogodziny jaką przyjęliśmy to 27,50 zł netto co daje kwotę brutto 33,82 zł zatem przewyższamy kwotę obecnie ustawowo ustaloną na poziomie 27,70 zł. Wyliczenie również ukazuje że, przyjęta stawka za r-g jest ustawowo zgodna. Z niniejszego kosztorysu wynika jakie parametry zostały przyjęte oraz jaki zysk z tych inwestycji firma I.R. odnotuje. (...)

Z Gminą Słubice mieliśmy już przyjemność współpracować oraz realizować inwestycję na osiedlu Widok w Kunowicach. Teren jest nam znany jak i warunki geotechniczne dlatego też możemy zoptymalizować nasze działania w kierunku uzyskania dobrej ceny oraz godnego zarobku.

Do wyjaśnień wykonawca Itinet załączył kosztorys ofertowy.

(por. ww. wyjaśnienia przystępującego Itinet, na nośniku elektronicznym przekazanym przez zamawiającego).

Kolejno ustalono, że 8 marca 2024 r. zamawiający, działając na podstawie art. 224 ust. 2 pkt 1 Pzp wezwał Zakład Projektowania i Wykonawstwa Instalacji Elektrycznych do udzielenia wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny oferty. W wezwaniu zamawiający wskazał, co następuje.

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.

Informuję, że wartość średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert wynosi 441 695,43 zł brutto. Oferta Państwa została złożona na kwotę 297 660,00 zł brutto. W związku z tym oferta jest niższa o co najmniej 30% od powyższej średniej cen.

(...)

Jednocześnie przypominam, że zgodnie z art. 224 ust. 4 Pzp, wyjaśnienia powinny dotyczyć co najmniej:

- zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2020 r. poz. 2207) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie;
- zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie.

(por. ww. wezwanie zamawiającego, na nośniku elektronicznym przekazanym przez zamawiającego).

Kolejno ustalono, że w odpowiedzi na ww. wezwanie zamawiającego Zakład Projektowania i Wykonawstwa Instalacji Elektrycznych złożył wyjaśnienia z dnia 10 marca 2024 r. W wyjaśnieniach swych wykonawca Zakład Projektowania i Wykonawstwa Instalacji Elektrycznych wskazał, co następuje:

Cena oferty w kwocie 297600,00 zł brutto stanowi bilans sprzyjających i dostępnych Firmie warunków cenotwórczych wykonania niniejszego zamówienia polegających na:

- 1/ posiada własny sprzęt i urządzenia do realizacji przedmiotu zamówienia, co skutkuje niższymi kosztami oraz brakiem konieczności ponoszenia dodatkowych kosztów związanych z wynajmem sprzętu, 2/ korzystaniu z atrakcyjnych rabatów na zakup materiałów. Firma działa w znaczącej skali w wykonawstwie linii elektroenergetycznych i oświetleń drogowych współpracuje bezpośrednio z producentami /tj. MABO Szczecin, Schreder Polska, ROSA i inni/, posiada atrakcyjne rabaty i upusty cenowe na zakup słupów i opraw oświetleniowych. Powyższe skutkuje możliwością zaoferowania konkurencyjnych cen za wykonanie zamówienia,
- 3/ posiadam w chwili składania oferty około 30% zmagazynowanych zapasów materiałowych to jest: kable, przewody, złącza słupowe IZK, rury osłonowe, pręty uziomowe, bednarkę ocynkowaną dla przedmiotowego wykonawstwa,
- 4/ wykonawca wykonuje we własnym zakresie szafki przyłączeniowe Inie zleca firmom specjalistycznym/ co znacznie obniża koszt zamówienia,
- 5/ finna zatrudnia pracowników o dużym doświadczeniu i umiejętnościach i dzięki bardzo dobrej organizacji pracy koszt robocizny znacząco jest obniżany,
- 6/ koszty pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny, są zgodne z przepisami ustawy z dnia 10 października 2002r o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz.U. z 15.09.2022r), również jest zgodność z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego obowiązujące w miejscu realizowanego zamówienia.
- 7/ właściciel firmy wykonuje obowiązki kierownika budowy i jednocześnie łączy z obowiązkami brygadzysty co skutkuje bardzo wysoką jakością robót.

