

WYROK
z dnia 20 stycznia 2025 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Justyna Tomkowska

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **15 stycznia 2025 roku w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **11 grudnia 2024 roku** przez wykonawcę **B. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie** (Odwołujący)

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Zespół Żłobków m.st. Warszawy z siedzibą w Warszawie**

przy udziale **Przystępującego** – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum w składzie: (1) **E.W.S E.Ś., z siedzibą**

w Warszawie (Lider), (2) **EWS Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Hipolitowie (Partner)**, zgłaszającego przystąpienie **po stronie Zamawiającego**

orzeka:

1. Umarza postępowanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, na podstawie art. 522 ust. 4 ustawy Pzp;

2. Oddala odwołanie,

3. kosztami postępowania obciąża **Odwołującego - B. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie** w następujący sposób:

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięciu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego** tytułem wpisu od odwołania, kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzech tysięcy sześciuset złotych zero groszy) poniesioną przez **Odwołującego** tytułem wynagrodzenia pełnomocnika, kwotę **3 600,00 zł** (słownie: trzech tysięcy sześciuset złotych zero groszy) poniesioną przez **Zamawiającego** tytułem wynagrodzenia pełnomocnika;

3.2. zasądza od **Odwołującego - B. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie** na rzecz **Zamawiającego – Zespołu Żłobków m.st. Warszawy z siedzibą w Warszawie** kwotę **3 600 zł 00gr** (słownie: trzech tysięcy sześciuset złotych zero groszy) stanowiącą

uzasadnione koszty Strony poniesione tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

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:

.....

KIO 4703/24

UZASADNIENIE

Zamawiający: **Zespół Żłobków m.st. Warszawy z siedzibą w Warszawie** prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym, na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2024 r. poz. 1320 ze zm., dalej: „ustawa Pzp”) pn. „Wykonywanie prac remontowych instalacji centralnego ogrzewania, wodno-kanalizacyjnej, węzłów cieplnych, instalacji gazowej oraz świadczenie usług w zakresie usuwania awarii tych instalacji wraz z wykonaniem okresowej kontroli instalacji gazowych w placówkach **Zespołu Żłobków m.st. Warszawy**” Ogłoszenie

o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 16 października 2024 r. pod numerem: 2024/BZP 00549259.

Dnia 11 grudnia 2024 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie 513 pkt 1) i 2) w zw. z art. 515 ust. 1 pkt 2) lit. a) ustawy Pzp odwołanie złożył wykonawca **B. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie**, dalej jako „Odwołujący”.

Odwołanie złożono wobec czynności **Zamawiającego z dnia 6 grudnia 2024 r. polegających :**

1) na wyborze jako najkorzystniejszej oferty w postępowaniu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (1) **E.W.S E.Ś., z siedzibą**

w Warszawie (Lider), (2) **EWS Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą**

w Warszawie (Partner), pomimo braku rzeczywistych wyjaśnień rażąco niskiej ceny w zakresie cen materiałów i

sprzętu, mimo licznych przypadków zaniżenia cen – co w efekcie stanowiło naruszenie art. 224 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w związku z art. 224 ust. 3 pkt 4) i 6) ustawy Pzp

w związku z art. 226 ust. 1 pkt 8) ustawy Pzp w związku z art. 16 ustawy Pzp;

2) odrzuceniu oferty złożonej przez Odwołującego. mimo że oferta jest zgodna z warunkami zamówienia, nie zawiera rażąco niskiej ceny i stanowi najkorzystniejszą ofertę w postępowaniu – co w efekcie stanowiło naruszenie art. 239 ustawy Pzp w związku z art. 16

3) wyboru jako najkorzystniejszej oferty KONSORCJUM, mimo że oferta ta nie jest ofertą najkorzystniejszą w postępowaniu – co w efekcie stanowiło naruszenie art. 239 ustawy Pzp

w związku z art. 16 ustawy Pzp;

4) przeprowadzenia postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców a także w sposób nieproporcjonalny,

co polegało na::

a) dwukrotnym wezwaniu do wyjaśnień rażąco niskiej ceny oraz przeprowadzeniu niedozwolonych negocjacji cenowych z KONSORCJUM

oraz

b) faworyzowaniu KONSORCJUM w toku wyjaśnień rażąco niskiej ceny – co w efekcie stanowiło naruszenie art. 16 pkt 1) i 3) ustawy Pzp w związku z art. 223 ust. 1 zdanie drugie ustawy Pzp oraz w związku z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp;

5) z tzw. „ostrożności procesowej”, brak sformułowania wobec BARTNICKI kolejnego wezwania do wyjaśnień rażąco niskiej ceny przy jednoczesnym dwukrotnym wezwaniu KONSORCJUM EWS do wyjaśnień – co w efekcie stanowiło naruszenie art. 16 pkt 1) i 3) ustawy Pzp w związku z art. 224 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie Zamawiającemu:

1) unieważnienia czynności z dnia 6 grudnia 2024 r. polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5) i 8) ustawy Pzp;

2) unieważnienia czynności z dnia 6 grudnia 2024 r. polegającej na wyborze oferty KONSORCJUM jako najkorzystniejszej w postępowaniu;

3) odrzucenia oferty KONSORCJUM jako oferty wykonawcy, którego cena jest rażąco niska oraz wobec niezłożenia rzeczywistych wyjaśnień rażąco niskiej ceny pomimo dopytywania i ułatwień ze strony Zamawiającego;

4) przeprowadzenia ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty BARTNICKI.

Termin na wniesienie odwołania przewidziany w art. 515 ust. 1 pkt 2) lit. a) w zw. z art. 509 ustawy Pzp został dochowany. Kopia odwołania została prawidłowo doręczona Zamawiającemu a Odwołujący uiścił wpis w wymaganej wysokości na rachunek UZP.

Odwołujący wskazał na swój interes w uzyskaniu zamówienia, którego dotyczy postępowanie, a także interes w złożeniu odwołania w tym, że na skutek wadliwych czynności Zamawiającego, Wykonawca utracił możliwość uzyskania zamówienia, mimo że oferta Odwołującego jest zgodna z warunkami zamówienia i najkorzystniejsza w postępowaniu oraz nie podlega odrzuceniu. Odwołujący w następstwie czynności może ponieść rzeczywistą szkodę majątkową, polegającą na braku możliwości wyboru jego oferty jako oferty najkorzystniejszej, a w konsekwencji nieuzyskaniu zamówienia. Nieuzyskanie zamówienia może spowodować szkodę w majątku Odwołującego.

W uzasadnieniu zarzutów odwołania podano, że oferty złożyli BARTNICKI oraz KONSORCJUM EWS.

W dniu 6 grudnia 2024 r. Zamawiający, działając na podstawie art. 253 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp, odrzucił ofertę BARTNICKI z powołaniem się na następujące przepisy ustawy:

1) art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp zgodnie z którym „zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia”

-stwierdzając, że załączone przez BARTNICKI do kosztorysu szczegółowego zestawienie materiałów nie zawiera cen jednostkowych, a więc nie spełnia wymogu z rozdziału XV pkt 2 Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej: „SWZ”), zgodnie z którym Zamawiający wymagał złożenia wraz z ofertą kosztorysu ofertowego m.in. z zestawieniem materiałów i urządzeń z cenami

2) art. 226 pkt 8) ustawy Pzp, zgodnie z którym „zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia”

stwierdzając, że wyjaśnienia BARTNICKI dotyczące wyliczenia ceny przedstawione

w odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnień nie zostały przyjęte przez Zamawiającego w poniższym zakresie:

a) robocizna – zastosowana stawka robocizny R=30,00 zł/r-g jest niższa od minimalnej kalkulacyjnej stawki wynagrodzenia w budownictwie, dla robót budowlano-montażowych II połowa 2024 r. wynoszącej 36,16 zł/r-g;

b) materiały – zaniżone ceny materiałów;

c) sprzęt – zaniżone ceny jednostkowe pracy sprzętu w zł/m-g.

Wyjaśnienia rażąco niskiej ceny zostały przedstawione przez BARTNICKI

w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego do wyjaśnień z dnia 12 listopada 2024 roku z terminem udzielenia odpowiedzi na 19 listopada 2024 r. W dniach 14 listopada 2024 roku oraz 15 listopada 2024 roku BARTNICKI dwukrotnie wniósł o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu na udzielenie odpowiedzi do dnia 26 listopada 2024 r., za każdym razem motywując swój wniosek rzeczywistymi obiektywnymi przeszkodami (urlop członków zarządu, choroba pracownika).

Zamawiający nie wyraził zgody na jakiegokolwiek, choćby minimalne, przedłużenie terminu.

BARTNICKI udzielił szczegółowych, wielostronicowych (26 stron) wyjaśnień wraz z kilkunastoma załącznikami (w sumie ponad 20 załączników) złożonymi w celu wykazania zasadności zastosowanych cen. Złożono Wykaz zrealizowanych robót z ostatnich 5 lat (2023-2019) instalacje wewnętrzne, Referencje zdobyte przez Wykonawcę w latach 2019 – 2023; ponadto umowy i kosztorysy na wykonanie prac na ul. Długiej 30/34 i 36, ul. Siennej 45, ul. Powsińskiej 74A, Referencje uzyskane od Zespołu Żłobków Miasta Stołecznego Warszawy w Warszawie; zaświadczenie o niezaleganiu w opłacaniu składek ZUS i druk RCA, KOSZTORYS 2024 z narzutami cenami z 2023, Deklaracje o rezygnacji z dokonywania wpłat do pracowniczych planów kapitałowych, Kopia faktury za wynajem transportu, Kopia faktur za zakup grzejników - tajemnica przedsiębiorstwa, Kopia polisy OC, Zaświadczenie o niezaleganiu w podatkach uzyskane z Urzędu Skarbowego - tajemnica przedsiębiorstwa, Umowa z dnia 29.02.2024 wraz z kosztorysem. Dokumenty objęto tajemnicą przedsiębiorstwa, załączając odpowiednie uzasadnienie. W treści wyjaśnień znalazło się również pięć tabeli z wyliczeniami.

Równolegle, do wyjaśnień rażąco niskiej ceny zostało wezwane KONSORCJUM EWS, któremu określono 7 dniowy termin na udzielenie wyjaśnień, który upływał 19 listopada 2024 r.

KONSORCJUM EWS udzieliło pierwszych wyjaśnień w dniu 15 listopada 2024 r. Wyjaśnienia były kilkustronicowe i zawierały krótką listę załączników (3 załączniki), na które złożyły się referencje dotyczące realizowanych robót instalacyjnych, listy intencyjne od hurtowni oraz lista pracowników zgłoszonych do ZUS-u.

W odniesieniu do listów intencyjnych należy wskazać, że zostały one wystawione po terminie składania ofert, a zatem dokumenty te nie mogły stanowić dowodów na potrzeby wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Ponadto w żaden sposób nie potwierdzają one realności cen wskazanych przez KONSORCJUM EWS. Są to dokumenty o charakterze blankietowym

(nie potwierdzają bowiem cen) oraz doraźnym, tj. zostały przygotowane na potrzeby wyjaśnień rażąco niskiej ceny (wystawione po terminie składania ofert).

Zamawiający w dniu 25 listopada 2024 roku zwrócił się ponownie do KONSORCJUM EWS z wezwaniem do udzielenia wyjaśnień. Zamawiający wezwał do złożenia dodatkowych wyjaśnień w następującym zakresie:

- 1) jaki założono poziom rabatów od zakupu materiałów w stosunku do ich cen rynkowych,
- 2) jaki założono poziom kosztów materiałów już posiadanych w magazynie.

W wezwaniu określono aż 5-dniowy termin na opracowanie odpowiedzi (licząc od 25 do 29 listopada włącznie), jednak mając na uwadze fakt, że pierwsze wezwanie zostało skierowane w dniu 12 listopada, KONSORCJUM EWS łącznie dysponowało czasem aż 18 dni na udzielenie pełnych wyjaśnień (licząc od 12 do 29 listopada włącznie).

Odwołujący zwrócił uwagę, że w dniu, w którym Zamawiający udzielił odpowiedzi odmownej na wniosek Odwołującego o przedłużenie terminu na udzielenie wyjaśnień, tj. w dniu 15 listopada 2024 roku, Zamawiający znał już treść pierwszych wyjaśnień KONSORCJUM EWS. Wiedząc zatem, że są one lakoniczne i być może będą wymagały dodatkowego wyjaśnienia. Mimo powyższego, nie zdecydował się na przedłużenie terminu na udzielenie wyjaśnień dla BARTNICKI, choć termin zawniósłowany przez Odwołującego był krótszy, niż termin, który ostatecznie, w związku z drugim wezwaniem KONSORCJUM EWS do wyjaśnień, został wyznaczony konkurentowi (miał czas na złożenie wyjaśnień do dnia 29 listopada 2024 r.).

