Sygn. akt: KIO 3129/23

WYROK

z dnia 10 listopada 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący:Agata Mikołajczyk

Protokolant:Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 listopada 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 października 2023r. przez odwołującego: **YOCAM SP. Z O.Oz/s w Rostworowie** (Ul. Świerkowa 29, 62090 Rostworowo) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Gmina Czerwonak** (ul. Źródlana 39, 62004 Czerwonak),

orzeka:

1.Oddala odwołanie;

2.Kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołującego: **YOCAM SP. Z O.Oz/s w Rostworowie** (Ul. Świerkowa 29, 62090 Rostworowo) i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10.000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy), stanowiącą kwotę wpisu uiszczonego od odwołania przez odwołującego;

2.2.zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego: **Gmina Czerwonak** (ul. Źródlana 39, 62004 Czerwonak) kwotę 3.600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

3.Nie uwzględnia wniosku zamawiającego o zasądzenie na jego rzecz od odwołującego kwoty 867 zł 00 gr (słownie: osiemset sześćdziesiąt siedem złotych zero groszy) tytułem kosztów dojazdu pełnomocnika na posiedzenie i rozprawę.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r., poz. 1605 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie.**

……..……..……..

Sygn. akt KIO 3129/23

Uzasadnienie

Odwołanie zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 października 2023 r. przez wykonawcę YOCAM SP. Z O.Oz/s w Rostworowie (Odwołujący) w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Gmina Czerwonak na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.), [ustawa Pzp lub Pzp lub Ustawa PZP],w przedmiocie zamówienia publicznego na: „Budowę ulicy Północnej w Promnicach Etap III: od km 0+000 do km 1+040.” Numer referencyjny: BZ.271.29.2023Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych Nr 2023/BZP 00378753.

Wykonawca podał, że wnosi odwołanie (...) od niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności i zaniechań Zamawiającego poprzez odrzucenie oferty Odwołującego w "Postępowaniu"

1) Zarzut nr 1: naruszenie przepisu art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 5 i 6 Pzp przez wadliwą ocenę wyjaśnień rażąco niskiej ceny i odrzucenie oferty złożonej przez Odwołującego mimo iż złożone przez Odwołującego wyjaśnienia uzasadniły podaną w ofercie ceny, a w konsekwencji cena podana nie jest ceną rażąco niską, w szczególności poprzez arbitralne i nie znajdujące oparcia uznanie, iż przedstawione przez Wykonawcę „koszty robocizny” zostały obliczone bez uwzględnienia kosztów pracowniczych, które obowiązany jest opłacić pracodawca (składki, ekwiwalenty, badania lekarskie), oraz iż dowodem o tym świadczącym o tym jest Porozumienie z dnia 8 kwietnia 2014 r. w sprawie stosowania i promocji minimalnej godzinowej stawki kalkulacyjnej wynagrodzenia w budownictwie dla robót budowlano-montażowych oraz usług w zakresie gospodarowania nieruchomościami realizowanych w Polsce w 2014 r. na mocy którego aktualnie rekomendowana minimalna stawka kalkulacyjna wynagrodzenia w budownictwie wynosi 30,28 zł;

2) Zarzut nr 2: naruszenie przepisu art. 226 ust.1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 5 i 6 Pzp przez wadliwą ocenę wyjaśnień rażąco niskiej ceny i odrzucenie oferty złożonej przez Odwołującego mimo iż złożone przez Odwołującego wyjaśnienia uzasadniły podaną w ofercie ceny, a w konsekwencji cena podana nie jest ceną rażąco niską, w szczególności poprzez arbitralne i nie znajdujące oparcia uznanie, iż Porozumienie z dnia 8 kwietnia 2014 r. w sprawie stosowania i promocji minimalnej godzinowej stawki kalkulacyjnej wynagrodzenia w budownictwie dla robót budowlano-montażowych oraz usług w zakresie gospodarowania nieruchomościami realizowanych w Polsce w 2014 r. na mocy którego aktualnie

rekomendowana minimalna stawka kalkulacyjna wynagrodzenia w budownictwie wynosi 30,28 zł stanowi podstawę do uznania, iż zastosowana przez Odwołującego kalkulacja stawki wynagrodzenia na poziomie 27,70 zł/h, czyli wyższej od minimalnego wynagrodzenia uzasadnia uznanie ceny oferty Odwołującego za rażąco niską;
3) Zarzut nr 3 : naruszenie przepisu art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 5 i 6 oraz art 16 pkt 1 i 2 Pzp przez wadliwe, niekonkretne wezwanie Odwołującego do wyjaśnień rażąco niskiej ceny w sposób bardzo ogólny a następnie dokonanie oceny wyjaśnień rażąco niskiej ceny i odrzucenie oferty złożonej przez Odwołującego na podstawie kryteriów w wezwaniu nie wyrażonych, czym naruszono zasady równego traktowania i przejrzystości postępowania o udzielenie zamówienia publicznego które wymagają, aby ocena wyjaśnień wykonawców była związana z jasnymi i jednoznacznymi wymaganiami w tym zakresie.;
4) Zarzut nr 4: naruszenie przepisu art. 16 pkt 1 i art. 17 ust. 2 Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający przepisy ustawy i jej podstawowe zasady, tj. zasadę równego traktowania wykonawców, zachowania uczciwej konkurencji, proporcjonalności oraz efektywności zamówienia i legalizmu, co w konsekwencji doprowadziło do wyboru oferty niebędącej ofertą najkorzystniejszą.
W związku z powyższym Odwołujący wniósł o: 1) uwzględnienie odwołania; 2) zobowiązanie Zamawiającego do unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej; 3) zobowiązanie Zamawiającego do powtórzenia czynności badania i oceny ofert, z udziałem oferty Odwołującego i uwzględnieniem konsekwencji stawianych Zamawiającemu zarzutów; 4) obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego, w tym kosztami zastępstwa procesowego przed Krajową Izbą Odwoławczą jeżeli takie powstaną.
Odwołujący oświadczył, że (...) *posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia publicznego oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Odwołujący jako wykonawca robót w branży jest zainteresowany uzyskaniem zamówienia w postępowaniu organizowanym przez Zamawiającego. Jednak na skutek nieprawidłowości po stronie Zamawiającego polegających na niewłaściwej ocenie ofert, Odwołujący utracił realną możliwość pozyskania wskazanego zamówienia. W efekcie Odwołujący może ponieść szkodę polegającą na utracie korzyści wynikających z realizacji wskazanego zamówienia. Jedyną możliwością uniknięcia wskazanej szkody po stronie Odwołującego jest wniesienie przedmiotowego odwołania. Stanowisko Odwołującego potwierdzone zostało w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 15 września 2020 r. (sygn. KIO 1993/20), w którym Izba wskazała, że: „zgodnie z art. 179 ust. I Pzp środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. A zatem wykonawca, który zamierza korzystać ze środków ochrony prawnej, musi wykazać, że chce lub chciał uzyskać dane zamówienie publiczne, a zamawiający swoim działaniem lub zaniechaniem niezgodnym z przepisami ustawy Pzp, albo pozbawił go możliwości uzyskania tego zamówienia albo w sposób istotny je utrudnił, w wyniku czego wykonawca poniósł lub może ponieść szkodę. Szkoda wykonawcy najczęściej polegać będzie na utracie korzyści wynikających z realizacji tego zamówienia. Szkoda, którą poniósł lub może ponieść wykonawca musi być zatem wynikiem naruszenia ustawy przez zamawiającego, czyli wiąże się z uchybieniem przepisom ustawy Pzp. Konieczne jest zatem wykazanie przez odwołującego, że zamawiający dokonał czynności wbrew przepisom ustawy Pzp albo zaniechał dokonania czynności wbrew przepisom ustawy Pzp, czego normalnym następstwem w okolicznościach danej sprawy jest poniesienie lub możliwość poniesienia szkody przez wnoszącego odwołanie". Uwzględnienie odwołania powoduje, że oferta Odwołującego będzie najkorzystniejsza spośród ofert niepodlegających odrzuceniu, albowiem Odwołujący zaoferował taki sam okres gwarancji jak pozostali wykonawcy, a cena jaką zaoferował Odwołujący była ceną najniższą"*.
W uzasadnieniu podnoszonych w odwołaniu zarzutów podał:
I. Stan faktyczny będący podstawą wniesienia odwołania
1) Zamawiający pismem z dnia 29 września 2023r. wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy PZP w zakresie wyliczenia ceny. Treść wezwania brzmiała dosłownie następująco : „*Zamawiający badając ofertę ustalił, iż cena całkowita oferty (3 630 468,00 zł) jest 0 32,26 % niższa od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług (5 359 295,42 zł). W związku z powyższym Zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących zaoferowanej ceny, w szczególności w zakresie: 1) 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 ze zm.) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie; 2) zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie, jeśli dotyczy. Zamawiający wymaga w szczególności przedstawienia szczegółowej kalkulacji, obrazującej wszystkie koszty jakie poniesie Wykonawca w związku z realizacją przedmiotu zamówienia.*" Dowód : pismo Zamawiającego z dnia 29 września 2023 r. znak BZ.271.29.2023 - kopia