Mając na uwadze powyższe "jaśnienia oraz zaprezentowane argumenty uważam, że brak jest podstaw do uznania, że oferta złożona w niniejszym postępowaniu zawiera rażąco niską cenę. Przedmiot zamówienia został wyceniony zgodnie ze SWZ i załącznikami do niej i potwierdzam, że zaproponowana w ofercie cena jest realna i wynika z załączonego kosztorysu ofertowego.

Do wyjaśnień wykonawca Zakład Projektowania i Wykonawstwa Instalacji załączył kosztorys ofertowy.

(por. ww. wyjaśnienia wykonawcy Zakład Projektowania i Wykonawstwa Instalacji Elektrycznych, na nośniku elektronicznym przekazanym przez zamawiającego).

Następnie ustalono, że pismem z dnia 14 marca 2024 r., zamawiający zawiadomił odwołującego o wyborze oferty przystępującego – wykonawcy Itinet jako najkorzystniejszej. Oferta wykonawcy Zakład Projektowania i Wykonawstwa Instalacji Elektrycznych została sklasyfikowana na miejscu drugim, a oferta odwołującego – na miejscu trzecim.

(por. zawiadomienie zamawiającego, w aktach sprawy, na nośniku elektronicznym przekazanym przez zamawiającego).

#### **Odwwołanie zasługiwało na uwzględnienie.**

Jak wskazuje się w orzecznictwie Izby, wyjaśnienia składane w reakcji na wezwanie zamawiającego kierowane w trybie art. 224 Pzp powinny stanowić podstawę oceny przez zamawiającego, czy zaoferowano mu cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia, czy też nie. Jak wynika z treści art. 224 ust. 5 ustawy Pzp *obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy*. Polski ustawodawca przesądził w przywołanym przepisie, że wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień w trybie art. 224 ustawy Pzp, ma obowiązek udowodnić zamawiającemu, że jego oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej. Z przepisu tego wynika zatem domniemanie,

że wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień zaoferował cenę rażąco niską. Wyjaśnienia i dowody na ich poparcie, składane przez wykonawcę w odpowiedzi na wezwanie, muszą zaś obalić owo domniemanie. Nie ulega również wątpliwości, że udowodnienie realności ceny powinno nastąpić w toku postępowania o udzielenie zamówienia przed zamawiającym, a nie w toku postępowania odwoławczego przed Izbą. Jeżeli wykonawca ciężaru obalenia domniemania rażąco niskiej ceny w postępowaniu przed zamawiającym nie udźwignie, to jego oferta podlega odrzuceniu. Przepis art. 224 ust. 6 ustawy Pzp stanowi bowiem, że *podlega odrzuceniu jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu.*

Jak wynikało z treści wezwań zamawiającego z dnia 8 marca 2023 r., zamawiający uznał, że zarówno cena zaoferowana przez przystępującego jak i cena zaoferowana przez wykonawcę Zakład Projektowania i Wykonawstwa Instalacji Elektrycznych budziły wątpliwości co do możliwości wykonania zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia i wydawały się rażąco niskie. Z chwilą wystosowania wezwania, po stronie przystępującego i wykonawcy Zakład Projektowania i Wykonawstwa Instalacji Elektrycznych zaktualizował się obowiązek wykazania, że cena ich ofert nie jest rażąco nisko.

Izba stwierdziła, że rację ma odwołujący, który podniósł w odwołaniu, że zarówno przystępujący jak i wykonawca Zakład Projektowania i Wykonawstwa Instalacji Elektrycznych poprzez swe wyjaśnienia nie sprostali ciężarowi obalenia domniemania rażąco niskiej ceny i w konsekwencji zamawiający, wbrew przepisowi art. 224 ust. 6 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp zaniechał czynności odrzucenia ofert obu wykonawców.