KONSORCJUM EWS otrzymało w sumie niemal 60% czasu więcej na udzielenie wyjaśnień niż BARTNICKI, ostateczny termin określony na udzielenie wyjaśnień był aż o 21% dłuższy od terminu, o który wnioskował Odwołujący.

Sytuacja ta w ocenie Odwołującego świadczy o nierównym traktowaniu obu wykonawców przy niemal identycznych zastrzeżeniach Zamawiającego do treści złożonych przez nich ofert, oraz przy jednoczesnych znaczących różnicach jakościowych udzielonych wyjaśnień (na korzyść BARTNICKI).

zarzut I pkt 1) lit. a) – brak cen jednostkowych w szczegółowym zestawieniu materiałów

Z uzasadnienia odrzucenia oferty BARTNICKI wynika:

„Zamawiający w SWZ w sposób jednoznaczny określił wymogi co do treści oferty oraz informacji, jakie mają być zawarte w szczegółowym kosztorysie ofertowym, który wykonawca zobowiązany był złożyć wraz z ofertą. Zgodnie z rozdziałem XV pkt 2 SWZ „Kosztorys ofertowy sporządzony metodą kalkulacji szczegółowej - uwzględniający wszystkie pozycje według kolejności ujęte w przedmiarze robót (Załącznik nr 3a do SWZ) z wyszczególnieniem rodzaju robót – opis pozycji, ilość

robót, cenę jednostkową pozycji, wartość pozycji, zestawienie narzutów, materiałów i urządzeń z cenami, zestawienie sprzętu z cenami, stawkę robocizny, procentowe wskaźniki kosztów pośrednich, kosztów zakupu i zysku); każda pozycja kosztorysu ofertowego winna zawierać numer pozycji odpowiadający numerowi pozycji przedmiaru, podstawę (nr katalogu lub nazwę przyjętą w przedmiarze, np. kalkulacja własna, analiza własna, analogia itp.), opis pozycji i jednostki miary ściśle wg wymagań Zamawiającego. Kosztorys ofertowy musi być złożony w formie elektronicznej opatrzonej (poza platformą) kwalifikowanym podpisem elektronicznym lub w postaci elektronicznej opatrzonej (poza platformą) podpisem zaufanym lub osobistym;” Wykonawca załączył kosztorys ofertowy do złożonej oferty. Jednak załączone do kosztorysu szczegółowego zestawienie materiałów nie zawiera cen jednostkowych – oferta nie spełnia wymagań SWZ.”

Zamawiający w braku wskazania cen jednostkowych w szczegółowym zestawieniu materiałów dołączonym do kosztorysu ofertowego upatruje niezgodności z warunkami zamówienia. Nie dostrzega jednak faktu, że uzasadniony cel, jakiemu miało służyć wymaganie dołączenia do kosztorysu ofertowego zestawienia materiałów i urządzeń z cenami, został osiągnięty w ofercie BARTNICKI.

Jak wynika bowiem z kosztorysu ofertowego, w kosztorysie podano wszystkie ceny jednostkowe i wartości dla poszczególnych pozycji składających się na materiały i urządzenia. Ponowne ich wskazanie w szczegółowym zestawieniu materiałów stanowiłoby zatem zbędne powielenie informacji podanych Zamawiającemu już wcześniej, tj. w kosztorysie ofertowym właśnie.

W postępowaniu nie mamy do czynienia z pominięciem nawet jednej wyceny pozycji kosztorysu. Wszystkie materiały i urządzenia zostały odpowiednio wycenione. Ceny jednostkowe pozycji zostały wskazane w podsumowaniu każdej pozycji jako „Cena jednostkowa”, natomiast wartość pozycji –w podsumowaniu pozycji jako „Razem z narzutami”. Natomiast ceny jednostkowe i wartości dla poszczególnych materiałów i urządzeń wskazane są w poszczególnych wierszach.

Zamawiający musi jedynie sięgnąć do poszczególnych pozycji kosztorysu ofertowego i „wyluskać” informacje, których powielenia oczekiwał w zestawieniu materiałów i urządzeń. Przy czym w związku z udzieleniem szczegółowych wyjaśnień rażąco niskiej ceny przez Odwołującego, Zamawiający nie musiał wykonywać również i tej pracy. W wyjaśnieniach przedstawiono bowiem – na potrzeby ustosunkowania się do zarzutów Zamawiającego sformułowanych w treści wezwania do wyjaśnień – szczegółowy wykaz materiałów i urządzeń z cenami w formie tabeli elementów scalonych. Wynika z niego, że kosztorys ofertowy zawiera wszystkie ceny jednostkowe i wartości, które jednoznacznie można przypisać do poszczególnych pozycji zestawienia materiałów i cen, złożonego wraz z ofertą.

zarzut I pkt 1) lit. b) – zastosowanie stawki robocizny niższej od minimalnej kalkulacyjnej stawki wynagrodzenia w budownictwie, dla robót budowlano-montażowych II połowa 2024 r. wynoszącej 36,16 zł/r-g

Wyjaśnienia rażąco niskiej ceny są prawidłowe i Odwołujący w pełni podtrzymuje wyliczenia w nich przedstawione. Zamawiający natomiast nieprawidłowo zinterpretował te wyjaśnienia.

W związku z zastrzeżeniem Zamawiającego w odniesieniu do stawki robocizny dla robót budowlano-montażowych II połowa 2024 r, Odwołujący w złożonych wyjaśnieniach odniósł się szczegółowo do tej stawki, a więc poziomu cen z II połowy 2024 r. W wyjaśnieniach zostały uwzględnione cenniki Sekocenbud za III kwartał 2024. Z cenników tych wynika, że stawka została ustalona prawidłowo (stawka z cennika to 29,00 zł). Cennik Sekocenbud za ostatni, IV kwartał 2024 r. nie mógł być punktem odniesienia dla Odwołującego, gdyż został on udostępniony dopiero w dniu 12 listopada 2024 r. a więc zgodnie z obowiązującą dotychczas zasadą, że Sekocenbud za każdy czwarty kwartał ukazuje się około połowy listopada. Powyższe potwierdza korespondencja z firmą sprzedażową, a także informacje dostępne na stronie internetowej Sekocenbud. Tymczasem oferta złożona została w dniu 6 listopada 2024 r. Stanowisko Odwołującego jest zgodne z orzecznictwem Izby (tak KIO 2051/18).

Na marginesie Odwołujący zauważył, że Sekocenbud nie operuje użytym przez Zamawiającego w wezwaniu do udzielenia wyjaśnień pojęciem robót budowlano-montażowych, ale określeniem Roboty instalacyjne wodno-kanalizacyjne i sanitarne.

Dodatkowo z rozdziału IV pkt 3 SWZ wynika jasno, jakiego rodzaju robót dotyczy postępowanie, a mianowicie robót instalacyjnych wodno-kanalizacyjnych i sanitarnych:

Zgodnie z informacją dostępną na stronie internetowej Sekocenbud:

„W wydawnictwach SEKOCENBUD publikowane są stawki robocizny kosztorysowej

w różnych układach i przekrojach czasowych oraz terytorialnych, a nie stawki wynagrodzeń na stanowiskach robotniczych w budownictwie. Godzinowe stawki do kosztorysowania robót budowlanych to nie są stawki wynagrodzeń na stanowiskach robotniczych w budownictwie. Minimalne godzinowe stawki do kosztorysowania robót budowlanych nie muszą więc być równe minimalnym stawkom godzinowym, urzędowo obwieszczanym.

Oczywiście ideałem byłoby, gdyby odpowiednie relacje pomiędzy tymi stawkami były zachowane. Niestety w obecnych polskich warunkach rynkowych bardzo często należyte relacje pomiędzy nimi są zaburzone. Nie wynika to z wadliwości systemu notowań, lecz

z niestabilności polskiego rynku budowlanego oraz wpływu na niego między innymi wykorzystywanych w naszym kraju metod i podstaw kosztorysowania. Nasza firma nie kalkuluje i nie przelicza stawek tylko zbiera dane z rynku (z umów) i uśrednia je metodami statystycznymi.”

Informację powyższą należy uznać za najbardziej adekwatną formę ustosunkowania się do zarzutów Zamawiającego, jakoby wyliczenia wskazane przez BARTNICKI, a bazujące na oficjalnych wskaźnikach udostępnionych przez Sekocenbud na dzień kosztorysowania, były błędne.

Pomijając nawet fakt rzekomej nieaktualności ceny BARTNICKI względem stawek przedstawionych przez Sekocenbud w III kwartale 2024 r, to publikacja dotycząca stawek robocizny kosztorysowej oraz cen sprzętu budowlanego udostępniana przez Sekocenbud, jest niewiążąca. Przepisy prawa nie nakładają bowiem żadnego obowiązku posiłkowania się tą informacją podczas wyceny ofert. Informacja Sekocenbud nie stanowi tym samym żadnego cennika, który – jak wydaje się oczekiwać tego Zamawiający – wykonawcy muszą stosować. Zamawiający nie wymagał również w postępowaniu, aby wykonawcy dokonali kalkulacji ceny ofertowej w oparciu o wspomniane informacje czy też inne katalogi. Z projektowanych postanowień umowy wynika jedynie zastrzeżenie: „(...) ceny materiałów, pracy sprzętu

i transportu nie mogą być wyższe od średnich cen publikowanych w wydawnictwach branżowych (np. SEKOCENBUD, Orgbud, Intercenbud, itp.) dla województwa mazowieckiego, aktualne w kwartale poprzedzającym kwartał, w którym kalkulacja jest sporządzana;”- §7 ust. 3 pkt 2 projektowanych postanowień umowy, stanowiących załącznik nr 10 do SWZ. W związku z tym każdy wykonawca zobowiązany był do ustalenia ceny ofertowej na podstawie własnych kalkulacji.

Dodatkowo, planowana w przyszłym roku zmiana wysokości minimalnego wynagrodzenia, została uwzględniona w ofercie i nie wpłynie na zwiększenie kosztów realizacji zamówienia.

Wątpliwości Odwołującego budzą wnioski Zamawiającego przedstawione w uzasadnieniu odrzucenia oferty BARTNICKI. Przedstawione w uzasadnieniu odrzucenia oferty zarzuty są niespójne. W wezwaniu do wyjaśnień z dnia 12 listopada 2024 r. Zamawiający powołuje się na różne cenniki Sekocenbud (z różnych okresów) tj. II kwartał 2024, II połowa 2024 (a w tym jest przecież III kwartał 2024, jak i IV kwartał 2024). W tym samym piśmie wylicza wartość roboczogodziny na 36,87 zł bez narzutów, która to wartość jest wyższa niż przedłożona przez obydwie firmy w swoich kosztorysach ofertowych tj. BARTNICKI 30,00 zł, KONSORCJUM EWS 36,50 zł.

Skoro zatem Zamawiający używa tej „miary” ustalania stawki robocizny, powinien był odrzucić również ofertę KONSORCJUM EWS, a przynajmniej oczekiwać i dokonać analizy wyjaśnień KONSORCJUM w tym zakresie. Takie wyjaśnień w żadnym z dwóch wyjaśnień KONSORCJUM jednak nie możemy znaleźć, co jednak w żaden sposób nie przeszkadzało Zamawiającemu.

Odnosnie do sposobu wyliczenia stawki roboczogodziny, ponownie należy powołać się informację Sekocenbud z dnia 29 marca 2024 r., gdzie: „W wydawnictwach SEKOCENBUD publikujemy stawki robocizny kosztorysowej netto brutto.

Stawki robocizny kosztorysowej netto zawierają składniki kalkulacyjne określone § 6 ust. 2 rozporządzenia Ministra Rozwoju i Technologii z dnia 20 grudnia 2021 r. w sprawie określenia metod i podstaw sporządzania kosztorysu inwestorskiego, obliczania planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno-użytkowym (Dz. U. 2021 poz. 2458). W stawkach tych uwzględnione są przede wszystkim wynagrodzenia robotników (w przeliczeniu na stawkę godzinową), płace uzupełniające, obowiązkowe obciążenia plac (ZUS) oraz odpisy na zakładowy fundusz świadczeń socjalnych.

Stawki robocizny kosztorysowej netto prezentowane w wydawnictwach SEKOCENBUD pochodzą z badań ankietowych prowadzonych na polskim rynku budowlanym, a nie

z przeliczeń kalkulacyjnych, czy obwieszczeń Prezesa Rady Ministrów bądź rozporządzeń Rady Ministrów. Stawki te nie są tożsame z minimalną lub przeciętną wysokością wynagrodzenia za każdą godzinę wykonania zlecenia lub świadczenia usług. Czasami wysokości rynkowych (pochodzących z badań ankietowych) stawek robocizny kosztorysowej, szczególnie stawek minimalnych w pierwszym kwartale roku, są niższe od minimalnej wysokości wynagrodzenia za każdą godzinę wykonania zlecenia lub świadczenia usług, opublikowanej w odpowiednim obwieszczeniu Prezesa Rady Ministrów bądź rozporządzeniu Rady Ministrów „w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w...”