2) W odpowiedzi na to wezwanie, Odwołujący z zachowaniem wyznaczonego terminu przedłożył odpowiedź, w której zawarł szczegółową kalkulację kosztów, dodatkowo zaś celem wykazania iż przyjęte koszty są zgodne z wymogami związanymi 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 ze zm.) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie i zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie przedstawił szczegółową kalkulację kosztów materiałów i robocizny. Dowód : pismo Odwołującego z dnia 03 października 2023r. - kopia W piśmie swoim Odwołujący przedstawił kalkulację kosztów pracy pracowników : „Skład brygady wykonawczej: - pracownicy 5 osób - 5 * 8h * 27,70 zł/h 1108 zł / dzień" W chwili obecnej, od OI lipca 2023r. minimalne wynagrodzenie pracowników liczone WEDŁUG KOSZTÓW PRACODAWCY to 4391 zł miesięcznie, wedł załączonego wyliczenia tabelarycznego. Dowód : Wyliczenie tabelaryczne kosztów pracodawcy płacy minimalnej.

3) Z powyższego wynika, że przy założeniu normalnego czasu pracy wynikającego z art. 129 kodeksu pracy - „Czas pracy nie może przekraczać 8 godzin na dobę i przeciętnie 40 godzin w przeciętnie pięciodniowym tygodniu pracy w przyjętym okresie rozliczeniowym nieprzekraczającym 4 miesięcy" oznacza to co do zasady średnio 22 dni miesięcznie po 8 godzin, czyli 22*8 = 176 godzin miesięcznie. Kwota 4391 zł podzielona przez 176 = 24,95 zł/h — jest to kwota wynagrodzenia minimalnego liczona według kosztu pracy dla pracodawcy. Odwołujący przyjął stawkę kwoty wynagrodzenia minimalnego liczona według kosztu pracy dla pracodawcy na 27,70 zł/h, czemu Zamawiający w żaden sposób NIE ZAPRZECZYŁ, ani powyższego wyliczenia kalkulacji Odwołującego NIE PODWAŻYŁ.

4) Skoro zatem Odwołujący przyjął stawkę kwoty wynagrodzenia minimalnego liczona według kosztu pracy dla pracodawcy na 27,70 zł/h, to jasnym jest, iż w zakresie wykazania iż przyjęte koszty są zgodne z wymogami związanymi 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 ze zm.) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie i zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie, Odwołujący sprostał wymogowi Zamawiającego i wykazał przedstawił szczegółową kalkulację kosztów materiałów i robocizny spełniającą wymogi zarówno prawa jak i Zamawiającego.

5) Mimo tego Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego wskazując na następujące przyczyny: *„Przesłane przez Wykonawcę w dniu 3 października 2023 r. wyjaśnienia nie zostały uznane przez Zamawiającego za wystarczające. W szczególności nie przedstawiono szczegółowej kalkulacji, a przedstawione przez Wykonawcę „koszty robocizny" zostały obliczone bez uwzględnienia kosztów pracowniczych, które obowiązany jest opłacić pracodawca (składki, ekwiwalenty, badania lekarskie). Powyższe znajduje potwierdzenie w Porozumieniu z dnia 8 kwietnia 2014 r. w sprawie stosowania i promocji minimalnej godzinowej stawki kalkulacyjnej wynagrodzenia w budownictwie dla robót budowlano-montażowych oraz usług w zakresie gospodarowania nieruchomościami realizowanych w Polsce w 2014 r., na mocy którego aktualnie rekomendowana minimalna stawka kalkulacyjna wynagrodzenia w budownictwie wynosi 30,28zł. W wyjaśnieniach nie ujęto również wynagrodzenia pięciu osób posiadających uprawnienia budowlane w określonych specjalnościach, które zgodnie z warunkami SWZ powinny być wyznaczone do udziału w realizacji zamówienia. Argumenty służące Wykonawcy do uzasadnienia swojego stanowiska nie zostały poparte żadnymi dowodami. Dotyczy to zarówno informacji o wyjątkowo korzystnych upustach cenowych od dostawców materiałów, jak również korzystnych warunkach zakupu paliwa dla środków transportu. Dodatkowo-wycena sporządzona jest w sposób niedający możliwości weryfikacji składników cenotwórczych, opierając się np. na wybranych materiałach budowlanych. Wykonawca nie przedstawił również szczegółowych kosztów w zakresie robót elektrycznych i robót gazowych*."

Dowód: pismo Zamawiającego z dnia 18 października 2023r, znak BZ.271.29.2023 (...)

II. Argumentacja odwołującego

1) Argumenty Zamawiającego należy uznać za nie oparte o przepisy prawa i co do zasady za oderwane od realiów i warunków tego postępowania.

2) Po pierwsze, zupełnie niezrozumiałe jest na jakiej podstawie uznał Zamawiający, że „przedstawione przez Wykonawcę „koszty robocizny" zostały obliczone bez uwzględnienia kosztów pracowniczych, które obowiązany jest opłacić pracodawca (składki, ekwiwalenty, badania lekarskie)" i dlaczego dowodem na to mają być jakaś rekomendowana minimalna stawka kalkulacyjna wynagrodzenia w budownictwie wynosząca 30.28 zł. W stopce w/w pisma Zamawiającego wskazany jest odnośnik do dokumentu z którego pochodzi w/w stawka, i wynika z tego że Zamawiający posłużył się stawką kalkulacyjną rekomendowaną przez związek zawodowy „Budowalni", który jest ogólnopolską organizacją związkową zrzeszającą pracowników budownictwa, przemysłu materiałów budowlanych, spółdzielczości mieszkaniowej, leśnictwa i ochrony środowiska, przemysłu drzewnego, meblarskiego, płytowego i

wszystkich branż pokrewnych. Jeżeli nawet jakikolwiek związek zawodowy rekomenduje co znaczy poleca, zaleca, nie zaś narzuca, zobowiązuje czy nakazuje - jakąś stawkę kalkulacyjną, to po pierwsze nie oznacza ona że dany przedsiębiorca ma obowiązek stosowania się do niej, albowiem rekomendacje związków zawodowych nie stanowią prawa powszechnie obowiązującego w Rzeczypospolitej Polskiej, a po drugie nie może tak rekomendowana stawka stanowić podstawy do uznania że jej niezachowanie powoduje stosowanie ceny rażąco niskiej, jeżeli stawka wynagrodzenia wykazana przez Odwołującego mieści się powyżej stawki minimalnego wynagrodzenia za pracę, a co Odwołujący wykazał !