Jak wskazano wcześniej, przepis art. 224 ust. 6 Pzp stanowi wyraźnie, że jeżeli wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień w trybie art. 224 Pzp nie udźwignie ciężaru obalenia domniemania ceny rażąco niskiej, to jego oferta podlega odrzuceniu.

Zdaniem Izby, odwołujący prawidłowo dostrzegł w treści odwołania, że przystępujący i wykonawca Zakład Projektowania i Wykonawstwa Instalacji Elektrycznych, pomimo wezwania zamawiającego do złożenia wyliczeń ceny oferty, nie przedstawili zamawiającemu szczegółowych, konkretnych, nadających się do rzetelnej weryfikacji wyjaśnień ceny.

Obydwaj wykonawcy przedstawili zamawiającemu część opisową wyjaśnień, które niewiele jednak wносиły do sprawy. Ogólny charakter zawartych tam oświadczeń nie pozwalał bowiem w rzeczywistości na weryfikację, w jaki sposób sygnalizowane w częściach ogólnych rozważania mają przełożenie na możliwość zaoferowania takiej a nie innej ceny. W tym zakresie podzielono uwagi i zastrzeżenia poczynione przez odwołującego wobec tych części wyjaśnień zawarte odpowiednio w pkt I.2.1. oraz w pkt II.2.1 uzasadnienia odwołania.

Wbrew stanowisku przedstawionemu przez przystępującego w jego piśmie procesowym, oceny tej nie zmienił fakt, że obaj wykonawcy do swych wyjaśnień załączyli kosztorysy ofertowe. Podkreślenia wymagało bowiem, że obaj wykonawcy sporządzili i załączyli zamawiającemu kosztorysy ofertowe w wersji uproszczonej a nie szczegółowej. Taki sposób przedstawienia kosztorysów przez obu wykonawców powodował, że niemożliwe było ustalenie kosztów materiałów, robocizny i sprzętu w poszczególnych pozycjach. Jediną informacją, jaka dysponował zamawiający po złożeniu kosztorysów uproszczonych było to, jak wykonawcy wyceniają poszczególne pozycje scalone. Powyższe uniemożliwiało zbadanie realności wyceny jakiegokolwiek pozycji tak przedstawionych kosztorysów. Wyjaśnienia zatem, pomimo przedstawienia takich kosztorysów, nie cechowały się zatem szczegółowością i konkretnością i nie nadawały się do merytorycznej weryfikacji rzetelności kalkulacji kosztów poszczególnych pozycji. Nie zmienił tej oceny także fakt, że przystępujący do swego kosztorysu załączył podsumowanie, w którym podał materiały oraz sprzęt. Zawarte w podsumowaniu kosztorysu zestawienie materiałów i sprzętu miało bowiem charakter zbiorczy odnoszący się do całego kosztorysu, to znaczy, że nie było można było tych materiałów czy sprzętu odnieść do poszczególnych pozycji złożonego kosztorysu uproszczonego. Bez takiego przyporządkowania nie była zatem możliwa merytoryczna weryfikacja przez zamawiającego poprawności wyliczeń wykonawcy w poszczególnych pozycjach.

Ogólność wyjaśnień złożonych przez obu wykonawców została także spotęgowana przez fakt, że żaden z nich nie załączył do składanych wyjaśnień jakichkolwiek dowodów, co było okolicznością niesporną. Przystępujący w swym piśmie procesowym zwrócił uwagę jednak na fakt, że zamawiający w treści wezwań z dnia 8 marca 2024 r. skierowanych do obu wykonawców, poprosił ich jedynie o przedstawienie wyjaśnień co do wyliczenia cen ofertowych i nie zażądał złożenia dowodów.