Stawki robocizny kosztorysowej brutto obejmują natomiast wartości stawek kosztorysowych netto powiększonych o narzut kosztów pośrednich i zysk kalkulacyjny. Obliczane są według wzoru:

Stawka rob. brutto = stawka rob. netto x (1+WKp/100%) x (1+WZ/100%)

gdzie zastosowane symbole oznaczają:

WKp – wskaźnik narzutu kosztów pośrednich (wyrażony w procentach),

WZ – procentowy wskaźnik narzutu zysku.

Stawki brutto są kalkulowane na podstawie odpowiednich rynkowych stawek netto (minimalnych, maksymalnych i średnich) oraz wskaźników narzutów (WKp i WZ) również zbieranych z rynku.

W praktyce stawki brutto stanowią więc rynkowe ceny usług budowlanych wyrażone w zł/roboczogodzinę.

Po tych wyjaśnieniach na pewno wiele osób zadaje sobie pytanie: dlaczego rynkowe stawki robocizny kosztorysowej netto zawierające przecież oprócz wynagrodzenia robotników

(w przeliczeniu na godzinę) również płace uzupełniające, obligatoryjne obciążenia płac (ZUS) oraz odpisy na zakładowy fundusz świadczeń socjalnych bywają niższe od minimalnych stawek godzinowych, publikowanych w obwieszczeniach Prezesa Rady Ministrów lub rozporządzeniach Rady Ministrów.

W Raport Sekocenbud dokonujemy systematycznej, krótkookresowej (przedstawianej co kwartał) jak i długookresowej analizy relacji wskaźników zmian średnich stawek robocizny kosztorysowej na tle inflacji oraz wzrostów minimalnych i przeciętnych wynagrodzeń za pracę w gospodarce narodowej. Analizy powyższe na ogół pokazują prawidłowe relacje pomiędzy tymi wskaźnikami. Niemniej jednak, pomimo dobrych relacji wskaźników zmian średnich stawek robocizny kosztorysowej na tle inflacji i wahań wynagrodzenia, poziomy stawek robocizny kosztorysowej często nie satysfakcjonują wykonawców. Zwykle przy takich analizach przypominamy, że wysokości stawek robocizny kosztorysowej są wypadkową gry rynkowej i kompromisów pomiędzy stronami (uczestnikami procesów inwestycyjnych). Poza tym istotne znaczenie ma również niedostosowanie części bazy normatywnej wykorzystywanej do kosztorysowania robót budowlanych, do aktualnych warunków technologiczno-organizacyjnych realizacji robót. Dodatkowo w budownictwie, z uwagi na długość cykli realizacji robót, wszelkie wahania rynkowe stawek wynikające m.in. z aktualizacji przepisów prawnych dotyczących minimalnych wynagrodzeń z opóźnieniem - czasami znacznym np. półrocznym - przekładają się na zmiany poziomów rejestrowanych stawek robocizny kosztorysowej, co potwierdzają notowania systemu SEKOCENBUD."

W związku z powyższym stawka roboczogodzinny wynosi:

stawka rob. netto 30,00 zł x (1+65/100) x (1+13/100) = 30,00 x 1,65 x 1,13 = 55,93 zł z narzutami.

W związku z tym przedstawiona wartość 36,87 zł na 2025 rok jest znacząco niższa niż przewidziana przez BARTNICKI w ofercie. Powyższe możliwe jest do ustalenia już na podstawie informacji wskazanych w treści pierwszych i jedynych wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez Odwołującego.

zarzut I pkt 1) lit. b) – odnośnie do rzekomo zaniżonych cen materiałów

Zamawiający błędnie zinterpretował wyjaśnienia Odwołującego co do składowania i magazynowania materiałów, sprzętu i zaplecza firmowego, gdyż w wyjaśnieniach na stronie 8 wskazano:

„Dodatkowo Wykonawca wskazuje, że posiada swój warsztat oraz magazyny w bliskiej odległości od miejsca wykonywania robót, co przekłada się w mierzalny i oczywisty sposób na wyliczenie zaoferowanych cen w poszczególnych zadaniach, ponieważ posiadanie bazy sprzętowej i zespołu w bliskiej odległości miejsca robót pozwala na obniżenie kosztów, jakie Wykonawca zakłada na wykonanie zadania w ramach Postępowania.”

Z powyższego fragmentu jasno wynika, że chodzi o bazę sprzętową i zespołową a nie materiałową. A zatem Odwołujący w ogóle nie ponosi kosztów magazynowania materiałów. Magazynowanie i dostarczanie materiału i koszty z tym związane są po stronie dostawców.

zarzut I pkt 1) lit. b) – odnośnie do rzekomo zaniżonych cen sprzętu

Zamawiający wskazuje zaniżone ceny jednostkowe, tym samym zawyżając stawki opublikowane w zeszycie kwartalnym Sekocenbud 4 kw. 2024 r. tj.:

-samochód dostawczy 0,9t ceny wg Sekocenbud 4/2024 100,01 zł, tymczasem

z kwartalnika wynika jasno, że minimalna cena wynosi 75,00 zł.

-samochód skrzyniowy do 5t jw. 112,84zł, tymczasem z kwartalnika wynika jasno, że minimalna cena wynosi 80,00 zł.

-samochód samowładowczy do 5t jw. 137,74zł, tymczasem z kwartalnika wynika jasno, że minimalna cena wynosi 100,00zł.

-samochód WUKO SC jw. 160,23zł, tymczasem z kwartalnika wynika jasno, że minimalna cena wynosi 100,00 zł.

Na podstawie zeszytu 60/2024 (2274) 4 kwartał 2024 IRS 4/2024 strony nr 34-37,

z zaznaczeniem stawek minimalnych. W związku powyższym ceny podane przez Zamawiającego są znacząco zawyżone.

Ponadto Zamawiający powołuje się na Sekocenbud z IV kwartału 2024, co jest niezgodne z okresem prowadzonego postępowania. Do upływu terminu składania ofert brak było bowiem jeszcze oficjalnych stawek na IV kwartał 2024. Termin składania ofert upływał bowiem 6 listopada 2024, godz. 12:00, a publikacja stawek za IV kw. 2024 ukazała się 12 listopada 2024 r., a więc dopiero w dniu skierowania przez Zamawiającego wezwania do udzielenia wyjaśnień. Zazwyczaj ta publikacja ukazuje się między 10 a 15 dniem środkowego miesiąca kwartału: luty, maj, sierpień, listopad, czego Zamawiający z pewnością ma świadomość.

Dodatkowo Zamawiający wylicza koszty paliwa pojazdów, co nie powinno mieć tutaj miejsca, gdyż są to koszty pośrednie. Brak jest uzasadnienia dla odnoszenia się do tych kosztów, które sztucznie zawyżają ceny. W szczególności Zamawiający nie uwzględnia faktu, że samochody przeznaczone do transportu mogą korzystać z napędu elektrycznego, gazowego i innego alternatywnego.

zarzut I pkt 2) – odnośnie do zaniechania odrzucenia oferty KONSORCJUM EWS

W odniesieniu do treści wyjaśnień BARTNICKI Zamawiający sformułował liczne zastrzeżenia, tymczasem brak jest takowych w odniesieniu do oferty KONSORCJUM EWS.

Przykładowo Odwołujący wskazał na następujące spostrzeżenia, których zidentyfikowanie przez Zamawiającego na etapie oceny ofert powinno było skutkować odrzuceniem oferty KONSORCJUM EWS:

1) KONSORCJUM EWS zaniżyło wartości materiałów i urządzeń według Sekocenbud IV kwartał 2024

– zaniżone pozycje zostały wskazane w załączonym zestawieniu materiałów dołączonym do oferty KONSORCJUM EWS

2) KONSORCJUM EWS zaniżyło pozycje sprzętu według Sekocenbud IV kwartał 2024

– zaniżone pozycje to „samochód WUKO -S.C.” (zgodnie z kosztorysem 12,00 zł/m-g, natomiast Sekocenbud wskazuje na stawkę minimalną 100 zł/m-g) oraz „samochód dostawczy do 0.9 T” (zgodnie kosztorysem 53,90 zł/m-g, natomiast Sekocenbud wskazuje na stawkę minimalną 75 zł/m-g).

Odwołujący jest pewien, że gdyby podobne rozbieżności pojawiły się w ofercie BARTNICKI, jego oferta zostałaby odrzucona z kolejnego tak odnalezionego powodu. Z całą pewnością tego typu rozbieżność, w świetle decyzji Zamawiającego o odrzuceniu oferty Odwołującego, powinna skutkować, mając na uwadze zasadę równego traktowania wykonawców, również odrzuceniem oferty KONSORCJUM EWS.

3) dołączone do wyjaśnień rażąco niskiej ceny referencje zawierają nieprawidłowy zakres dat, tj. od 01.01.2021 roku do 30.09.2020 roku.

Powyższe powinno skutkować pominięciem wskazanych referencji przez Zamawiającego. Poza tym re referencje co najwyżej mogą świadczyć o tzw. zdolności podmiotowej członka KONSORCJUM EWS, jednak w żadnej mierze nie wskazują i nie przekonują Zamawiającego co do podstaw zarzutu rażąco niskiej ceny.

4) Brak jakichkolwiek faktur zakupowych pokazujących faktyczny rabat sprzedażowy

i zakupiony materiał:

– które to uchybienie świadczy jednoznacznie o braku wykazania realności ceny (tak KIO 68/23).

5) Listy intencyjne wystawione ogólnikowo, nie przedstawiające stałych rabatów czy innych warunków handlowych

– ich dołączenie do wyjaśnień nie stanowi żadnego dowodu ponad ten, że rabaty są udzielane. Ich wysokość jest jednak nieznana.

Fakt zaniechania odrzucenia oferty KONSORCJUM EWS stanowi duże zaskoczenie dla Odwołującego. W szczególności, gdy porówna się stopień szczegółowości wyjaśnień obu wykonawców a także niezwykle rygorystyczne podejście Zamawiającego do treści tych bardziej szczegółowych wyjaśnień przedstawionych przez BARTNICKI.

KONSORCJUM EWS nie dokonało wyjaśnień w pierwotnym i jedynym przewidzianym przez ustawę PZ terminie. Jednak nawet ponowne wyjaśnienie, stanowiące drugą nieuprawnioną szasną dla KONSORCJUM EWS, nade były w wydaniu KONSORCJUM EWS nieudolne, ogólnikowe i blankietowe, ale przede wszystkim były nieuprawnione w myśl przepisów PZP.

Reasumując, nawet gdyby hipotetycznie przyjąć, że decyzja Zamawiającego odnośnie do odrzucenia oferty Odwołującego była słuszna, to tym bardziej, mając na uwadze zasadę równego traktowania wykonawców, Zamawiający powinien był odrzucić ofertę KONSORCJUM EWS. Skoro bowiem ukonstytuowałaby się w postępowaniu tak surowa rygorystyczną linią oceny wyjaśnień rażąco niskiej ceny, jaką forsuje Zamawiający w stosunku do oferty BARTNICKI, to analogiczne zasady należałoby odnieść również do oferty KONSORCJUM EWS.

Zamawiający powinien był bowiem powziąć uzasadnione wątpliwości co do treści lakonicznych, zdawkowych wyjaśnień KONSORCJUM EWS. Tymczasem, jak się okazuje, Zamawiający niemal bezrefleksyjnie zaakceptował treść wątpliwych dowodowo i bezprawnie uzupełnionych w „drugiej turze” wyjaśnień KONSORCJUM EWS.

zarzut I pkt 4) lit. a) – odnośnie do podjęcia niedozwolonych negocjacji cenowych z KONSORCJUM EWS

Jak wynika z treści ponownego wezwania do wyjaśnień KONSORCJUM EWS oraz odpowiedzi z dnia 2 listopada 2024 r., w toku wyjaśnień doszło do niedozwolonych negocjacji cenowych. Z wyjaśnień wynika bowiem: „W naszym przypadku zastosowane przez Nas poziom rabatów ma wartość w granicach od 45%-55%.”