3) Zupełnie zaś niezrozumiałe jest dla Odwołującego, dlaczego niezastosowanie się przez niego do stawki kalkulacyjnej rekomendowanej przez związek zawodowy „Budowalni" miałoby być podstawą do uznania jego ceny za rażąco niską. Cena rażąco niska, jak określa się to w doktrynie i orzecznictwie w sposób już dogłębnie utrwalony, to cena niewiarygodna, nierealistyczna, która w znaczny sposób odbiega od warunków rynkowych, która nie pozwala na realizację zamówienia zgodnie z wymogami zamawiającego, a przez to nierzetelna, niedokładna lub nieuczciwa. (patrz np. Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 kwietnia 2023 r., KIO 1055/23) Skoro wycena kosztów pracy — kalkulacja Odwołującego jest wyższa niż dozwolona prawem, to nie ma najmniejszej podstawy twierdzić, aby była to kalkulacja niewiarygodna, nierealistyczna, która w znaczny sposób odbiega od warunków rynkowych, która nie pozwala na realizację zamówienia zgodnie z wymogami zamawiającego.

4) Przegląd orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej wskazuje wyraźnie, że kwestia zatrudnienia osób na umowę o pracę, a tym samym art. 95 PrZamPubl jest częstym argumentem podnoszonym w odwołaniach na rażąco niską cenę. Odwołujący, kwestionując cenę oferty konkurenta, powołują się na kalkulację kosztów pracy, w tym na wysokość płacy minimalnej oraz na składowe wynagrodzenia w postępowaniach, w których zamawiający postawił wymagania w oparciu właśnie o art. 95 PrZamPubl odnośnie konkretnych osób czy rodzaju prac wykonywanych w trakcie realizacji danego zamówienia na usługi lub roboty budowlane. Przykładem orzeczenia KIO, w którym Izba szczegółowo analizuje zarzut rażąco niskiej ceny w oparciu o koszty pracy, dając dokładne wytyczne jakie elementy składowe należy wliczać do kosztów wynagrodzenia, jest sprawa z marca 2022 r. sygn. akt: KIO 547/22. W sprawie tej zamawiający wymagał od wykonawcy i podwykonawcy zatrudnienia na podstawie stosunku pracy osób, które będą bezpośrednio wykonywały czynności w zakresie realizacji zamówienia, tj. robotników budowlanych (pracowników fizycznych) wykonujących roboty i prace budowlane pod kierownictwem kierownika budowy. (czyli praktycznie identycznie jak w przedmiotowej sprawie) W trakcie oceny ofert zamawiający wezwał wykonawców do udzielenia szczegółowych wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny, w szczególności w zakresie, m.in.: 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 stosownych przepisów oraz zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie. Po czym dokonał oceny ofert. W wyniku wniesionego odwołania na wybór oferty najkorzystniejszej osią sporu pozostała ocena kosztów pracy. Izba ustaliła, że zamawiający już w wezwaniu, skierowanym do wszystkich oferentów o wyjaśnienie rażąco niskiej ceny, wskazał, że: „w orbicie jego zainteresowań pozostaje m.in. ten element kalkulacji ceny ofertowej. Zamawiający chciał pozyskać w tym obszarze (tj. kosztów pracy) dane kalkulacyjne w zakresie co najmniej zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej (. . .)."

5) Co istotne w uzasadnieniu wyroku czytamy, że nie ma jednolitego uniwersalnego wzorca kalkulacji ceny ofertowej w obszarze koszów pracy. Wykazywanie realizmu ceny ofertowej jest dowodzone rozmaicie, w tym poprzez przedstawianie kosztorysów uproszczonych, zanonimizowanych umów o pracę, list płac. - zatem Odwołujący mógł przedstawić dowód w postaci kalkulacji, i nie jest zatem prawdą co wskazuje Zamawiający, że Odwołujący swojego stanowiska nie udowodnił. Przedstawiając wyliczenia i dowody przystępujący udowodnił, że koszty pracy, i wskazana stawka 25,00 zł netto roboczogodziny jest wyższa aniżeli minimalna stawka godzinowa obowiązująca od I stycznia 2022 r. (wynosząca 19,70 zł), co usunęło wątpliwości zamawiającego co do kosztów płacowych jako części składowej ceny ofertowej.

6) Co do obowiązku przedkładania dowodów Izba wypowiedziała się także w wyroku z dnia 24 marca 2022 r., KIO 651/22 : „Zamawiający może odrzucić ofertę, jeżeli wykonawca nie złoży wyjaśnień, natomiast jeżeli zostaną złożone to może je ocenić. Samo wskazanie, że zamawiający dokonuje oceny wyjaśnień wraz z dowodami nie oznacza, że oferent ma obowiązek w każdym przypadku złożyć dowody. Oferent ma obowiązek jedynie wyjaśnienia, a to zamawiający ma dokonać oceny, czy wyjaśnienia wykazują czy zaoferowania cena jest rażąco niska. Wyjaśnienia mogą opierać się chociażby o przedstawienie wyliczeń, powołanie się na źródła danych. Nieprawidłowe jest rozumowanie, iż wystarczającym dla uznania, że zamawiajmy powinien odrzucić ofertę, jest sytuacja zaniechania przedstawienia dowodów, co skutkuje automatycznie uznaniem, że wykonawca nie wykazał, aby jego oferta nie zawierała rażąco niskiej ceny. Poleganie na literalnym brzmieniu przepisu, interpretowanie go w sposób dosłowny, oderwany od jego celu,