Odnosząc się do ww. argumentu w pierwszej kolejności podkreślenia wymagało, że takie działanie zamawiającego okazało się sprzeczne z art. 224 ust. 2 pkt 1 w zw. z art. 224 ust. 1 Pzp. Tym niemniej jednak, jak wynika

z art. 224 ust. 6 Pzp obalenie domniemania zaofierowania rażąco niskiej ceny powinno się odbyć poprzez złożenie wyjaśnień popartych dowodami. Wobec powyższego obaj wykonawcy, w ocenie Izby, pomimo niedostatków wezwania zamawiającego z dnia 8 marca 2024 r. takie dowody powinni byli złożyć. Nawet gdyby jednak przyjąć najbardziej korzystne dla obu wykonawców założenie, że treść wezwania zamawiającego mogła wprowadzić ich w błąd co do obowiązku złożenia dowodów, to nie zwalniało to jednak obu wykonawców od szczegółowego, konkretnego i poddającego się merytorycznej weryfikacji wyjaśnienia ceny ofertowej co najmniej w postaci własnych twierdzeń (nawet niepopartych dowodami). Temu obowiązkowi, nawet w zakresie własnych twierdzeń, obaj wykonawcy jednak nie sprościli.

W dalszej kolejności stwierdzono, że - jak słusznie wskazał odwołujący w odwołaniu - posłużenie się ogólnikami w części opisowej wyjaśnień i złożenie jedynie kosztorysów w formie uproszczonej uniemożliwiło zamawiającemu ocenę realności ceny w szczególności w kluczowej pozycji 5 kosztorysów, to jest „Przewierty maszyną wierceń poziomych – przecisk”. Powyższe było o tyle istotne, że w świetle kosztorysu inwestorskiego, na podstawie którego zamawiający oszacował wartość zamówienia, cena jednostkowa w tej pozycji została ustalona na kwotę 264,00 zł za jeden metr, co po pomnożeniu przez liczbę metrów dawało wartość 137.016,00 zł. Tymczasem wykonawca Zakład Projektowania i Wykonawstwa za wykonanie tych robót przewidział cenę jednostkową w wysokości 41,78 zł za jeden metr, co przy uwzględnieniu wymaganej liczby metrów dawało wartość 21.686,56 zł. Z kolei przystępujący w kosztorysie uproszczonym wskazał na cenę jednostkową w wysokości 70,39 zł za jeden metr, co przy uwzględnieniu wymaganej liczby metrów dawało wartość 36.532,41 zł. Jak wynikało z porównania wyceny pozycji 5 kosztorysów z pozycją 5 kosztorysu inwestorskiego, roboty te zostały przez obu wykonawców skalkulowane znacząco poniżej wyceny zamawiającego. Gdyby wyjaśnienia obu wykonawców były konkretne, szczegółowe i gdyby został do nich załączony kosztorys ofertowy w formie szczegółowej zamawiający mógłby zweryfikować koszt zakładanych materiałów, sprzętu i robocizny potrzebnych do wykonania tych robót i ocenić realność wyceny. Wskutek jednak poprzestania przez wykonawców na ujawnieniu jedynie wartości kosztorysowej scalonej dla pozycji 5 kosztorysu, zamawiający został pozbawiony takiej możliwości.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie oświadczył wprawdzie, że przy ocenie realności wyceny w pozycji 5 kosztorysów posiłkował się również zamówieniem zrealizowanym w 2023 r. przez przystępującego, w którym to wystąpiła ta sama pozycja przewiertu maszyną do wierceń poziomych – przecisk. Oświadczył, że wówczas oferent w tej pozycji oszacował wartość jednostkową na poziomie 83,38 zł netto, co stanowiło 31,32% w stosunku do kosztorysu inwestorskiego i owe zadanie zostało przez oferenta wykonane prawidłowo z należytą starannością oraz w terminie umownym. Podkreślenia wymagało jednak, że stanowisko zamawiającego przedstawione w odpowiedzi na odwołanie pozostało gołosłowne. Zamawiający na poparcie swego stanowiska nie złożył Izbie żadnego dowodu w postaci choćby wyceny dokonanej przez przystępującego w 2023 r. ani protokołu odbioru robót wykonanych przez przystępującego za tę kwotę.