Powyższe stanowisko na etapie pierwotnych wyjaśnień nie zostało wykazane żadnym dowodem, który w tym przypadku mogłaby stanowić np. faktura zakupu, tak jak przedstawił to Odwołujący w swoich wyjaśnieniach. Natomiast celem wykazania posiadania rabatów jak wyżej, KONSORCJUM załączyło dokument o nazwie „Załącznik 1. Przykładowa oferta EWS-3” rzekomo wystawiony przez MAG INSTAL sp. z o.o. sp. k. Jak wynika z dokumentu, zawiera on dwie znamienne cechy. Otóż w lewym górnym rogu dokumentu:

1) wskazano datę 2024-11-27 co oznacza, że jest to oferta uzyskana po złożeniu oferty, w dniu złożenia drugich wyjaśnień rażąco niskiej ceny przez KONSORCJUM EWS

–co dyskwalifikuje ten dokument jako wiarygodny w kontekście wyjaśnień rażąco niskiej ceny, która została skalkulowana na dzień jej złożenia, tj. 6 listopada 2024 r., a więc na 21 dni przed wystawieniem dokumentu, który ma rzekomo potwierdzać istnienie rabatu

2) wskazano datę ważności dokumentu (podkreślenie Odwołującego) „1800-12-28”

–co świadczy w zasadzie o braku daty ważności i poddaje w wątpliwość ważność tego dokumentu nie tylko na dzień 6 listopada 2024 roku, ale również na dzień jego złożenia.

Jednocześnie takie określenie ważności dokumentu (data przeszła) stwarza swobodne warunki dla firmy go wystawiającej do „wycofania” się z propozycji przedstawionej w ofercie. Istnieją zatem przesłanki do wnioskowania, że dokument został wystawiony „na potrzeby” uzasadnienia ceny KONSORCJUM EWS i nie stanowi wiążącego zobowiązania.

Co do zasady rabaty jakie winno wykazać KONSORCJUM EWS powinny odnosić się do całego okresu realizacji umowy.

Zamawiający, mimo niezwykle wręcz i nieuzasadnionej skrupulatności w odniesieniu do oferty BARTNICKI, ponownie faworyzuje ofertę konkurencji, mimo że właśnie w odniesieniu do oświadczeń i dokumentów KONSORCJUM EWS powinien był powziąć uzasadnione wątpliwości.

zarzut I pkt 4) lit. b) – odnośnie do faworyzowania KONSORCJUM EWS

Zdaniem Odwołującego Zamawiający faworyzował od samego początku ofertę KONSORCJUM EWS poprzez:

1) znaczne wydłużenie terminu na udzielenie wyjaśnień,

2) dwukrotne nienależne wezwanie KONSORCJUM EWS do wyjaśnień rażąco niskiej ceny w zakresie cen materiałów sprzętu wskazanym w uzasadnieniu niniejszego odwołania, mimo licznych przypadków zniżenia cen przez KONSORCJUM EWS w tym zakresie, a także poprzez

3) preferencyjne potraktowanie lakonicznych wyjaśnień rażąco niskiej ceny KONSORCJUM EWS, przy jednoczesnym braku wyrażenia zgody na przedłużenie terminu na udzielenie wyjaśnień Odwołującemu oraz niezwykle formalistycznym i surowym potraktowaniu szczegółowych, popartych odpowiednimi dowodami, wyjaśnień Odwołującego.

Dodatkowo należy podkreślić, że BARTNICKI przedstawił w złożonych wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny szerokie spektrum dowodów potwierdzających, że ceny materiałów i sprzętu nie zostały zniżone. W tym zakresie warto porównać wyjaśnienia przedstawione przez obu wykonawców. Okazuje się, że wyjaśnienia KONSORCJUM EWS na tle wyjaśnień Odwołującego jawią się jako niezwykle lakoniczne wynika z nich w zasadzie jedynie fakt, że KONSORCJUM EWS stosuje rabaty wypracowane w toku prowadzenia działalności gospodarczej.

Mimo niemal identycznej struktury i treści wyjaśnień obu wykonawców co do posiadania własnych magazynów, Zamawiający sformułował tylko w odniesieniu do Odwołującego zarzut, że nie wskazał: „kosztów magazynowania materiałów które wykonawca posiada a jak wynika z wyjaśnień uwzględnia w realizacji przedmiotowego zamówienia”

Tak rażące różnicowanie sytuacji wykonawców w obliczu niemal identycznych wyjaśnień w zakresie stanu magazynowego, jawi się jako naruszenie zasady przeprowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców oraz w sposób proporcjonalny.

Przy czym KONSORCJUM EWS nie dość, że nie poniosło żadnych konsekwencji braku wskazania kosztów magazynowania materiałów, to dodatkowo miało możliwość –

w drugiej „turze” wyjaśnień – przedłożenia zestawienia materiałów z szacunkowym stanem magazynowym. To zestawienie zostało przedłożone przez KONSORCJUM EWS w dniu 27 listopada 2024 r., a więc 15 dni po otrzymaniu pierwotnego wezwania o udzielenie wyjaśnień, oraz 8 dni po bezpowrotnym upływie terminu na udzielenie wyjaśnień przez Odwołującego. KONSORCJUM EWS znalazło się zatem w niezwykle uprzywilejowanej pozycji, na jaką nie mógł nawet liczyć Odwołujący, mimo złożenia, w stosownym czasie, dwóch wniosków o przedłużenie terminu na udzielenie wyjaśnień.

Z tych powodów Odwołujący wnosil jak w petitum odwołania.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń, a także stanowisk Stron i Uczestnika postępowania, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, odwołanie nie zawierało braków formalnych i mogło zostać rozpoznane merytorycznie.

Izba ustaliła, że Wykonawca wnoszący odwołanie wykazał interes w korzystaniu ze środków ochrony prawnej. Wykonawca jest podmiotem, który złożył ofertę

w postępowaniu i jest zainteresowany uzyskaniem zamówienia. Wybór oferty innego wykonawcy, a także odrzucenie oferty Odwołującego godzi w interesy ekonomiczne Odwołującego i naraża go na szkodę w postaci utraty zamówienia i możliwości osiągnięcia zysku z realizacji przedmiotu zamówienia.

Do postępowania odwoławczego zgłoszenie przystąpienia po stronie Zamawiającego złożyli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia – konsorcjum w składzie: (1) E.W.S E.Ś., z siedzibą w Warszawie (Lider), (2) EWS Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (Partner). Izba potwierdziła skuteczność zgłoszenia i dopuściła Wykonawcę jako Przystępującego po stronie Zamawiającego.

Na podstawie dokumentacji postępowania przekazanej przez Zamawiającego Izba ustaliła, że w dniu 12 listopada 2024 roku Zamawiający wezwał Odwołującego, na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny za realizację przedmiotu zamówienia.

Zamawiający podał, że zaoferowano za realizację przedmiotu zamówienia za całkowitą cenę brutto: 859 842,41 zł — cena ta jest:

a) niższa o 60,92 % od wartości szacunkowej brutto, która wynosi 2 199 908,07 zł, w związku z powyższym, Zamawiający wezwał do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny, gdyż zaoferowana cena w każdej z części zamówienia wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia.

Zgodnie z art. 224 ust. 3 Pzp, wyjaśnienia mogą dotyczyć w szczególności:

1)wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków związanych z realizacją robót budowlanych;

2)oryginalności robót budowlanych oferowanych przez wykonawcę;

3)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 10.10.2002 r.

o minimalnym wynagrodzeniu za pracę Dz.U. z 2020 r. poz. 2207);

4)zgodności z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej;

5)zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;

6)zgodności z przepisami z zakresu ochrony środowiska;

7)wypełniania obowiązków związanych z powierzeniem wykonania części zamówienia podwykonawcy.

Mając na uwadze art. 224 ust. 4 PZP, Zamawiający żądał złożenia wyjaśnień, o których mowa powyżej, co najmniej w zakresie określonym w pkt 4 i 6.

Ponadto, w wyjaśnieniach oraz złożonych dowodach w zakresie wyliczenia cen należy uwzględnić wszystkie koszty bezpośrednie i pośrednie (w tym ubezpieczenia, opłaty), uwzględnić zysk oraz podatek od towarów i usług (VAT) w aktualnie obowiązującej stawce w szczególności:

- koszty zakupionych materiałów,
- koszty robót przygotowawczych, robót porządkowych,
- koszty wykonania wszelkich prób, badań i odbiorów oraz innych czynności niezbędnych do wykonania przedmiotu zamówienia np. usunięcia i utylizacji odpadów, uzgodnień i opłat związanych z budową,
- koszty transportu, podróży, opłat i podatków łącznie z podatkiem VAT,
- koszty dostawy i montażu wszelkich urządzeń stanowiących elementy instalacji budynku,
- koszty udzielenia gwarancji jakości i obsługi gwarancyjnej.

Ponadto, w wyjaśnieniach oraz złożonych dowodach w zakresie wyliczenia cen należy uwzględnić wszystkie koszty bezpośrednie i pośrednie (w tym ubezpieczenia, opłaty), uwzględnić zysk oraz podatek od towarów i usług (VAT) w aktualnie obowiązującej stawce.

W szczególności Zamawiający prosił o wyjaśnienie:

a)robocizna zastosowana stawka robocizny zł/r-g jest niższa od minimalnej kalkulacyjnej stawki wynagrodzenia w budownictwie, dla robót budowlano-montażowych II połowa 2024r. wynoszącej 36,16 zł/r-g;

b)materiały zestawienie materiałów nie zawiera cen jednostkowych ilość grzejników

3-płytowych 1400/600 (poz. 151 i 153) w zestawieniu materiałów powinno być 30 szt. jest = 0 szt.

poz. 92 zasobnik cw 330dm3 - w nakładach materiałowych błędnie ujęto naczynie wzbiornicze przeponowe 300 dm3 zaniżone ceny materiałów np.:

grzejniki trójpłytowe VC33 400/600 cena 377,65 ceny wg sekocenbud 2/2024 1227,00
jw 800/600 469,35 1483,00; jw 1000/600 527,45 1698,00; jw 1100/600 585,20 1806,00;
jw 1200/600 621,95 1912,00; jw 1400/600 773,85 2338,00

c) sprzęt zaniżone ceny jednostkowe pracy sprzętu w zł/m-g np.:
samochód dostawczy 0,9t 29,00 ceny wg sekocenbud 4/2024 100,01
samochód skrzyniowy do 5t 29,00 jw. 112,84
samochód samowyladowczy do 5t 29,00 jw. 137,74
samochód WUKO SC 72,40 jw.

Zamawiający podkreślił, że zgodnie z art. 224 ust. 5 Pzp, obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa na Wykonawcy. Termin udzielenia odpowiedzi ustalono do dnia 19.11.2024 r.

Jednocześnie w tym samym dniu Zamawiający wezwał do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny za realizację przedmiotu zamówienia również drugiego z wykonawców (Przystępującego), na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp.

Zamawiający podał, że za realizację przedmiotu zamówienia jako całkowitą cenę brutto wskazano 1 011 054,32 zł. Cena ta jest niższa o 54.04 % od wartości szacunkowej brutto, która wynosi 2 199 908,07 zł.

W związku z powyższym, Zamawiający wezwał do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny, gdyż zaoferowana cena w każdej z części zamówienia wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia.

Zgodnie z art. 224 ust. 3 Pzp, wyjaśnienia mogą dotyczyć w szczególności:

- 1) wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków związanych z realizacją robót budowlanych;
- 2) oryginalności robót budowlanych oferowanych przez wykonawcę;
- 3) 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 10.10.2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę Dz.U. z 2020 r. poz. 2207);
- 4) zgodności z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej;
- 5) zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;
- 6) zgodności z przepisami z zakresu ochrony środowiska;
- 7) wypełniania obowiązków związanych z powierzeniem wykonania części zamówienia podwykonawcy.

Mając na uwadze art. 224 ust. 4 ustawy Pzp żądał złożenia wyjaśnień, o których mowa powyżej, co najmniej w zakresie określonym w pkt 4 i 6..

Ponadto, w wyjaśnieniach oraz złożonych dowodach w zakresie wyliczenia cen należy uwzględnić wszystkie koszty bezpośrednie i pośrednie (w tym ubezpieczenia, opłaty), uwzględnić zysk oraz podatek od towarów i usług (VAT) w aktualnie obowiązującej stawce w szczególności :

Zgodnie z art. 224 ust. 5 Pzp, obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa na Wykonawcy.

- koszty zakupionych materiałów,
- koszty robót przygotowawczych, robót porządkowych,
- koszty wykonania wszelkich prób, badań i odbiorów oraz innych czynności niezbędnych do wykonania przedmiotu zamówienia np. usunięcia i utylizacji odpadów, uzgodnień i opłat związanych z budową,
- koszty transportu, podróży, opłat i podatków łącznie z podatkiem VAT,
- koszty dostawy i montażu wszelkich urządzeń stanowiących elementy instalacji budynku,
- koszty udzielenia gwarancji jakości i obsługi gwarancyjnej.