sprzeciwia się celowi ustawy.
7) Zamawiający w sposób zupełnie niezrozumiały i nie mający pokrycia w jego własnej Specyfikacji Warunków Zamówienia stwierdził że „W wyjaśnieniach nie ujęto również wynagrodzenia pięciu osób posiadających uprawnienia budowlane w określonych specjalnościach, które zgodnie z warunkami SWZ powinny być wyznaczone do udziału w realizacji zamówienia.” Wskazać tu należy że po pierwsze nie musi być to pięć osób, równie dobrze może być to jedna osoba — sam bowiem Zamawiający w SWZ rozdziale XII. WARUNKI UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU ORAZ PODSTAWY WYKLUCZENIA że dopuszcza możliwość łączenia uprawnień osób będących kierownikami robót wobec tego równie dobrze może być to jedna, a nie 5 osób.
Po drugie — wynagrodzenie tej osoby nie musi być wynagrodzeniem za pracę a może być wynagrodzeniem na podstawie stosunku cywilnoprawnego, albowiem znów sam Zamawiający w SWZ w rozdziale III. OPIS PRZEDMIOT ZAMÓWIENIA ust. 4 wskazał że „Na podstawie art. 95 ust. I ustawy Zamawiający wymaga, aby Wykonawca lub podwykonawca(y) zatrudniali na podstawie stosunku pracy osoby wykonujące czynności: składające się na roboty budowlane (określone w przedmiarze robót), chyba że z odrębnych przepisów wynika, iż osoby te nie muszą być zatrudnione na umowę o pracę.” - jak z tego jasno wynika, obowiązek zatrudnienia na umowę o pracę nie dotyczy kierowników robót.
8) Zwrócić też trzeba uwagę, że w wyroku KIO z 27 sierpnia 2020 r. (KIO 1453/20) orzeczono, że aby można było badać części składowe ceny oferty należy ustalić czy mają one charakter istotny. Istotna część składowa ceny to część, która w znacznym stopniu przyczynia się do powstawania kosztów po stronie wykonawcy i ma znaczący wpływ na całkowitą cenę oferty. Oceniając istotność części składowych ceny oferty należy wykazać, że jej zaniżenie ma istotny wpływ na ostateczną wysokość ceny oferty. Zamawiający powinien żądać od wykonawców wyjaśnień, tylko wtedy gdy zaniżenie wartości części składowej ma wpływ na wysokość ceny całkowitej. W niniejszym przypadku ewidentnie nie mamy do czynienia z istotnym wpływem na cenę oferty, ponieważ cena jednostkowa oraz cena całkowita pozycji kosztorysowej jest jak najbardziej prawidłowa. Nie mamy tutaj żadnego wpływu ewentualnej zmiany w pozycji kosztorysowej na cenę oferty bo Wykonawca potwierdził, że pozycje przedmiotowe zostały wycenione prawidłowo i zawierają cały przedmiot zamówienia, zgodnie z przedmiarem. Nie należy wobec takiego oświadczenia Wykonawcy i stanu faktycznego dokonywać odrzucenia oferty, bowiem Wykonawca całość przedmiotu zamówienia wycenił.
9) Należy mieć na uwadze, że w procedurze badania rażąco niskiej ceny można formułować twierdzenia, że przesłanka odrzucenia oferty z powodu rażąco niskiej ceny odnosi się do ceny całkowitej, nie zaś do jej części składowej, co za tym idzie, zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera ona rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Nie jest objęte tą sankcją zaniżenie jakiejś części składowej ceny, bez wpływu na cenę całkowitą. Tutaj takiego wpływu nie wykazano.
10) Bardzo istotnym jest, że w niniejszej sprawie wartość kwestionowanego elementu — rzekomego braku wyceny wynagrodzenia kierowników robót stanowiła niewielki % wartości oferty, co oznacza, że nie można uznać ceny za kwestionowane elementy za istotną część składową ceny tej oferty. Abstrahując, to, że bez tego elementu nie można wykonać zamówienia, nie świadczy o jego istotności.
11) Nawet gdyby jednak uznać tak jak wskazuje Zamawiający — a czemu Odwołujący przeczy — to jak wskazuje wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 czerwca 2022 r., KIO 1465/22, „Na gruncie art. 226 ust. I pkt 8 Prawa zamówień publicznych niezbędne jest wykazanie, że cała oferta, a nie tylko jej poszczególne elementy, jest rażąco niska. Skoncentrowanie się tylko na jednej czy dwóch pozycjach kosztorysowych i wykazywanie, że oferta została zaniżona w stopniu rażącym, jest niewystarczające. Decydująca jest zależność pomiędzy jednostkowymi zaniżeniami a ceną całej oferty. Jeśli pomimo niskiej wyceny jednego czy dwóch elementów całe zamówienie pozostaje dla konkretnego wykonawcy dalej opłacalne, to w takim przypadku nie może być mowy o rażąco niskiej cenie.”
12) Co więcej, jak wskazuje wyrok z dnia 25 czerwca 2019 r., KIO 1056/19 „Zamawiający może zatem ograniczyć się w wezwaniu do przytoczenia treści art. 90 ust. 1 Pzp2004 (aktualnie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp), jednakże powinien wówczas liczyć się z tym, że wykonawca może nie uznawać za istotne tych samych kosztów, czy okoliczności, które uznaje za istotne zamawiający i w konsekwencji jego wyjaśnienia w zakresie określonych informacji mogą nie być dla zamawiającego wystarczające. Jest to sytuacja, która w konkretnych okolicznościach faktycznych, może uzasadniać ponowne wezwanie wykonawcy do wyjaśnień ze wskazaniem tym razem, co konkretnie budzi wątpliwości zamawiającego.”
13) Skoro zatem Zamawiający nie zapytał o kierowników robót, to Odwołujący miał prawo uznawać że nie jest to kwestia istotna w danej sprawie. Następnie w sposób zupełnie nieuprawniony Zamawiający twierdzi że „wycena sporządzona jest w sposób niedający możliwości weryfikacji składników cenotwórczych, opierając się np. na wybranych materiałach budowlanych. Wykonawca nie przedstawił również szczegółowych kosztów w zakresie robót elektrycznych i robót gazowych” - przy czym, co należy z całą mocą podkreślić, Zamawiający od Odwołującego takich wycen nie żądał !
14) Przypomnijmy — Zamawiający żądał w piśmie z dnia 29 września 2023 r. znak BZ.271.29.2023 „przedstawienia

szczegółowej kalkulacji, obrazującej wszystkie koszty jakie poniesie Wykonawca w związku z realizacją przedmiotu zamówienia”

15) W Polsce zgodnie z przyjętymi zasadami oraz obowiązującymi przepisami prawnymi stosuje się dwie metody kosztorysowania, czyli kalkulację szczegółową oraz kalkulację uproszczoną. Zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Rozwoju i Technologii w sprawie określenia metod i podstaw sporządzania kosztorysu inwestorskiego, obliczania planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno-użytkowym z dnia 20 grudnia 2021 r. (Dz.U. z 2021r. poz. 2458), w wypadku kalkulacji szczegółowej, określonej w 4 ust. 1 w/w rozporządzenia, Kalkulacja szczegółowa ceny jednostkowej polega na określeniu wartości poszczególnych jednostkowych nakładów rzeczowych (kosztów bezpośrednich) oraz doliczeniu narzutów kosztów pośrednich i zysku, według wzoru: w którym poszczególne symbole oznaczają: Cj - cenę jednostkową roboty podstawowej; n - jednostkowe nakłady rzeczowe: robocizny - nr, materiałów - nm, pracy sprzętu - ns; c - cenę czynników produkcji: robocizny - Cr, ceny materiałów - Cm, ceny pracy sprzętu - Cs; n x c - koszty bezpośrednie jednostki przedmiarowej robót, według wzoru: Kpj - koszty pośrednie na jednostkę przedmiarową robót; Zj - zysk kalkulacyjny na jednostkę przedmiarową robót.

16) Odwołujący dokonał obliczenia kosztów według tego właśnie wzoru i zawarł ich wyniki w piśmie do Zamawiającego. Zamawiający przedstawił kalkulację szczegółową wszystkich kosztów jakie poniesie, z zaplanowanym zyskiem, To że nie zrobił tego w sposób jaki uważa za odpowiedni Zamawiający, wynika nie z błędów Odwołującego, a z tego że Zamawiający w sposób nieprecyzyjny określił swoje wymagania w tym zakresie. Być może Zamawiający chciał aby sformułowano mu odpowiedź inaczej, ale Odwołujący nie powinien i nie ma jak się tego „domyślać”. To że Zamawiający odwołał się do pojęcia zdefiniowanego legalnie, czyli pojęcia „kalkulacji szczegółowej” zdeterminowało treść odpowiedzi Odwołującego. Jeżeli Zamawiający chciał uzyskać odpowiedź w określonej formie, winien o to w odpowiedni sposób zapytać.

17) Kwestia tego, że sporządzenie szczegółowej kalkulacji wobec braku konkretnych wymagań w tym względzie ze strony Zamawiającego jest sprawą leżącą po stronie Wykonawcy, została w doktrynie i orzecznictwie już dawno przesądzona, zwłaszcza przy rozważaniach Izby dotyczących wpisywania kwot „0” w niektórych pozycjach. I tak wskazać należy, że relatywnie często spotykaną przy robotach budowlanych i wymaganiu w postępowaniu, złożenia kosztorysu opracowanego na podstawie przedmiaru robót, jest pominięcie pewnych pozycji lub kwot, czy podanie kwoty 0 zł wartości jednostkowej. Pominięcia takie następują częstokroć z powodu przeoczenia, skutkiem uwarunkowań technicznych programu kalkulacyjnego wykorzystywanego przez wykonawcę lub ujęcia wartości jednej pozycji w cenie innej pozycji z nią związanej. Kwestie te wielokrotnie dostrzegano w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, przykładowo wyrok z dnia 4 marca 2011 r. w spr. KIO 333/11, KIO 335/10, z dnia 5 października 2009 r. w spr. KIO/UZP 1324/09, z dnia 8 maja 2014 z dnia sygn. KIO 793/14”.