Brak szczegółowości i konkretności wyjaśnień przystępującego przejawiał się także w części dotyczącej sprzętu, jakim wykonawca ten zamierzał realizować przedmiot zamówienia. Odwołujący prawidłowo dostrzegł, że w kosztorysie ofertowym przystępującego w podsumowaniu znalazło się zestawienie wymaganego sprzętu. Jednakże w części opisowej swych wyjaśnień przystępujący oświadczył, że dysponuje wskazanym przez siebie sprzętem, który nie obejmował jednak pełnego katalogu sprzętu wymienionego w kosztorysie. Odpowiadając na ww. zarzut przystępujący w swym piśmie procesowym podniósł, że posiada całość sprzętu wymienionego w kosztorysie, a w części ogólnej wyjaśnień wymienił jedynie przykładowy, kluczowy sprzęt konieczny do realizacji zamówienia. Jednakże okoliczność, jakoby w części opisowej przystępujący miał wymienić jedynie kluczowy sprzęt konieczny do realizacji zamówienia, nie wynikała z części opisowej wyjaśnień. Wykonawca nie użył tam bowiem sformułowania „kluczowy”, ani innego, z którego można byłoby wywnioskować, że lista sprzętu wskazana w części ogólnej wyjaśnień nie stanowi katalogu zamkniętego. W wyjaśnieniach ceny przystępujący napisał bowiem kategorycznie: „*Posiadane przez naszą firmę sprzęty to (...)*”, po czym wymienił jedynie część sprzętu wymaganego do realizacji zamówienia zgodnie z kosztorysem, który sam do tych wyjaśnień załączył. Powyższe również zatem świadczyło o braku szczegółowości i precyzji wyjaśnień złożonych przez przystępującego.

W dalszej kolejności zgodzić należało się z odwołującym, że obaj wykonawcy nie sprościli obowiązkowi wykazania, iż prawidłowo skalkulowali koszty wynikające z przepisów prawa pracy i ubezpieczeń społecznych. Dostrzeżenia wymagało, że zamawiający w treści wezwań skierowanych do obu wykonawców podkreślił konieczność złożenia wyjaśnień w tym zakresie. W wezwaniach zamawiający bowiem wskazał, że wyjaśnienia powinny dotyczyć co najmniej:

- zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa

od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2020 r. poz. 2207) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie;

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

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie przyznał, że w zakresie zatrudnienia w ramach stosunku pracy wykonawcy w ogóle nie odnieśli się do wystosowanego przez niego zapytania. Zamawiający przyznał także w odpowiedzi, że udzielone wyjaśnienia były ogólne, niejednoznaczne i wzbudzały wątpliwości, których nie zauważył on na wcześniejszym etapie postępowania.

Zdaniem Izby, stanowisko odwołującego i zamawiającego znalazło potwierdzenie w treści wyjaśnień złożonych przez obu wykonawców. Przystępujący w złożonych wyjaśnieniach, odnosząc się do treści wezwania oświadczył: *Stawka roboczogodziny jaką przyjęliśmy to 27,50 zł netto co daje kwotę brutto 33,82 zł zatem przewyższamy kwotę obecnie ustawowo ustaloną poziomie 27,70 zł.* Jak słusznie dostrzegł odwołujący w odwołaniu, przystępujący nie miał prawa do powiększania stawki roboczogodziny o wartość podatku od towarów i usług, ponieważ wynagrodzenie pracowników jest kosztem nieobjętym podatkiem od towarów i usług. Odwołujący w odwołaniu przedstawił także wyliczenie, jaki koszt powinien przewidzieć przystępujący, jeżeli zatrudnia pracownika za minimalne wynagrodzenie za pracę oraz bierze pod uwagę przepisy dotyczące kosztów pracy oraz przepisy z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego i że w realiach danej sprawy powinien to być koszt na poziomie 30,42 zł. Podkreślenia wymagało bowiem, co nie było sporne, że wysokość wynagrodzenia brutto pracownika to jednak nie jedyne koszty, jakie powinien skalkulować wykonawca, zatrudniający pracownika. Jak słusznie bowiem wyliczył odwołujący, do powyższych kosztów należało doliczyć składki i koszty, jakie zgodnie z właściwymi przepisami musi ponieść pracodawca. Są to:

1) koszty wynikające z ustawy z dnia 13 października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych (tekst jednolity Dz. U. z 2021 r. poz. 423, z późn. zm.),

2) koszty wynikające z ustawy z dnia 20 kwietnia 2004 r. o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy (tekst jednolity Dz. U. z 2021 r. poz. 1100),

3) koszty wynikające z ustawy z dnia 13 lipca 2006 r. o ochronie roszczeń pracowniczych w razie niewypłacalności pracodawcy (tekst jednolity Dz. U. z 2020 r., poz. 7).