Zamawiający prosił także o informację w pozycjach:

a) pozycje poz. 43 - KNR 2-15 0110-04 próba szczelności instalacji wodociągowej

- nakłady rzeczowe ofertowe zgodne z nakładami rzeczowymi katalogowymi

- woda 0,03 m³/m - nakład jest kosztem Zamawiającego, w kosztorysach powykonawczych nakład winien być potrącany (zerowany)

- poz. 44 - KNR 2-15 0110-05 próba szczelności instalacji wodociągowej - nakłady rzeczowe ofertowe zgodne z katalogowymi

-woda 0,017 m3/m - nakład jest kosztem Zamawiającego, w kosztorysach powykonawczych nakład winien być potrącany

Termin udzielenia odpowiedzi wyznaczono do dnia 19.11.2024 r.

Zamawiający podkreślił, że zgodnie z art. 224 ust. 5 Pzp, obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa na Wykonawcy.

W dniu 14 listopada Odwołujący wniosek o wydłużenie terminu na wyjaśnienia, uzasadniając go z okresem międzywiątecznym oraz przebywaniem Zarządu Spółki na urlopie wypoczynkowym. Proszono o wydłużenie terminu odpowiedzi do składania wyjaśnień, do dnia 26 listopada 2024, godz. 00:00.

Zamawiający nie wyraził zgody na przedłużenie terminu.

W dniu 15 listopada 2024 roku Odwołujący kolejny raz poprosił o wydłużenie terminu na złożenie wyjaśnień, podając, że wyznaczony okres 7 dni jest za krótki dla firmy na udzielenie szczegółowych wyjaśnień. Powodem jest urlop członków Zarządu Spółki, a także choroba kluczowego pracownika, który mógłby sprawą się zająć. W związku z powyższym Odwołujący ponowił prośbę o wydłużenie terminu na złożenie wyjaśnień o minimum 3 dni.

Zamawiający ponownie nie wyraził zgody, wskazując jednocześnie, że ustawa Pzp nie wyznacza minimalnego terminu na udzielenie odpowiedzi Zamawiającemu. Zamawiający uważał, że wyznaczony 7 dniowy termin jest adekwatny do żadanego zakresu wyjaśnień.

W wyznaczonym terminie obaj Wykonawcy złożyli wyjaśnienia ceny, przy czym Odwołujący część informacji zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Odwołujący złożył wyjaśnienia, których obszernie treść przywołano w uzasadnieniu odwołania, wymieniając również jakie załączniki posiadały niniejsze wyjaśnienia. Wyjaśnienia zawierały także pięć tabeli z wyliczeniami. Wyjaśnienia Przystępującego liczyły 5 stron i 3 załączniki (referencje dla realizowanych robót instalacyjnych, listy intencyjne od hurtowni oraz lista pracowników zgłoszonych do ZUS-u).

W dniu 25 listopada 2024 roku Zamawiający w stosunku do Przystępującego skierował następne wezwanie w trybie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp. złożenia dodatkowych wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny za realizację przedmiotu zamówienia w części nr 1.

W udzielonych wyjaśnieniach wskazano m.in.:

- 1)możliwość zakupu materiałów od stałych dostawców po możliwie najniższych cenach oraz ogólny koszt zakupu materiałów, przy czym nie wskazano jaki poziom rabatów od cen rynkowych został w tym koszcie uwzględniony,
- 2)możliwość wykorzystania materiałów z własnego magazynu , przy czym nie wskazano, czy założono wykorzystanie nabytych już materiałów do realizacji przedmiotowego zamówienia oraz ich udziału (kosztu) w cenie.

Zamawiający wezwał do złożenia dodatkowych wyjaśnień w następującym zakresie:

- 1) jaki założono poziom rabatów od zakupu materiałów w stosunku do ich cen rynkowych,
- 2) jaki założono poziom kosztów materiałów już posiadanych w magazynie,

W wyjaśnieniach proszono o wskazanie, czy wskazane koszty odnoszą się do ceny oferty netto czy brutto. Termin na złożenie wyjaśnień ustalono na 29 listopada 2024 roku.

Przystępujący w wyznaczonym terminie złożył wyjaśnienia.

W dniu 6 grudnia 2024 roku Zamawiający, działając na podstawie art. 253 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poinformował o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie:

- 1)art.226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp „*zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia*”;
- 2)art. 226 pkt 8 ustawy Pzp „*zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia*”

Uzasadnienie odrzucenia oferty ad. pkt 1)

Zamawiający w SWZ w sposób jednoznaczny określił wymogi co do treści oferty oraz informacji, jakie mają być zawarte w szczegółowym kosztorysie ofertowym, który wykonawca zobowiązany był złożyć wraz z ofertą. Zgodnie z rozdziałem XV pkt 2 SWZ, „*Kosztorys ofertowy sporządzony metodą kalkulacji szczegółowej - uwzględniający wszystkie pozycje według kolejności ujęte w przedmiarze robót (Załącznik nr 3a do SWZ) z wyszczególnieniem rodzaju robót – opis pozycji, ilość robót, cenę jednostkową pozycji, wartość pozycji, zestawienie narzutów, materiałów i urządzeń z cenami, zestawienie sprzętu z cenami, stawkę robocizny, procentowe wskaźniki kosztów pośrednich, kosztów zakupu i zysku); każda pozycja kosztorysu ofertowego winna zawierać numer pozycji odpowiadający numerowi pozycji przedmiaru, podstawę (nr katalogu lub nazwę przyjętą w przedmiarze, np. kalkulacja własna, analiza własna, analogia itp.), opis pozycji i jednostki miary ściśle wg wymagań Zamawiającego. Kosztorys ofertowy musi być złożony w formie elektronicznej opatrzonej (poza platformą) kwalifikowanym podpisem elektronicznym lub w postaci elektronicznej opatrzonej (poza platformą) podpisem zaufanym lub osobistym;*”

Wykonawca załączył kosztorys ofertowy do złożonej oferty. Jednak załączone do kosztorysu szczegółowego zestawienie materiałów nie zawiera cen jednostkowych – oferta nie spełnia wymagań SWZ.

Zamawiający stwierdza, że Wykonawca złożył ofertę niezgodną z warunkami zamówienia i z tego powodu oferta

ta podlega odrzuceniu.

Uzasadnienie odrzucenia oferty ad. pkt 2)

W dniu 13.11.2024r. działając na podstawie art. 224 ust. 1 PZP Wykonawca został wzywany do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny za realizację w/w przedmiotu zamówienia, w tym złożenia dowodów

w zakresie wyliczenia ceny lub ich istotnych części składowych. Zaoferowana przez Wykonawcę cena za realizację przedmiotu zamówienia 859 842,41 zł jest niższa o 60,92% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przez Zamawiającego przed wszczęciem, która wynosi 2 199 908,07 zł.

Zamawiający wzywał Wykonawcę do opisanie i wyjaśnienia w jaki sposób kalkulował cenę i co wpłynęło na jej wysokość oraz jakie koszty i w jakiej wysokości wchodzi w skład zaoferowanej ceny. W szczególności Zamawiający zwrócił się o wyjaśnienie o wyjaśnienie:

1)robocizna zastosowana stawka robocizny R=30,00 zł/r-g jest niższa od minimalnej kalkulacyjnej stawki wynagrodzenia w budownictwie, dla robót budowlano-montażowych II połowa 2024r. wynoszącej 36,16 zł/r-g

2)materiały-zaniżone ceny materiałów

3)sprzęt-zaniżone ceny jednostkowe pracy sprzętu w zł/m-g

W wezwaniu Zamawiający wskazał, że zgodnie z art. 224 ust. 5 Pzp, obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa na Wykonawcy.

Wykonawca w wyznaczonym terminie złożył wyjaśnienia dotyczące wyliczenia ceny. Przedstawione wyjaśnienia nie zostały przyjęte przez Zamawiającego w powyższym zakresie.

Ad 1) Zasady kształtowania minimalnego wynagrodzenia zostały uregulowane

w ustawie z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę Z art. 2 ust. 1 tej ustawy wynika, iż wysokość minimalnego wynagrodzenia za pracę jest corocznie przedmiotem uzgodnień w ramach Rady Dialogu Społecznego Rada Ministrów ustala,

w drodze rozporządzenia, w terminie do dnia 15 września każdego roku, wysokość minimalnego wynagrodzenia w roku następnym, a także wysokość minimalnej stawki godzinowej w roku następnym wraz z terminem zmiany tych wysokości.

Od 1 lipca 2024 r. minimalna stawka godzinowa wynosi 28,10 zł za każdą godzinę wykonanego zlecenia lub świadczonych usług (od 1 stycznia 2025 r. będzie wynosiła 30,50 zł) Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 12 września 2024 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2025 r. (Dz.U. z 2024 r. poz. 1362).

Zamawiający w tabeli wskazał całkowity koszt roboczogodziny (wraz z kosztami pracodawcy – bez uwzględnienia narzutów uzupełniających na które składa się wyliczenie ekwiwalentu za urlop, ekwiwalentu za odzież , kosztu obowiązkowego badania lekarskiego).

Składnik wynagrodzenia Stawka Wynagrodzenie minimalne 2025	2024	2025
Wynagrodzenie brutto – 4 666,00 zł	28,10 zł	30,50 zł
Składka emerytalna 9,76	2,74 zł	2,98 zł
Składka rentowa 6,50%	1,83 zł	1,98 zł
Składka wypadkowa 1,67%	0,47 zł	0,51 zł
Składka na FP 2,45%	0,69 zł	0,75 zł
Składka na FGŚP 0,1%	0,03 zł	0,15 zł
Wpłata podstawowa na PPK 1,5%	0,42 zł	0,46 zł
RAZEM 21,98%	6,18 zł	6,83 zł
bez uwzględnienia PPK	5,75 zł	6,37 zł
całkowity koszt roboczogodziny bez uwzględnienia PPK	33,85 zł	36,87 zł

Zamawiający określił w dokumentach zamówienia wymagania związane z realizacją zamówienia w zakresie zatrudnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie stosunku pracy osób wykonujących wskazane przez zamawiającego czynności w zakresie realizacji zamówienia, jeżeli wykonanie tych czynności polega na wykonywaniu pracy

w sposób określony w art. 22 § 1 ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. – Kodeks pracy (dalej jako Kp).

W konkluzji powyższego relacja ceny ofertowej do przepisów dotyczących kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za

pracę lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie. Z powyższego wynika więc jednoznacznie, że Wykonawca winien skalkulować w oferowanej cenie wszystkie elementy związane z należyтым wykonaniem zamówienia, przy czym fakt nienależytego skalkulowania ceny ofertowej obciąża wykonawcę. Krajowa Izba Odwoławcza wielokrotnie w swoich orzeczeniach wskazywała na konieczność uwzględnienia rzeczywistych kosztów realizacji zamówienia (tak wyrok z dnia 19 września 2019 r., sygn. akt: KIO 1726/19, wyroku z 4 czerwca 2021 r., KIO 1441/21)

Jako istotne naruszenie, które wystąpiło w analizowanej sprawie należy również zakwalifikować okoliczność, że przy kalkulacji ceny pod uwagę zostało wzięte najniższe wynagrodzenie obowiązujące w 2024r. W tym zakresie Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej

z dnia 4 lutego 2022 r. KIO 115/22 wyjaśnia, że podmiot który po ogłoszeniu wynagrodzenia na okres którego postępowanie dotyczy po ogłoszeniu wysokości minimalnego wynagrodzenia powinien być uwzględnić przede wszystkim kwotę najniższego wynagrodzenia obowiązującą w tym roku w którym zamówienie będzie realizowane.

KIO w wyroku z dnia 23 lutego 2017 r. sygn. akt KIO 679/17, KIO 680/17 uznało nawet, że *„Ustalenie ceny za robociznogodzinę niższą niż minimalne wynagrodzenie za pracę może stanowić nie tylko czyn nieuczciwej konkurencji, ale także błąd w obliczeniu ceny.*

Urząd Zamówień Publicznych stoi na stanowisku, że *uwzględnienie określonych ryzyk kontraktowych lub przyjętej w danej branży skali ich wystąpienia, gdy wynikają one ze specyfiki zamawianych przez inwestora dostaw, usług lub robót budowlanych, jest obowiązkiem każdego z podmiotów składających ofertę realizacji określonego świadczenia, w tym również ofertę wykonania zamówienia publicznego. Takie działanie jest bowiem naturalnym zjawiskiem towarzyszącym prowadzeniu działalności profesjonalnej lub zarobkowej* (Urząd zamówień publicznych, opinia pn. Dopuszczalność zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego na podstawie art. 455 ust. 1 pkt 1 i 4 oraz art. 455 ust. 2 ustawy Pzp, Warszawa dnia 24 marca 2022 r.). Zatem zmiana wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę jest stałym elementem porządku prawnego, który w ramach należytej staranności wykonawców winien być brany pod uwagę przy szacowaniu ceny ofertowej. Wykonawca jest zobowiązany prawidłowo skalkulować cenę ofertową, mając na uwadze potrzebę przestrzegania przepisów powszechnie obowiązującego prawa.