18) KIO w wyroku z dnia 25 lutego 2019 r. (KIO 259/19) rozstrzygnęła, „jeśli w treści SIWZ zamawiający: - nie zakazał wyceny pozycji na 0 zł, - nie nakazał stosowania do wyceny wyłącznie cen dodatnich, - nie zastrzegł, że wycena danej pozycji na 0 zł skutkować będzie odrzuceniem oferty, nie zakazał ujęcia ceny danej pozycji w innej pozycji kosztorysu ofertowego nie można stwierdzić, że oferta wykonawcy, w której w kliku pozycjach kosztorysu wpisano cenę 0 zł lub rozbito cenę na różne pozycje jest niezgodna z SIWZ albo zawiera błąd w obliczeniu ceny, a zatem nie ma podstaw do jej odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 lub 6 ustawy Pzp. (obecnie art. 226 PZP). W sytuacji gdy w kosztorysie ofertowym wykonawca wycenił jedną (lub kilka) pozycji na 0 złotych, zamawiający, w celu uzyskania pewności, czy złożona oferta obejmuje wykonanie całości przedmiotu zamówienia, powinien w trybie art. 87 ust. I ustawy PZP zwrócić się o wyjaśnienie.”

19) Niewłaściwe jest zatem utożsamianie — jedynie domniemanego w tym przypadku ! ! ! !! - pominięcia wyceny danej pozycji kosztorysu z nieobjęciem treścią oświadczenia woli wykonawcy całego przedmiotu zamówienia.

20) Należy zauważyć, że Krajowa Izba Odwoławcza w swoich orzeczeniach nie uznaje jako niezgodności z SWZ sytuacji, w której wykonawca w ogóle nie zawrze ceny dla danej pozycji kosztorysowej. Jak wskazano w wyroku KIO z dnia 7 sierpnia 2014 r. (KIO 1 5 15/14): „niewątpliwym jest, że wypełniony przez wykonawcę kosztorys stanowi dokument o znaczeniu finansowym, służący do czynności skalkulowania kosztów realizacji zadania przez wykonawcę, oraz zaprezentowania ceny oczekiwanej za wykonanie całości przedmiotu zamówienia. Nie stanowi wyszczególnienia materiałów i prac, które się na nie składają, gdyż te były podane przez zamawiającego. Niewłaściwe jest utożsamianie pominięcia "ceny danej pozycji kosztorysu z nieobjęciem treścią oświadczenia woli wykonawcy całego przedmiotu zamówienia. Postępowanie o zamówienie publiczne, co do zasady realizuje się poprzez przystąpienie do jednostronnie określonych przez zamawiającego warunków, zaś przedmiot tego zamówienia jest przez zamawiającego narzucony. Wykonawcy mają zazwyczaj tylko swobodę zaoferowania świadczenia w formie odpowiedniej dla danej specyfiki robót. Pominięcie pozycji poprzez jej niewycenienie wprost — oznacza tyle, że wykonawca jest zobowiązany wykonać zamówienie zgodnie z jego zakresem opisanym w projekcie budowlanym oraz specyfikacjach technicznych wykonania i

odbioru robót, przy czym nie będzie się za to należało odrębne wynagrodzenie. Brak jest w takiej sytuacji podstaw do wnioskowania, że niewycenienie pewnych pozycji kosztorysu jest tożsame z oświadczeniem o zamiarze niewykonania pewnych prac wynikających z specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Dlatego też, zdaniem Izby pominięcie w tym postępowaniu wyceny niektórych pozycji należy traktować, jak wycenienie danej pozycji w kwocie 0,00 zł, bądź też, że wycena danej pozycji została ujęta w innych wycenionych pozycjach. (...)
Podkreślam, że w niniejszym przypadku nie mamy do czynienia z brakiem wyceny pozycji kosztorysowej, lecz tylko — i to tylko w arbitralnej ocenie Odwołującego - pewnego jej elementu składowego. To tym bardziej nie powinno być definiowane jako cenę rażąco niską nie pozwalającą na wykonanie przez Wykonawcę zamówienia bez strat, w uczciwy sposób.
21) Zwracam uwagę że swoje wymagania co do treści odpowiedzi Zamawiający winien formułować jasno, z zachowaniem zasady przejrzystości postępowania wskazanej w art. 16 PZP, czyli jednej z fundamentalnych zasad zamówień publicznych. Nie można zapominać, że zasada przejrzystości postępowania winna być realizowana na każdym jego etapie. Zasada ta będzie więc obowiązywać również w toku takich czynności podejmowanych przez zamawiającego, jak: wezwania do złożenia wyjaśnień lub uzupełnienia środków dowodowych, wezwania do złożenia wyjaśnień treści oferty, przedmiotowych środków dowodowych, wyboru oferty najkorzystniejszej, czynności odrzucenia wniosków o dopuszczenie w postępowaniu albo ofert, a także czynności unieważnienia postępowania.
22) Realizacja tej zasady przejawia nie tylko w konieczności formułowania podstaw prawnych dokonywanych czynności, częstokroć z powołaniem się na właściwe postanowienia SWZ, ale również w potrzebie informowania o treści czynności w sposób precyzyjny i jednoznaczny, aby wykonawca nie miał wątpliwości, jakie czynności winien podjąć w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego do wyjaśnień lub uzupełnienia dokumentów, ale także co legło u podstaw danej czynności, a więc z jakiej motywacji zamawiający podjął daną czynność, w celu umożliwienia wykonawcy oceny dokonanej przez zamawiającego czynności. Art. 224 także podlega zasadzie przejrzystości w toku wezwania i oceny wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny na gruncie tego przepisu. „Z jednej bowiem strony wezwania zamawiającego kierowane do wykonawców są na tyle nieprecyzyjne i lakoniczne, że w istocie wykonawca ma trudności z powzięciem wiedzy, w jakim zakresie oferta wykonawcy budzi w tym przedmiocie wątpliwości, z drugiej zaś strony ocena wyjaśnień wykonawcy również winna następować z uwzględnieniem powołanej zasady.” patrz Wyrok TSUE z 10 września 2020 r., C-367/19(...) pkt 34.
23) Jak wskazuje utrwalone stanowisko doktryny, TSUE i orzecznictwa Izby, wezwanie do wyjaśnień w trybie art. 224 ust. 1 PZP powinno być precyzyjne, wskazywać elementy oferty budzące wątpliwości zamawiającego, tak aby wykonawca mógł się do nich odnieść i udzielić odpowiednich wyjaśnień. Zamawiający nie może stawiać wykonawcy w sytuacji, aby ten domyślał się, które elementy wyceny oferty zostały przez niego zakwestionowane i które budzą jego wątpliwości. Zamawiający, wzywając wykonawcę w sposób ogólny, nie może oczekiwać, że wykonawca w takiej sytuacji szczegółowo przeanalizuje każdą pozycję cenową oferty. W sytuacji gdy wezwanie zamawiającego nie będzie odnosiło się do konkretnych elementów oferty wykonawcy i będzie ono w swej treści ogólnym zapytaniem, to nieuprawnione będzie stawianie wykonawcy zarzutu, że wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny są ogólnikowe lub że wykonawca nie sprostał ciężarowi dowodowemu wynikającemu z art. 224 ust. 5 PZP. - tak min. komentarz do art. 224 PZP red. Jaworska 2023, wyd. 5/A. Matusiak
24) Jak wskazuje wyrok KIO z 07 marca 2023 r., KIO 442/23 „W niektórych sytuacjach, jeżeli przedmiot zamówienia nie wymaga szczególnych zakupów czy też wykonywania określonych prac przez podwykonawców, dowodzenie twierdzeń zawartych w wyjaśnieniach może sprowadzać się do przedstawienia przez wykonawcę własnych i szczegółowych kalkulacji kosztów, związanych z wykonaniem określonego przedmiotu zamówienia. Jak podkreśla się jednak w orzecznictwie „z samego braku dowodu nie można jeszcze wywodzić, że cena jest rażąco niska, a w takiej sytuacji przedmiotem oceny pozostają wówczas wyjaśnienia samego wykonawcy.”
25) Podkreślić w szczególności należy, że PZP nie zobowiązuje wykonawcy do przedstawienia szczegółowej kalkulacji ceny oferty. Zatem nieprzedstawienie wyjaśnień w tej formie nie może uzasadniać zarzutu braku złożenia wyjaśnień lub braku możliwości oceny, czy cena oferty jest cena rażąco niską". Zgodnie z wyr. KIO z 10 maja 2013 r., KIO 962/13, : "W przedmiotowej sprawie zwrócić należy uwagę na fakt, że zamawiający sformułował wezwanie do wyjaśnień w sposób bardzo ogólny, nie zadając żadnego szczegółowego pytania. Tym samym wykonawca nie miał obowiązku szczegółowego odnoszenia się do każdej pozycji kosztowej, Tym samym brak jest podstaw do zarzucenia złożonym wyjaśnieniom, iż są niepełne lub zbyt ogólne. Pytanie do wykonawcy powinno wskazywać elementy oferty, które podczas badania oferty wzbudziły wątpliwości i co do których zamawiający oczekuje wyjaśnień. Tak więc wykonawca aby te wątpliwości rozwiać musi wiedzieć, które to elementy wyceny oferty wzbudziły zastrzeżenia zamawiającego i w jakim kierunku mają iść jego wyjaśnienia. Natomiast gdy zamawiający nie wskazuje jakich konkretnie kwestii co do których domaga się wyjaśnień i do których wykonawca ma się odnieść, a podnosi jedynie iż zaoferowana cena jest niska w stosunku do szacowanej przez niego wartości zamówienia, to przy tak ogólnikowym sformułowaniu wezwania brak jest