Przystępujący w piśmie procesowym ani w trakcie rozprawy nie kwestionował wyliczeń odwołującego. Wobec powyższego należało je uznać za poprawne. Z kolei wykonawca Zakład Projektowania i Wykonawstwa przyjął stawkę roboczogodziny ma poziomie zaledwie 30,00 zł, czyli również na poziomie niższym, niż wymagane minimum. Pomimo to przystępujący utrzymywał, że cena jego oferty pozostaje w zgodności z przepisami prawa pracy i ubezpieczeń społecznych. W piśmie procesowym podniósł bowiem, że na wynagrodzenie pracowników zamierzał także przeznaczyć koszty pośrednie, wymienione w kosztorysie załączonym do wyjaśnień. Dodatkowo oświadczył, że zamówienie będzie realizował osobiście także właściciel przedsiębiorstwa. Wreszcie w trakcie rozprawy przystępujący wyjaśnił także, że w stosunku do jednego z pracowników przysługuje mu zwrot z PFRON na kwotę 1440 zł.

Odnosząc się do ww. stanowiska przystępującego podkreślenia wymagało, że powyższe okoliczności nie były objęte treścią wyjaśnień, jakie złożył zamawiającemu w toku postępowania. Jak już wcześniej podkreślono, udowodnienie realności ceny powinno nastąpić w toku postępowania o udzielenie zamówienia przed zamawiającym, a nie w toku postępowania odwoławczego przed Izbą. Jeżeli wykonawca ciężaru obalenia domniemania rażąco niskiej ceny w postępowaniu przed zamawiającym nie udźwignie, to jego oferta podlega odrzuceniu. Przepis art. 224 ust. 6 ustawy Pzp stanowi bowiem, że *podlega odrzuceniu jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu.*

W tej sytuacji próbę udowodnienia przez przystępującego realności skalkulowania kosztów pracy z uwzględnieniem wyżej wymienionych, nowopowolywanych okoliczności, które nie były objęte treścią wyjaśnień składanych zamawiającemu, należało uznać za spóźnioną i nieskuteczną. Jak już wcześniej wskazywano, zamawiający wyraźnie wezwał przystępującego i drugiego wykonawcę do szczegółowego wyjaśnienia kosztów pracy w toku postępowania o udzielenie zamówienia. Skoro obaj wykonawcy tego nie uczynili, to należało uznać, że nie obalili w stosownym czasie i wyznaczonym terminie domniemania zaoferowania rażąco niskiej ceny.

W dalszej kolejności Izba stwierdziła, że w okolicznościach danej sprawy brak było podstaw do wzywania

żadnego z obu wykonawców do złożenia ponownych wyjaśnień w zakresie ceny. W orzecznictwie Izby wskazuje się, że możliwość taka istniałaby, gdyby wykonawcy prawidłowo zareagowali na pierwsze wezwania, składając konkretne i szczegółowe wyjaśnienia, które jedynie w pewnych aspektach wymagałyby doprecyzowania. W analizowanej sprawie wyjaśnienia obu wykonawców dotknięte zaś były istotnymi brakami. W tej sytuacji ponowne wzywianie wykonawców musiałyby polegać de facto na ponownym poproszeniu ich o przedstawienie szczegółowej kalkulacji, w tym w szczególności wyjaśnienie kosztów wynikających z konieczności przestrzegania przepisów prawa pracy i ubezpieczeń społecznych, których nie przedstawili pomimo wystosowania do nich pierwszego wezwania przez zamawiającego.