Zgodnie z przepisami ustawy o minimalnym wynagrodzeniu za pracę, wysokość wynagrodzenia pracownika zatrudnionego na pełen etat nie może być niższa od wysokości minimalnego wynagrodzenia.

Oferta złożona przez Wykonawcę nie jest zgodna z powszechnie obowiązującymi przepisami:

- 1) ustawą z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2020 r. poz. 2207);
- 2) 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);
- 3) rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 12 września 2024 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2025 r. (Dz.U. z 2024 r. poz. 1362).

Ad 2) Materiały - zaniżone ceny materiałów

Zamawiający uznał wyjaśnienia i dowody Wykonawcy w zakresie upustów i rabatów ze strony dostawców. W odniesieniu do cen materiałów Wykonawca powołuje się ze względu na długoletnią działalność i doświadczenie, wskazuje również na realizację różnych zadań w przedmiotowym zakresie – nie określa i nie wskazuje kosztów magazynowania materiałów które wykonawca posiada a jak wynika z wyjaśnień uwzględnia w realizacji przedmiotowego zamówienia .

Ad 3) Sprzęt - zaniżone ceny jednostkowe pracy sprzętu w zł/m-g

Wykonawca przedstawił wyjaśnienia i dowody w przedmiotowym zakresie. Wskazane w ofercie koszty istotnie odbiegają od wartości rynkowych. Średni koszt motogodziny dla poniższych sprzętów w oparciu o dane wskazane przez SEKOCENBUD kształtują się na poziomie jak poniżej:

samochód dostawczy 0,9t ceny wg sekocenbud 4/2024 100,01

samochód skrzyniowy do 5t jw. 112,84

samochód samowyladowczy do 5t jw. 137,74

samochód WUKO SC jw. 160,23

Poza tym oprócz kosztów nabycia, utrzymania, wynajmu pojazdu wlicza się koszt paliwa który kształtuje się na poziomie:

Aktualne ceny paliw obowiązujące od dnia 2024-12-05 , źródło: www.orlen.pl ; ceny hurtowe			Średnie detaliczne ceny paliw w Polsce: źródło www.reflex.com.pl/cenydetaliczne-polska
Paliwo	Cena [PLN/m3]	cena za 1 l	cena za 1 l

Benzyna bezołowiowa 95	4 622,00 zł	4,62 zł	6,23 zł
Benzyna bezołowiowa 98	5 048,00 zł	5,05 zł	7,05 zł
Olej napędowy EURO DIESEL	4 837,00 zł	4,84 zł	6,30 zł

Mając uwadze powyższe Zamawiający uważa, że oferta Wykonawcy podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 i pkt 8 ustawy Pzp.

Za ofertę najkorzystniejszą Zamawiający uznał ofertę Przystępującego.

Czynność wyboru oferty najkorzystniejszej i odrzucenia oferty Odwołującego została zaskarżona.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o jego oddalenie w całości.

Przystępujący w stanowisku pisemnym także wnosił o oddalenie odwołania jako bezzasadnego.

Na rozprawie przed Izbą Zamawiający oświadczył, że uwzględnia zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Przystępujący złożył oświadczenie, że w zakresie uwzględnionego zarzutu nie korzysta z prawa do wniesienia sprzeciwu. Wobec takiej sytuacji odwołanie w tej części podlegało umorzeniu na podstawie art. 522 ust. 4 ustawy Pzp.

W pozostałym zakresie Izba uznała, że odwołanie podlegało oddaleniu.

Z art. 224 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp wynika, że 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.

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.

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.

Zgodnie z art. 224 ust. 5 ustawy Pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy. Art. 224 ust. 6 ustawy Pzp stanowi, że 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.

Na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską ceną lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Natomiast zgodnie z art. 239 ustawy Pzp Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia. Najkorzystniejsza oferta to oferta przedstawiająca najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu lub oferta z najniższą ceną lub kosztem.

Jak wynika z ugruntowanego orzecznictwa Izby oraz sądów powszechnych za ofertę z rażąco niską ceną należy uznać ofertę z ceną niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych

podobnych zamówień. Oznacza to cenę znacząco odbiegającą od cen przyjętych, wskazującą na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi, dostawy, roboty budowlanej. W orzecznictwie wskazuje się również, że o cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, iż przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne.

Analiza przepisów ustawy Pzp prowadzi do wniosku, iż ciężar wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy, który otrzymał wezwanie do złożenia wyjaśnień. Tym samym złożone przez wykonawcę wyjaśnienia w zakresie ceny oferty lub kosztu, lub ich istotnych części składowych, winny być konkretne, wyczerpujące

i rozwiewające wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w specyfikacji lub wynikającymi z odrębnych przepisów. Wykonawca zobowiązany jest wyjaśnić w sposób szczegółowy i konkretny,

że zaoferowana cena gwarantuje należytą realizację całego zamówienia. To na wykonawcy ciąży obowiązek wykazania, jakie obiektywne czynniki pozwoliły mu na obniżenie ceny oferty oraz w jakim stopniu dzięki tym czynnikom cena oferty została obniżona. Wyjaśnienia złożone przez wykonawcę powinny poparte być stosownymi dowodami. W ramach wyjaśnień,

o których mowa w art. 224 Pzp, wykonawca zobligowany jest nie tylko do sformułowania twierdzeń dotyczących ceny lub kosztu ofert, ale także do przedstawienia dowodów, dzięki którym zamawiający będzie miał możliwość zweryfikowania złożonych wyjaśnień (tak wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 maja 2016 r., sygn. akt: KIO 817/16, LEX nr 2054658; podobnie wyrok Sądu Okręgowego w Olsztynie dnia 13 marca 2015 r., sygn. akt: IX Ca 39/15, LEX nr 1835972).

Zarzut naruszenia art. 239 ustawy Pzp w związku z art. 16 ustawy Pzp w związku z art. 226 ust. 1 pkt 8) ustawy Pzp wobec oferty Odwołującego

Nie ulega wątpliwości, że wyjaśnienia złożone przez Odwołującego były obszerne i dołączono do nich szereg dowodów merytorycznych. Tym niemniej, to nie ilości, ale merytoryczny zakres uprawnień podlega weryfikacji Zamawiającego, a tym samym weryfikacji Izby jako oceniającej prawidłowość działań Zamawiającego.

Zamawiający nie przeczył, iż Odwołujący, jak zaznaczył w wyjaśnieniach, posiada bogate doświadczenie zawodowe, o czym świadczą dołączone do wyjaśnień referencje i kosztorysy ofertowe z realizacji innych zadań inwestycyjnych. Nie podważano także dobrej kondycji finansowej Wykonawcy, braku posiadania zaległości podatkowych, czy innych należności publiczno-prawnych. Nie negowano, że samodzielna realizacja zamówienia, posiadane doświadczenie pozwala na przyjęcie pewnych założeń i właściwą kalkulację kosztów związanych z realizacją przedmiotu zamówienia, że Wykonawca dysponuje odpowiednim zespołem, sprzętem. Jest to argumentacja, która pozwala Zamawiającemu ocenić ogólną kondycję przedsiębiorcy, zakres jego zasobów, czy gotowość do realizacji przedmiotu zamówienia. Przy czym argumentacja ta nie może zastąpić szczegółowych wyjaśnień w zakresie kalkulacji ceny ofertowej dla konkretnego zadania i odniesienia się do treści otrzymanego przez Wykonawcę wezwania do wyjaśnień.

Obowiązkiem Zamawiającego jest ocena, czy złożone wyjaśnienia są na tyle konkretne, szczegółowe i poparte dowodami w zakresie realizowanego zadania, którego wycena podlega ocenie, także w kontekście treści otrzymanego przez danego wykonawcę zapytania. Konieczne jest ustalenie, czy dany wykonawca udzielił odpowiedzi na wyrażone w ramach wezwania Zamawiającego wątpliwości.

Wbrew twierdzeniom odwołania, otrzymane przez Odwołującego wezwanie do wyjaśnień zawierało pytanie o zgodność wyceny oferty z przepisami z zakresu prawa pracy

i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie. Dodatkowo Zamawiający pytał o kwestię związaną ze stawką robocizny wskazaną przez Odwołującego w ofercie jako 30 zł. Zatem wezwanie do wyjaśnień dotyczyło dwóch powiązanych ze sobą kwestii. Na obecnym etapie postępowania Odwołujący nie może tłumaczyć się, że odmiennie zinterpretował treść wezwania, bowiem otrzymawszy wezwanie nie kwestionował jego zakresu rzeczowego. Oczywistym wydaje się także, że te dwa zagadnienia są ze sobą powiązane, bowiem to stawka robocizny jest podstawą ustalenia poziomu wynagrodzenia należnego pracownikom wykonawcy.

W ramach punktu wyjaśnień w zakresie kosztów zgodności z kosztami pracy oraz przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego Odwołujący podkreślił, spełnia wszystkie wymagania przepisów prawa pracy, także przepisów o najniższym wynagrodzeniu i że dysponuje wymaganym przez Zamawiającego personelem, osoby te są zatrudnione na podstawie umowy o pracę lub prowadzą własną działalność gospodarczą.

W ramach tego punktu Odwołujący oświadczył, że dla pracowników zatrudnionych na umowę o pracę regularnie odprowadza składki do ZUS, a „*w całkowitym koszcie oferty uwzględniono wszelkie koszty B. jako pracodawcy, w tym również koszty pracodawcy wynikające z ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych*”. W części objętej tajemnicą

przedsiębiorstwa Odwołujący podał w jaki sposób (z uwzględnieniem jakich elementów) obliczył stawkę (koszty pracownika, koszty pracodawcy, PPK, urlopy, zastępstwa, zwolnienia lekarskie). Jednak z zestawienia tabelarycznego na stronie 16 wyjaśnień wynika, że stawka godzinowa brutto wyliczona została jako 26, 89 zł. Podobne wyliczenia zamieszczono na stronie 18 wyjaśnień. W każdym z tych miejsc Odwołujący posługuje się sformułowaniem „stawka godzinowa brutto”.

Izba podziela ocenę Zamawiającego, że w takim razie wskazywana stawka robocizny nie spełnia wymagań przepisów o najniższym wynagrodzeniu. Owszem w wezwaniu do wyjaśnień Zamawiający pytał o wysokość stawki robocizny w odniesieniu do stawki przewidzianej dla II kwartał 2024 roku według Sekocenbud. Odwołujący nie wyjaśnił, że stawka robocizny 30 zł nie zawiera narzutów pracodawcy. Co więcej nie przeczą temu dane i wyliczenia znajdujące się w wyjaśnieniach na przywołanych przez Izbę stronach. Podana stawka 30 zł jest być może niższa niż średnia stawka według Sekocenbud dla województwa mazowieckiego ale nie pokrywa się ze stawką wymaganą przepisami prawa. Odwołujący dopiero w odwołaniu postawił tezę, że wyjaśniając wysokość stawki 30 zł nie uwzględniał narzutów pracodawcy. Ze złożonych Zamawiającemu wyjaśnień taka teza nie wynika, a wręcz przeciwnie, Odwołujący w wielu miejscach podkreślał, że stawki należne pracownikom zawierają wszystkie niezbędne koszty. Właśnie do treści złożonych wyjaśnień odnoszą się punkty 2, 3, 4 odpowiedzi na odwołanie (strona 5 – 7 odpowiedzi). Z jednej strony bowiem wynika z wyjaśnień, że wykonawca wziął pod uwagę wszystkie niezbędne czynniki i koszty wynagrodzenia, a z drugiej strony przeczą temu niespójne wyliczenia zamieszczone w wyjaśnieniach i operowanie stawką 30 zł jako podstawową. Owszem, do zagadnień tych nie odniósł się Zamawiający w informacji o odrzuceniu oferty, jednak podkreślanych elementów Izba nie uznała za nowe zarzuty w stosunku do oferty Odwołującego. Powodem odrzucenia oferty Odwołującego była wysokość stawki robocizny, natomiast zawarta w odpowiedzi na odwołanie argumentacja ma podkreślać niespójność stanowiska samego Odwołującego. Zamawiający w Informacji o odrzuceniu oferty wskazał, że założona stawka robocizny jest za niska i dlatego tak uważa, natomiast w odpowiedzi na odwołanie wskazał, jakie elementy z wyjaśnień stanowisko Zamawiającego potwierdzają.