podstawy do domagania się by wykonawca złożył szczegółowe wyjaśnienia". Zob. także wyr. KIO z 19 kwietnia 2013 r., KIO 791/13, : "Zamawiający chce skorzystać z trybu art. 90 ust. I PrZamPub12004 (obecnie art. 224 ust. I i 3) winien swą wolę wyrazić jednoznacznie, ze wskazaniem prawidłowej podstawy prawnej wykonywanej czynności. W przeciwnym razie wykonawcy narażeni byliby na arbitralne działania i oceny zamawiającego, co na gruncie postanowienia o udzielenie zamówienia publicznego nie powinno mieć miejsca, gdyż godzi w zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców". Identycznie wskazuje Wyrok z dnia 17 stycznia 2018 r., KIO 34/18: „Jednakże w okolicznościach przedmiotowej sprawy, w ocenie Krajowej Izby Odwoławczej, należy mieć na uwadze także sposób sformułowania przez zamawiającego wezwania z złożenia wyjaśnień. Jak pokazuje jego treść przedstawiona w ustaleniach faktycznych niniejszego uzasadnienia, wystąpienie zamawiającego do złożenia wyjaśnień przez przystępującego było nieprecyzyjne i nie zawierało wskazania elementów, w odniesieniu, do których zamawiający oczekuje dostatecznie szczegółowych wyjaśnień lub kalkulacji. Pismo to nie zawiera precyzyjnego określenia żądanego zakresu wyjaśnień, nie podaje konkretnych wątpliwości zamawiającego odnoszących się do podejrzenia rażąco niskiej ceny.

26) Tymczasem wezwanie do złożenia wyjaśnień powinno być konkretne, precyzyjne, szczegółowe, zawierać podstawę prawną wezwania, tak, aby z jednej strony umożliwić wykonawcy wyjaśnienie wątpliwości, jakie posiada zamawiający w zakresie ceny oferty, a z drugiej strony umożliwić zamawiającemu ocenę udzielonych wyjaśnień. Należy, bowiem zauważyć, iż zasady jawności, pisemności i przejrzystości postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wymagają, aby ocena wyjaśnień wykonawców była związana z jasnymi i jednoznacznymi wymaganiami w tym zakresie.

27) W związku z tym, iż wezwanie zamawiającego do wyjaśnień nie spełniało wymagań, to okoliczność, iż udzielone wyjaśnienia nie są wystarczająco precyzyjne i powinny wzbudzić wątpliwości, co do tego, czy cena oferty jest wiarygodna i jest możliwe prawidłowe wykonanie za nią przedmiotu zamówienia, w ocenie Krajowej Izby Odwoławczej, nie powinno negatywnie skutkować dla wykonawcy.

28) Zamawiający powinien poprawnie sformułować ponowne wezwanie i zażądać doprecyzowania wyjaśnień lub szerszych informacji w zakresie już złożonym w sposób ogólny, z uwzględnieniem przedmiotu zamówienia i obowiązków wykonawcy związanych ze świadczeniem usług nim objętych. Podkreślenia przy tym wymaga, iż ponowne żądanie wyjaśnień nie może prowadzić do złożenia zupełnie nowych wyjaśnień. Taka możliwość ponownego zwrócenia się do wykonawcy, który złożył wyjaśnienia, budzące wątpliwości wynika z orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej (por. np. wyrok z dnia 27 lipca 2017 r., KIO 1336/17, wyrok z dnia 18 lutego 2016 r., KIO 150/16, wyrok z dnia 23 marca 2017 r., KIO 416/17) i sądów okręgowych (por. np. wyrok Sądu Okręgowego w Olsztynie z dnia 9 grudnia 2010 r., V Ga 122/10).

29) Zwrócenia uwagi wymaga także to, iż leży to w interesie zamawiającego, który w sytuacji rzetelnej odpowiedzi wykonawcy na jego wystąpienie, uzyskuje lepszą możliwość weryfikacji założonych przez wykonawcę kosztów i zapewnia sobie możliwość oceny realności wykonania przedmiotu zamówienia, jak również zapobiega odrzuceniu korzystniejszej pod względem ekonomicznym oferty.

30) W sytuacji, gdy zamawiający nie poinformował wykonawcy, jakie elementy oferty budzą jego wątpliwości, co do ewentualnego rażącego zaniżenia ceny oferty, a wykonawca złożył wyjaśnienia, ale nie wynika z nich jednoznacznie, że wykonawca zaoferował rażąco niską cenę, a niektóre elementy wyjaśnień, co do kosztów czy założeń kalkulacyjnych nie zostały w dostateczny sposób wyjaśnione przez wykonawcę i budzą wątpliwości, jest możliwe wezwanie wykonawcy do dodatkowych wyjaśnień (por. m.in. wyrok z dnia 7 marca 2017 r., KIO 321/170). Powyższe wskazuje, iż potwierdził się zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 91 ust. I ustawy Pzp, jednakże nie z tego powodu, jak podaje odwołujący, iż oferta wybrana podlega odrzuceniu, lecz z tego powodu, iż wybór oferty Przystępującego, nie został poprzedzony należycie przeprowadzonymi wyjaśnieniami w zakresie rażąco niskiej ceny. Z tego też powodu potwierdził się również zarzut naruszenia art. 7 ust. 3 ustawy Pzp."

31) Zamawiający stawia Odwołującemu zarzut niedostosowania się do wymogów co do sposobu przedstawienia wyliczeń w odpowiedzi na wezwanie, i z tego wywodzi w sposób zupełnie nie uprawniony tezę że Odwołujący nie udowodnił że cena jego oferty nie jest rażąco niska.