Wobec powyższego Izba stwierdziła, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Stosownie do art. 553 ustawy Pzp, *o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie*. Orzeczenie Izby, o którym mowa w pkt 1 sentencji, miało charakter merytoryczny, gdyż odnosiło się do uwzględnienia odwołania. Z kolei orzeczenie Izby zawarte w pkt 2 sentencji miało charakter formalny, gdyż dotyczyło kosztów postępowania, a zatem było postanowieniem. O tym, że orzeczenie o kosztach zawarte w wyroku Izby jest postanowieniem przesądził Sąd Najwyższy w uchwale z 8 grudnia 2005 r. III CZP 109/05 (OSN 2006/11/182). Z powołanego przepisu art. 553 ust. 1 ustawy Pzp wynika zakaz wydawania przez Izbę orzeczenia o charakterze merytorycznym w innej formie aniżeli wyrok. Z uwagi zatem na zbieg w jednym orzeczeniu rozstrzygnięć o charakterze merytorycznym (pkt 1 sentencji) i formalnym (pkt 2 sentencji), całe orzeczenie musiało przybrać postać wyroku.

Zgodnie z przepisem art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, *Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców*. W analizowanej sprawie stwierdzone naruszenia ustawy Pzp miały wpływ na wynik postępowania, gdyż zamawiający wybrał jako najkorzystniejszą ofertę złożoną przez przystępującego, która podlegała odrzuceniu.

W świetle art. 554 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, uwzględniając odwołanie, Izba może jeżeli umowa nie została zawarta:

- a) nakazać wykonanie lub powtórzenie czynności zamawiającego albo
- b) nakazać unieważnienie czynności zamawiającego, albo
- c) nakazać zmianę projektowanego postanowienia umowy albo jego usunięcie, jeżeli jest niezgodne z przepisami ustawy.

Na ww. podstawie Izba nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym:

- a) odrzucenie oferty przystępującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp z powodu niewykazania przez tego wykonawcę, że cena jego oferty nie jest rażąco niska,
- b) odrzucenie oferty wykonawcy J.M. prowadzącego w Gorzowie Wielkopolskim działalność gospodarczą pod firmą Zakład Projektowania i Wykonawstwa Instalacji Elektrycznych J.M. na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp z powodu niewykazania przez tego wykonawcę, że cena jego oferty nie jest rażąco niska,

- w sposób wskazany w pkt 1 sentencji wyroku.

Wobec powyższego, na podstawie art. 554 ust. 1 pkt 1 i art. 554 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 1 sentencji.

Zgodnie z art. 557 ustawy Pzp, *w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego*. Z kolei w świetle art. 575 ustawy Pzp, *strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku*.

Jak wskazuje się w piśmiennictwie, reguła ponoszenia przez strony kosztów postępowania odwoławczego stosownie do wyników postępowania odwoławczego oznacza, że „*obowiązuje w nim, analogicznie do procesu cywilnego, zasada odpowiedzialności za wynik procesu, według której koszty postępowania obciążają ostatecznie stronę „przegrywającą” sprawę (por. art. 98 § 1 k.p.c.)*” J.J., *Komentarz do art.192 ustawy - Prawo zamówień publicznych, w: Dzierżanowski W., J.J., Stachowiak M. Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2014, wydanie VI*.

W analizowanej sprawach odwołanie okazało się zasadne. Odpowiedzialność za wynik postępowania ponosił zatem w całości zamawiający. Na koszty postępowania odwoławczego składały się wpis od odwołania uiszczony przez odwołującego w kwocie 10.000 zł, wynagrodzenie pełnomocnika odwołującego w wysokości 3.600 zł, kwota 338 zł

poniesiona przez odwołującego tytułem dojazdu na posiedzenie Izby, kwota 17 zł poniesiona przez odwołującego tytułem opłaty skarbowej od pełnomocnictwa, ustalone na podstawie rachunków złożonych do akt sprawy.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 557 oraz art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 7 ust. 1 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 2 lit. a, b, d rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

**Przewodniczący:.....**