Zamawiający celnie w odpowiedzi na odwołanie wskazał, że „Odwołujący wskazuje kwotę 6 023,36 zł jako średnie koszty zwolnień/urlopów – nie nazywając powyższej kwoty jako całkowitego wynagrodzenia pracownika tj. uwzględniającej wynagrodzenie zasadnicze z kosztami pracodawcy i tym samym wylicza stawkę godzinową brutto nie od kwoty 6 023,36 zł a od kwoty 4 300,60 zł będącej wynagrodzeniem zasadniczym pracownika zatrudnionego na umowę o pracę BEZ KOSZTÓW PONOSZONYCH PRZEZ PRACODAWCĘ i wykazuje tym samym zaniżoną stawkę godzinową brutto w wysokości 26,89 zł.

W ŻADNYM DOKUMENCIE SKŁADAJĄCYM SIĘ NA WYJAŚNIENIA ODWOŁUJĄCEGO W ZAKRESIE NIE MA WSKAZANYCH W SPOSÓB ENUMERATYWNY, MATEMATYCZNY, KOSZTÓW PRACODAWCY, K TO RZEKOMO ODWOŁUJĄCY WLICZYŁ W CENĘ ROBOCZOGODZINY. Odwołujący jedynie zapewnia, że (s wyjaśnień objętych TP) „Jak wynika z powyższej tabeli, w ramach wyliczenia kosztów i stawki pracownika Wykonawca uwzględnił niezbędne koszty wymagane przepisami m.in. składkę emerytalną, składkę rentową, koszty Funduszu Pracowniczego oraz odpisy w ramach Pracowniczych Planów Kapitałowych (dalej jako „PPK).”

Dodatkowo także w treści wyjaśnień Odwołujący powołuje się na stawki z postępowań prowadzonych w 2023 roku, by wykazać prawidłowość stawki. To porównanie ma jednak charakter tylko pozornie obrazujący prawidłowość stawki, bowiem od roku 2023 roku wysokość stawki godzinowej dla najniższego wynagrodzenia wielokrotnie ulegała podwyższeniu.

Wyjaśnienia nie zawierają pogłębionej analizy w zakresie pytania Zamawiającego o stawkę robocizny 30 zł. Dopiero odwołanie szczegółowo analizuje sposób wyliczeń dla tej wysokości stawki i gdzie próbuje się wykazać, że nie zawiera ona narzutów pracodawcy. Natomiast w wyjaśnieniach nie wskazano jaki sposób obliczenia stawki przyjął Odwołujący. Skoro więc inne elementy wyjaśnień Wykonawcy wskazywały na stawkę 26,89 zł (określając ją jako brutto), to Zamawiający miał prawo przyjąć, że stawka w wysokości 30 zł jest stawką zawierającą narzuty konieczne do poniesienia przez pracodawcę, a skoro tak, jest stawką nie spełniającą wymagań przepisów o najniższym wynagrodzeniu.

Zamawiający w Informacji o odrzuceniu oferty właściwie także zauważył, że Odwołujący w wyjaśnieniach nie uwzględnił zmiany wynagrodzenia w roku, w którym będzie realizowane zamówienie. Odwołujący w wyjaśnieniach na stronie 18 wskazał, że krótki okres obowiązywania umowy nie powoduje konieczności uwzględnienia ryzyka podwyższenia wynagrodzenia. Wykonawca całkowicie pomija zatem, że zamówienie realizowane będzie

w 2025 roku a stawka najniższego wynagrodzenia od stycznia 2025 roku ulega podwyższeniu, co było wiadome już w momencie składania ofert, tym bardziej w momencie składania wyjaśnień. Składając wyjaśnienia Wykonawca powołuje się natomiast na zmianę wysokości najniższego wynagrodzenia z lipca 2024 roku.

Warto także zauważyć, że Odwołujący w wyjaśnieniach dokonał porównania do stawek postępowania z 2023 roku i zakresu rzeczowego tego postępowania, który uległ zmniejszeniu w tym postępowaniu. Tak więc porównanie to daje tylko złudne wrażenie, że stawka w tym postępowaniu jest wyższa niż stawki w poprzednich postępowaniach.

Konkludując, zdaniem składu orzekającego Izby decyzja o odrzuceniu oferty Odwołującego z powodu nieprawidłowej stawki robocizny dokonana została przez Zamawiającego z poszanowaniem reguł wynikających z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp.

Co do zaniżenia cen materiałów, Zamawiający w Informacji o odrzuceniu podał, że uznaje za wyczerpujące wyjaśnienia i dowody Wykonawcy w zakresie upustów i rabatów ze strony dostawców. Jednak Odwołujący w odniesieniu do cen materiałów powołując się na długoletnią działalność i doświadczenie, a także na realizację różnych zadań w przedmiotowym zakresie – nie określa i nie wskazuje kosztów magazynowania materiałów które wykonawca posiada a jak wynika z wyjaśnień uwzględnia ten czynnik w realizacji przedmiotowego zamówienia.

Izba podziela w tym zakresie stanowisko wyrażone w odwołaniu. W ocenie składu orzekającego Izby Zamawiający w tym zakresie błędnie ocenił wyjaśnienia Odwołującego. Odwołujący wskazał jakiego rodzaju politykę zakupową prowadzi, z jakimi podmiotami współpracuje. Co więcej, do wyjaśnień załączono kilka ofert handlowych, których Zamawiający skutecznie nie zakwestionował. Błędnie więc Zamawiający ocenił, że Odwołujący magazynuje materiały niezbędne do realizacji zamówienia. Zatem w ocenie Izby Odwołujący nie miał obowiązku przedstawienia Zamawiającemu zestawienia magazynowego zapasów zgromadzonych materiałów. Tym bardziej, że w wyjaśnieniach podano, że zaopatrzenie będzie obywatło się na bieżąco (stosownie do potrzeb) – strona 20 wyjaśnień. Do treści wyjaśnień ze strony 24 i załącznika nr 15 (tabela elementów scalonych) Zamawiający

w Informacji o odrzuceniu się nie odniósł. Zdaniem Izby Zamawiający dokonał wybiórczej interpretacji złożonych wyjaśnień co do cen materiałów. Z jednej strony w wezwaniu jasno wskazano, ceny których materiałów Wykonawca ma wyjaśnić, natomiast oceniając wyjaśnienia Zamawiający nie skupił się na cenach kwestionowanych elementów, ale z innych punktów wyjaśnień, niesłusznie wywodził okoliczność magazynowania materiałów. Podkreślenia wymaga, że wezwanie do wyjaśnień tego elementu nie dotyczyło. Jak zauważył Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie „*zaznaczył zakres mogący stanowić podstawę do uzupełnienia wyjaśnień Odwołującego – jednakże mając na uwadze zastosowaną przez Odwołującego cenę roboczogodziny, dowezwanie do złożenia dodatkowych wyjaśnień byłoby niecelowe*”.

Izba taką ocenę sytuacji podziela. Teoretycznie możliwe byłoby wezwanie Odwołującego do złożenia dodatkowych wyjaśnień. Wobec jednak potwierdzenia się innych przesłanek warunkujących odrzucenie oferty Odwołującego, takie dodatkowe wezwanie nie zmieniłoby sytuacji prawnej Odwołującego w postępowaniu. Skoro potwierdziły się inne okoliczności płynące z oceny wyjaśnień, które potwierdziły prawidłowość działania Zamawiającego w postaci odrzucenia oferty Odwołującego, kolejne wezwanie do wyjaśnień byłoby niecelowe.

Odnosząc się do kolejnej przyczyny odrzucenia oferty Odwołującego, którą Zamawiający opisał jako zaniżenie cen jednostkowych pracy sprzętu, warto podkreślić jest kilka kwestii.

Zamawiający w wezwaniu do złożenia wyjaśnień precyzyjnie wskazał, które ceny jednostkowe uważa za zaniżone, zaznaczając, że bazuje na cenach z czwartego kwartału Sekocend. W wyjaśnieniach Odwołujący zaznaczył takie okoliczności jak: długie i bogate doświadczenie zawodowe, które pozwoliło na zbudowanie solidnego zaplecza technicznego

i sprzętowego, dysponowanie odpowiednią flotą maszyn i urządzeń własnych (samochody dostawcze i osobowe). Do wyjaśnień dołączono także kopię faktury za wynajem samochodu dostawczego. Natomiast odnosząc się wprost do zakresu wezwania Odwołujący podał, że

„W tym miejscu wskazujemy na niecelowość odwoływania się do wartości wskazanych w SEKOCENBUD. Wykonawca bazuje na cenach uzyskiwanych od wieloletnich partnerów, które są dużo niższe niż średnie ceny uzyskiwane na rynku przez konkurencję, a także niższe niż ceny przyjęte w SEKOCENBUD. Dodatkowo wskazujemy, że wartość sprzętu stanowi jedynie ok. 2,5% wartości całego kosztorysu, stąd jego wpływ na cenę jest znikomy”.

W informacji o odrzuceniu oferty Zamawiający powtórzył swoje wątpliwości co do cen jednostkowych i dodatkowo zauważył, że z wyjaśnień nie wynika, że Wykonawca uwzględnił w cenie jednostkowej kosztów paliwa do pojazdów.

Izba podziela stanowisko Odwołującego, że Zamawiający nie wytłumaczył dlaczego za jedyny wiarygodny materiał wyceny przyjmuje ceny wynikające z Sekocendu. Odwołujący

w wyjaśnieniach jasno podał, że mogą istnieć inne miarodajne sposoby wyceny. Zamawiający w Informacji o odrzuceniu oferty na ten temat milczy. Zamawiający nie odniósł się także do dowodów przedstawionych wraz z wyjaśnieniami przez Odwołującego czyli faktur z cenami za wynajem sprzętu i pokazanych wyliczeń kosztów utrzymania i amortyzacji sprzętu.

Co się tyczy zaś cen paliwa, to w tym zakresie Wykonawca w ogóle nie był wzywany.

W informacji o odrzuceniu Zamawiający nie zamieścił także analizy, którą przedstawił wraz

z odpowiedzią na odwołanie, że ceny w zestawieniu sprzętu przedstawiono w oderwaniu od cen zastosowanych w treści kosztorysu ofertowego. Dlatego też Izba uważa, że w odwołaniu słusznie zauważono, że analiza Zamawiającego tych elementów wyjaśnień Odwołującego była wybiórcza i niespójna. Nie powoduje to jednakże, że oferta Odwołującego może zostać przywrócona do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ponieważ potwierdził się inny powód skutkujący koniecznością jej odrzucenia na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp.

Zarzut naruszenia art. 224 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w związku z art. 224 ust. 3 pkt 4) i 6) ustawy Pzp w związku z art. 226 ust. 1 pkt 8) ustawy Pzp w związku z art. 16 ustawy Pzp wobec oferty Przystępującego i w konsekwencji zarzut naruszenia art. 239 ustawy Pzp.

W pierwszej kolejności zaznaczyć należy, co celnie podnosił Przystępujący, że choć formalnie Odwołujący postawił zarzut naruszenia art. 224 ust. 1 i 2 ustawy Pzp wobec oferty Przystępującego, to jednak zarzut ten został przedmiotowo ograniczony do oceny wyjaśnień Przystępującego do braku rzeczywistych wyjaśnień rażąco niskiej ceny w zakresie cen materiałów i sprzętu. Dlatego też tylko w takim zakresie zarzut ten może być rozpoznawany przez Izbę. Formalnie Odwołujący nie kwestionował w odwołaniu treści całych wyjaśnień Przystępującego, chociaż faktycznie w uzasadnieniu zarzutów odwołania częściowo odniesiono się do innych elementów wyjaśnień, niż te dotyczące materiałów i sprzętu. Jednakże ocena Odwołującego, że wyjaśnienia Przystępującego są ogólne, pobieżne, niespójne, wybiórcze jako całość, nie została wzięta pod uwagę przez Izbę.

Odnosząc się zaś do argumentacji Odwołującego, że Przystępujący zaniżył ceny materiałów i sprzętu, zgodnie z wartościami ujętymi w Sekocenbud IV kwartał 2024, to dostrzeżenia wymaga, iż Odwołujący w stosunku do swojej oferty wielokrotnie podkreślał, że średnie ceny przedstawione w periodyku nie muszą być jedynym miarodajnym źródłem wyceny.

Poza tym z zestawienia materiałów przygotowanego wraz z odpowiedzią na odwołanie przez Zamawiającego (strona 12,13) wynika, że w nielicznych tylko pozycjach (7 z 29 kwestionowanych) cena za materiały podana przez Przystępującego jest niższa niż cena

z oferty Odwołującego. Dodatkowo koszty ogółem za materiały w obu ofertach są na zbliżonym poziomie. Zdaniem Izby nie udowodniono więc zniżenia cen w ofercie Przystępującego. Ponadto Odwołujący w żaden sposób nie wykazał wpływu wyceny materiałów na wysokość ceny ogółem podanej przez Wykonawcę. Nie wykazano również, że część odnosząca się materiałów stanowi istotne części składowe dla wykonania przedmiotu zamówienia.

Dla uznania ceny oferty za rażąco niską nie jest wystarczające zakwestionowanie kilku elementów, jeżeli nie wykaże się wpływu wyceny tych elementów na cenę globalną oferty.

W przypadku cen sprzętu, to ponownie odnosząc się do oceny zarzutów odwołania podkreślić należy, iż Odwołujący zakwestionował tylko dwie pozycje wyceny sprzętu. Odwołujący nie uzasadnił na czym oparł w jego ocenie zasadność zarzutów, tym bardziej, że będąc w podobnej sytuacji nie odnosił się szczegółowo do wyceny pracy sprzętu dla każdej zaznaczonej w wezwaniu do wyjaśnień pozycji. Ponownie powtórzyć należy, iż Odwołujący nie wykazał, że nawet gdyby przyjąć, że w przywołanych pozycjach zniżono wycenę pracy sprzętu, to w jaki sposób przekłada się to na stan zniżenia całej ceny ofertowej. Pomocne dla rozstrzygnięcia tej kwestii wydaje się zestawienie przygotowane przez Zamawiającego wraz

z odpowiedzią na odwołanie (strona 15-16 pisma), z którego wynika, że praca sprzętu

w pozycjach spornych przekłada się na niewielki wpływ na ogólną cenę oferty Przystępującego. Nie wykazano więc istotności dla tego elementu składowego ceny, bądź też by użycie akurat tych maszyn było kluczowe dla realizacji przedmiotu zamówienia.

W zakresie załączonych przez Przystępującego referencji i listów intencyjnych, to podobny materiał dowodowy uwzględnił składając wyjaśnienia także Odwołujący składając liczne referencje z innych realizacji kosztorysy ofertowe z innych realizowanych inwestycji. Izba zaznaczyła już w niniejszym uzasadnieniu, że tego rodzaju argumentacja i dowody mają jedynie charakter pomocniczy, dodatkowy dla wyjaśnień ceny ofertowej, obrazują ogólną kondycję firmy, pokazują zdobyte doświadczenie, wielkość produkcji, itp. Jak stwierdził sam Zamawiający, przypisał im drugorzędną rolę przy ocenie wyjaśnień.

Odwołujący podnosił, że w wyjaśnieniach Przystępującego brakuje faktur zakupowych pokazujących faktyczny rabat sprzedażowy i zakupiony materiał. Materiały te zostały złożone wraz z innymi wyjaśnieniami, przy czym Odwołujący kwestionuje zasadność II wezwania.

Nie odnosząc się na razie do tej kwestii, zauważyć należy, że Przystępujący załączył do wyjaśnień ofertę handlową, która potwierdza możliwość uzyskania rabatów na podanym przez Wykonawcę poziomie. Została ona wystawiona po terminie składania ofert, jednak okoliczność ta nie czyni od razu dokumentu nieprzydatnym czy niewiarygodnym. Odwołujący nie wziął pod uwagę możliwości, że została ona przygotowana w związku z otrzymaniem przez Przystępującego wezwania do wyjaśnień. Dodatkowo dokumenty te miały potwierdzać możliwość osiągnięcia zakładanego poziomu rabatów a nie dostępność materiałów dla danego wykonawcy dla konkretnego zamówienia.

Reasumując tę część wywodów Izby, uznano, że Odwołujący nie zakwestionował skutecznie i nie udowodnił, że cena oferty Przystępującego dla części materiały i sprzęt została zaniżona i nosi znamiona ceny rażąco niskiej.

Zarzut naruszenia art. 16 pkt 1) i 3) ustawy Pzp w związku z art. 223 ust. 1 zdanie drugie ustawy Pzp oraz w związku z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp

Rozpatrując zarzuty odwołania, że Zamawiający od początku prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego faworyzował Przystępującego, Izba pragnie zauważyć, że obaj wykonawcy w tym samym terminie otrzymali pierwsze wezwanie do złożenia wyjaśnień. Oba wykonawcom został określony taki sam termin na ich złożenie. Nie ulega również wątpliwości, że termin na złożenie wyjaśnień wyznacza zamawiający, biorąc pod uwagę jak skomplikowane i obszerne jest wezwanie do wyjaśnień, do jakich kwestii szczegółowo muszą odnieść się wykonawcy, jak dużego zakresu przedmiotowego dane wezwanie dotyczy. Termin powinien być obiektywny i umożliwiać odniesienie się do wezwania z uwzględnieniem działań koniecznych do złożenia wyjaśnień. Odwołujący dwukrotnie zwrócił się do Zamawiającego o wydłużenie terminu na złożenie wyjaśnień. Pierwszy raz Odwołujący prośbę motywował okresem między świątecznym i przebywaniem zarządu na urlopie.

Druga prośba podyktowana była przebywaniem kluczowego pracownika na zwolnieniu lekarskim. Izba, za Zamawiającym uważa, że Odwołujący nie uprawdopodobnił wystąpienia obiektywnych okoliczności, które uzasadniały jego prośby. Po pierwsze dostrzeżenia wymaga, iż zgodnie z odpisem KRS Wykonawcy zarząd Spółki jest dwuosobowy. Wnioski o wydłużenie terminu podpisywał jeden z członków zarządu. Domniemywać należy zatem, iż to nie cały zarząd przebywał na urlopie. Dodatkowo, jak stanowi odpis z KRS, Spółka posiada również prokurenta samoistnego, który uprawniony jest w takim przypadku do samodzielnego działania. W przypadku drugiego wniosku w ogóle nie wykazano, że niemożliwość złożenia wyjaśnień podyktowana jest nieobecnością kluczowego pracownika. Jak zaznacza i podkreśla Odwołujący dysponuje on wykwalifikowaną kadrą pracowniczą, odpowiednim zespołem osób, przy pomocy których wykonywał będzie zadanie. Trudno zatem przyjąć, że przygotowanie wyjaśnień możliwe było tylko przez jednego pracownika Odwołującego.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wyjaśnił jakie okoliczności uwzględnił wyznaczając termin na złożenie wyjaśnień. Izba uznała te wyjaśnienia za wiarygodne i zasługujące na uwzględnienie.

W tych działaniach Zamawiającego nie dopatrzyła się faworyzowania tylko jednego wykonawcy.

Odwołujący podważał także możliwość skierowania do Przystępującego II wezwania do wyjaśnień.

Na wstępie dostrzeżenia wymaga, iż wezwanie do złożenia wyjaśnień co do zasady ma charakter jednorazowy. Nie oznacza to jednak, że nie jest dopuszczalne skierowanie ponownego wezwania do wykonawcy. Takie ponowne wezwanie może być skierowane do wykonawcy nawet kilkakrotnie w sytuacji, gdy na podstawie złożonych wyjaśnień powstają dalsze kwestie i nowe wątpliwości wymagające wyjaśnienia. Rozwiązanie to nie może zatem sprowadzać się do stworzenia wykonawcy drugiej szansy na udzielenie wyjaśnień w zakresie spełniającym oczekiwania zamawiającego w sytuacji, gdy wykonawca złożył wyjaśnienia nierzetelne, niekompletne lub niepotwierdzające prawidłowości ceny (tak wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 kwietnia 2017 r., sygn. akt: KIO 686/17, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 31 stycznia 2022 r., sygn. akt: KIO 23/22).

Otrzymanie kolejnej szansy na przedstawienie stanowiska Zamawiającemu poprzedzić muszą co najmniej nowe wątpliwości Zamawiającego i nowe kwestie do wyjaśnienia. Przy czym te okoliczności powinny wynikać z otrzymanych już wyjaśnień.

W przedmiotowej sprawie, w ocenie Izby, treść złożonych przez Przystępującego wyjaśnień mogła u Zamawiającego wzbudzić kolejne wątpliwości, które wymagałyby przedstawienia dodatkowego stanowiska. Przystępujący odpowiadając na wezwanie Zamawiającego wskazał czynniki, które w jego ocenie uzasadniają poziom cen danych elementów. Zamawiający w ocenie składu orzekającego Izby miało prawo żądać uszczegółowienia tych kwestii. Ponadto Przystępujący w pierwszych wyjaśnieniach wskazywał na posiadanie zapasów magazynowych materiałów, co pozwoliło mu obniżyć cenę tego elementu. Izba uważa, że również w tym elemencie Zamawiający miał prawo uszczegółowić otrzymane wyjaśnienia przez skierowanie dodatkowego wezwania. Zatem zakres obu wezwań nie jest tożsamy, a jednocześnie II wezwanie odnosi się do kwestii poruszonych w I wyjaśnieniach Przystępującego.

Izba nie podziela stanowiska odwołania, że otrzymanie ponownego wezwania do wyjaśnień oznaczałoby umożliwienie Wykonawcy przedstawienia stanowiska od nowa, a nie jego uzupełnienie w kwestiach niejasnych dla Zamawiającego. Ponowne wezwanie, powinno służyć jedynie doprecyzowaniu wyjaśnień, które już w pierwotnej wersji były szczegółowe, spójne, logiczne i poparte stosownymi dowodami, co miało miejsce w prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

W ocenie Izby w zaistniałym stanie faktycznym skierowanie do Przystępującego ponownego wezwania do wyjaśnień nie sprowadzało się do żądania od wykonawcy przedstawienia nowych dowodów i informacji.

Odwołujący podkreśla, że zakres materiału dowodowego przedstawiony wraz

z wyjaśnieniami był w jego przypadku znacznie obszerniejszy. Ponownie zauważyć należy, iż to nie ilość, ale merytoryczny aspekt wyjaśnień ma największe znaczenie. Nie dyskwalifikuje wyjaśnień Przystępującego tylko to, że liczą one mniej stron niż wyjaśnienia Odwołującego.

Wbrew twierdzeniom odwołania Przystępujący nie miał więcej czasu na złożenie wyjaśnień, a także mógł je złożyć znając już wyjaśnienia Odwołującego. W przypadku

I wezwania Wykonawcy otrzymali taki sam termin. II wezwanie wyznaczało Przystępującemu 4 dni na wyjaśnienia. Zatem termin ten został odpowiednio skrócony w stosunku do żadanego zakresu informacji.

Nie znajduje także potwierdzenia w dokumentacji postępowania argumentacja Odwołującego, że Zamawiający kierując II wezwanie znał już treść wyjaśnień Odwołującego i ich szczegółowość. Potwierdza to stanowisko Zamawiającego przedstawione w odpowiedzi na odwołanie (strona 22), jak również sama dokumentacja postępowania, w tym korespondencja z Wykonawcami, na platformie, gdzie prowadzone jest postępowanie.

Zarzut naruszenia art. 16 pkt 1) i 3) ustawy Pzp w związku z art. 223 ust. 1 ustawy Pzp przez brak sformułowania wobec Odwołującego kolejnego wezwania do wyjaśnień rażąco niskiej ceny przy jednoczesnym dwukrotnym wezwaniu Konsorcjum do złożenia wyjaśnień

Odpowiedź na pytanie, czy Odwołujący mógł być ponownie wezwany do wyjaśnień, jest zdaniem Izby negatywna. Odwołujący składając wyjaśnienia jasno i klarownie wypowiadał się na temat stawki robocizny i sposobu jej wyliczenia. Nic nie wskazywało na to

w wyjaśnieniach Odwołującego, że mógł on błędnie zrozumieć treść wezwania. Dalej, Wykonawca konsekwentnie posługiwał się stawką robocizny 30 zł lub wartościami do niej zbliżonymi. Zamawiający nie miał podstaw do skierowania II wezwania. Kwestie dotyczące stawki były wyraźnie przedstawione, nie było w tym elemencie niejasności, które wymagały dodatkowych pytań. Izba uważa, że Zamawiający prawidłowo ocenił otrzymane wyjaśnienia i odstąpił od skierowania kolejnego wezwania. Z wyjaśnień wynikało, że stawka robocizny nie odpowiada przepisom prawa pracy. Skierowanie kolejnego wezwania nie zmieniłoby sytuacji Odwołującego w postępowaniu. Odwołujący nie mógłby złożyć innych wyjaśnień,

a ewentualna zmiana stanowiska prowadziłaby do naruszenia art. 223 ust. 1 ustawy Pzp.

W ocenie Izby zarzuty odwołania dotyczące braku szczegółowości złożonych wyjaśnień przez Przystępującego i nieprawidłowego odrzucenia oferty Odwołującego nie zasługiwały na uwzględnienie. Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej nie uchybiając postanowieniem art. 239 ustawy Pzp.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono jak w sentencji.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie na podstawie art. 574 oraz art. 575 ustawy Pzp, a także w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 8 ust. 1 i ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020r., poz. 2437 ze zmianami), orzekając w tym zakresie o obciążeniu kosztami postępowania stroną przegrywającą, czyli Odwołującego.

Przewodnicząca:

.....