32) Tymczasem, jak wskazuje choćby Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 kwietnia 2023 r., KIO 1023/23 „Fakt, iż złożone wyjaśnienia nie odpowiadają standardom, jakie zdaje się narzucać Odwołujący, nie może stanowić automatycznie podstawy do stwierdzenia, że cena oferty Przystępującego jest ceną rażąco niską. Charakterystyczne i dedykowane okoliczności dotyczące realizacji przedmiotu zamówienia są zindywidualizowane dla każdego wykonawcy. Nie ma bowiem jednego uniwersalnego wzorca czy to w zakresie kalkulacji ceny ofertowej, czy też w zakresie treści składanych wyjaśnień. Właśnie tego typu odrębności powodują odmienność cen. "

33) Podobnie wskazuje wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 kwietnia 2023 r., KIO 1057/23 „Przepisy ustawy PZP nie determinują konkretnego wzorca wyjaśnień i taki nie może być narzucony przy ocenie złożonych wyjaśnień przez zamawiającego. Również kierowane do wykonawcy wezwanie do złożenia wyjaśnień sprowadzić można do wskazania

na konieczność wyjaśnienia ceny (czy też wskazanych elementów) bez identyfikacji sposobu, w jaki wykonawca miałby na to wezwanie odpowiedzieć. Procedura wyjaśnienia, kalkulacji ceny ofertowej wymaga pozostawienia wykonawcy pewnej swobody, która pozwala każdorazowo na dostosowanie wyjaśnień do indywidualnych okoliczności, jakie pozwolą uzasadnić podaną cenę. Co do zasady zamawiający formułując wezwanie poza możliwością zidentyfikowania własnych zastrzeżeń nie może przesądzić o tym, w jaki sposób wykonawca może swoją cenę uzasadnić, co zasadniczo jest determinowane warunkami w jakich wykonawca prowadzi działalność."

34) Tak też wskazuje Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 kwietnia 2023 r., KIO 1027/23 : „W ustawie Pzp nie ma określonego katalogu dowodów, jakie obowiązany jest złożyć wykonawca wraz z wyjaśnieniami. W związku z uprzednim złożeniem wraz z ofertą kosztorysów ofertowych, jak i brakiem wskazania przez zamawiającego w wezwaniu, które konkretnie pozycje tych kosztorysów wymagają szczegółowego wyjaśnienia, wykonawca nie był obowiązany do przedstawienia dowodu na poparcie każdej okoliczności dotyczącej wyliczenia ceny." oraz Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 marca 2023 r., KIO 641/23: „W sytuacji, gdy zamawiający kieruje do wykonawcy wezwanie do wyjaśnienia ceny oferty nie wskazując przy tym konkretnych elementów podlegających wyjaśnieniu, to obowiązkiem wezwanego wykonawcy jest wyjaśnić sposób kalkulacji podstawowych, a zatem istotnych elementów składających się na cenę oferty. Tym samym to treść wezwania do wyjaśnień ma znaczenie dla oceny wypełnienia przez wykonawcę obowiązku wykazania realności zaoferowanej ceny, nie zaś twierdzenia konkurencyjnych wykonawców dotyczące elementów kalkulacji oferty podlegających wyjaśnieniu. W zakresie wyjaśnień złożonych w ramach Przedmiotu 2 przez wykonawcę WiW Izba po przeprowadzeniu dowodu z tych wyjaśnień wraz z załączonymi do nich dowodami uznała, że o ile wyjaśnienia te są stosunkowo ogólne to jednak dają podstawowe odpowiedzi na zadane przez Zamawiającego pytania. Co za tym idzie Izba uznała, że wyjaśnienia były wystarczające dla pozytywnej oceny zaoferowanej przez wykonawcę ceny oferty."

35) Identycznie wskazywał Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 maja 2022 r., KIO 989/22: „Zamawiający jest zobligowany do precyzyjnego określenia swoich wątpliwości w treści wezwania skierowanego do wykonawcy i ciężaru tego nie można przenosić na wykonawców ubiegających się o uzyskanie zamówienia. Obowiązkiem wykonawcy jest udzielenie wyczerpujących wyjaśnień w odpowiedzi na wezwanie, jednak do obowiązków zamawiającego należy jednoznaczne sformułowanie treści wezwania."

36) Zwracam uwagę, że powyżej wskazane orzeczenie z dnia 26 kwietnia 2023 r., KIO 1027/23 determinuje kwestię obowiązku przedstawiania dowodów przez Odwołującego — gdy w wezwaniu brak było wskazania przez zamawiającego które konkretnie pozycje tych kosztorysów wymagają szczegółowego wyjaśnienia, wykonawca nie był obowiązany do przedstawienia dowodu na poparcie każdej okoliczności dotyczącej wyliczenia ceny. 37) Wskazać należy zatem, reasumując powyższy wywód, że Zamawiający w przedmiotowej sprawie najpierw w sposób wyjątkowo lakoniczny formułuje wezwanie do złożenia wyjaśnień, a potem odrzuca ofertę Odwołującego na podstawie zupełnie arbitralnie przyjętych kryteriów, nie mających oparcia w przepisach prawa (jak wspomniane wyżej rekomendacje płacowe związków zawodowych) i zarzucając Odwołującemu sporządzenie odpowiedzi w sposób odmienny niż sobie życzył, ale czego nie wyraził w wezwaniu do złożenia wyjaśnień. Konkludując, odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Do postępowania odwoławczego przystąpienia nie zostały zgłoszone. Termin na ich zgłoszenie upływał w dniu 26.10.2023 r. Zgodnie z punktem 4 pisma Zamawiającego z dnia 26/10/23: „4) wykonawcy uczestniczący w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zostali poinformowani o wniesieniu odwołania i otrzymali kopię odwołania poprzez platformę przetargową w dniu 23.10.2023 r. (w załączeniu potwierdzenie)."

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie (pismo z dnia 3 /11/23) wniósł o jego oddalenie podnosząc w szczególności:

(....)

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie, w niniejszej sprawie nie nastąpiło naruszenie przez Zamawiającego wskazanych przez Odwołującego przepisów Ustawy w szczególności takiego naruszenia, które mogło mieć wpływ na wynik przedmiotowego postępowania.

(...)

I. przebieg postępowania.

Firma YOCAM Sp. z o.o., z siedzibą przy ul. Świerkowej 29, 62-090 Rostworowo w dniu 22 września 2023 r. złożyła ofertę w przedmiotowym postępowaniu. Oferta była cenowo najkorzystniejsza. Zamawiający badając ofertę ustalił, iż cena całkowita oferty (3 630 468,00 zł) jest o 32,26 % niższa od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług (5 359 295,42 zł). W dniu 29 września 2023 r. Zamawiający na podstawie na podstawie art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605), dalej „ustawą", zwrócił się pismem do tego Wykonawcy o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących zaoferowanej ceny, w szczególności w zakresie:

1)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 ze zm.) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie;
2)zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie, jeśli dotyczy.
Zamawiający wymagał w szczególności przedstawienia szczegółowej kalkulacji, obrazującej
wszystkie koszty jakie poniesie Wykonawca w związku z realizacją przedmiotu zamówienia.
Wyjaśnienia należało złożyć w terminie do 4 października 2023 r., drogą elektroniczną za pośrednictwem Platformy Przetargowej dostępnej pod adresem: (....)
Przesłane przez Wykonawcę w dniu 3 października 2023 r. wyjaśnienia nie zostały uznane przez Zamawiającego za wystarczające. W szczególności nie przedstawiono szczegółowej kalkulacji, a przedstawione przez Wykonawcę „koszty robocizny" zostały obliczone bez uwzględnienia kosztów pracowniczych, które obowiązany jest opłacić pracodawca (składki, ekwiwalenty, badania lekarskie). Powyższe znajduje potwierdzenie w Porozumieniu z dnia 8 kwietnia 2014 r. w sprawie stosowania i promocji minimalnej godzinowej stawki kalkulacyjnej wynagrodzenia w budownictwie dla robót budowlano - montażowych oraz usług w zakresie gospodarowania nieruchomościami realizowanych w Polsce w 2014 r., na mocy którego aktualnie rekomendowana minimalna stawka kalkulacyjna wynagrodzenia w budownictwie wynosi 30,28 zł.
W wyjaśnieniach nie ujęto również wynagrodzenia pięciu osób posiadających uprawnienia budowlane w określonych specjalnościach, które zgodnie z warunkami SWZ powinny być wyznaczone do udziału w realizacji zamówienia.
Argumenty służące Wykonawcy do uzasadnienia swojego stanowiska nie zostały poparte żadnymi dowodami. Dotyczy to zarówno informacji o wyjątkowo korzystnych upustach cenowych od dostawców materiałów, jak również korzystnych warunkach zakupu paliwa dla środków transportu. Dodatkowo wycena sporządzona jest w sposób niedający możliwości weryfikacji składników cenotwórczych, opierając się np. na wybranych materiałach budowlanych. Wykonawca nie przedstawił również szczegółowych kosztów w zakresie robót elektrycznych i robót gazowych.
Zgodnie z art. 224 ust. 5 ustawy obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.
Biorąc pod uwagę powyższe, Zamawiający odrzucił ofertę wykonawcy , ponieważ:

- zgodnie z art. 224 ust. 6 ustawy odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu;
- zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy, Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Pismem z dnia 18.10.2023 r. Zamawiający przedstawił informację o odrzuceniu oferty oraz
wyborze oferty najkorzystniejszej, wraz z wyczerpującym uzasadnieniem.
II. Stanowisko Zamawiającego w zakresie zarzutów odwołania.
Odnosząc się do konkretnych zarzutów odwołania, zamawiający wskazuje :
W pierwszej kolejności Zamawiający wyjaśnia pojęcie rażąco niskiej ceny, co nastąpiło w oparciu o orzecznictwo. Rażąco niska cena jest to cena, która jest nierealistyczna i niewiarygodna w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień i ewentualnie innych ofert złożonych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Jest to cena, która nie pozwala na wykonanie zamówienia zgodnie z wymogami zamawiającego. Za ofertę z rażąco niską ceną uznaje się taką, która zawiera cenę niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień, tj. cenę wskazującą na fakt wykonania zamówienia poniżej kosztów wytworzenia przedmiotu zamówienia. Co istotne, o tym, czy mamy do czynienia z ceną rażąco niską, decyduje każdorazowo badanie, czy jest ona realna, tj. każdorazowe odniesienie danej ceny do konkretnego przedmiotu zamówienia, jego specyfiki oraz rynku danego rodzaju zamówienia .
W ocenie Zamawiającego w niniejszym postępowaniu, wezwanie do wyjaśnień na podstawie art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych, było całkowicie zasadne albowiem cena całkowita oferty (3 630 468,00 zł) jest o 32,26 % niższa od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług (5 359 295,42 zł).
Zamawiający pismem z dnia 29 września 2023 r. wymagał przestawienia szczegółowej kalkulacji, czego Wykonawca nie przedłożył (np. kosztorysy), brak szczegółowej kalkulacji kosztów. Ocena złożonych wyjaśnień przesz Wykonawcę nastąpiła przez pryzmat wezwania, czyli Zamawiający ustalał czy Wykonawca podał wszystkie koszty. Odnosząc się bezpośrednio do kwestii poszczególnych kosztów podanych przez Wykonawcę, należy wskazać, że Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie nie przedłożył szczegółowej kalkulacji wszystkich kosztów, nie przedłożył dowodów.
Przede wszystkim, w wyjaśnieniach nie ujęto wynagrodzenia pięciu osób posiadających uprawnienia budowlane w określonych specjalnościach, które zgodnie z warunkami SWZ powinny być wyznaczone do udziału w realizacji

zamówienia. Wykonawca nie uwzględnił wynagrodzenia osób wymaganych do realizacji zamówienia w postawionym warunku, tj.:

a)kierownika budowy posiadającą uprawnienia budowlane do kierowania robotami

b)budowlanymi w specjalności inżynieryjnej drogowej bez ograniczeń,

c)kierownika robót posiadającą uprawnienia budowlane w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń wodociągowych i kanalizacyjnych (kanalizacja deszczowa),

d)kierownika robót posiadającą uprawnienia budowlane w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych (oświetlenie drogowe, przebudowa sieci elektroenergetycznej),

e)kierownika robót posiadającą uprawnienia budowlane w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń telekomunikacyjnych,

f)kierownika robót posiadającą uprawnienia budowlane w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń gazowych (przebudowa sieci gazowej).

Odnosząc się do treści odwołania, należy wskazać, że nie ujęto w zestawieniu żadnych kosztów związanych z ww. osobami, nawet jeżeli miałaby być to jedna osoba. Wykonawca nie podał jakiejkolwiek informacji na temat wyliczenia kosztów ww. osób.

Odpowiedź Wykonawcy nie budziła wątpliwości, że Wykonawca nie ujął wszystkich kosztów.

Dalej należy wskazać, że twierdzenia wykonawcy dotyczące w kosztów pracy, płacy minimalnej i podanych wyliczeń są niewiarygodne. Przepisy prawa wyraźnie odnoszą się do stawek rynkowych, które w przypadku budownictwa nie są stawkami minimalnym. W tym zakresie Zamawiający posiłkował się obiektywnymi wyliczeniami wynikającymi z Porozumienia z dnia 8 kwietnia 2014 r. w sprawie stosowania i promocji minimalnej godzinowej stawki kalkulacyjnej wynagrodzenia w budownictwie dla robót budowlano-montażowych oraz usług w zakresie gospodarowania nieruchomościami realizowanych w Polsce w 2014 r., na mocy którego aktualnie rekomendowana minimalna stawka kalkulacyjna wynagrodzenia w budownictwie w II półroczu 2023 roku wynosi 30,28 zł.

Dalej należy wskazać, że Wykonawca w złożonych wyjaśnieniach przyjął stawkę 27,70 zł/h wynikającą z § 2 rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 14 września 2023 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2024 r. Biorąc pod uwagę, że termin wykonania prac budowlanych jest wskazany na 1 lipca 2024 r. takie założenie jest racjonalne. Jednak do tej stawki należało doliczyć składki ponoszone przez pracodawcę.

Wynagrodzenie brutto 4242,00 zł (wynikające z § 1 rozporządzenia)
Składka emerytalna 9,76 % 414,02 zł
Składka rentowa: 6,50 % 275,73 zł
Składka wypadkowa: 1,67 % 70,84 zł
Składki na FP i FS: 2,45 % 103,93 zł
Składka na FGŚP: 0,1 % 4,24 zł
Składka na FEP: 1,5 % 63,63 zł
Suma składek pracodawcy/zleceniodawcy: 932,39 zł
RAZEM: 5174,39 zł,
co daje 5174,39 zł / 167 = 30,98 zł z godzinę w 2014 r.

Wykonawca w odwołaniu przyjął stawkę z 2023 roku, którą dodatkowo podzielił przez 176 godzin, a nie 167. Co do zasady przyjmuje się, że pracownik średnio pracuje 21, a nie 22 dni w miesiącu.

A zatem prawidłowe wyliczenie to:

4391,28 zł / 167 = 26,30 zł w 2023 r., a nie jak wskazuje w odwołaniu Wykonawca 24.95 zł.

Przyjmując, że w 2023 roku są dwa miesiące pracy, a w 2024 roku – sześć miesięcy, to średnia wynosi 29,81 zł /h.

Zaznaczyć należy, że wszystkie powyższe kwoty to składniki samego wynagrodzenia. Nie uwzględniają one kosztów pracowniczych, które wynikają z przepisów z zakresu prawa pracy (przede wszystkim Kodeks Pracy) i zabezpieczenia społecznego. Są to np. ekwiwalenty na odzież roboczą, pranie odzieży roboczej, absencja chorobowa, urlop wypoczynkowy czy badania lekarskie. Są to nadal minimalne koszty, które Pracodawca winien uwzględnić. I to nie Zamawiający powinien tłumaczyć Wykonawcy jakie są jego obowiązki względem zatrudnionych pracowników. Zamawiający zakłada, że Wykonawca składając ofertę przygotowuje ją rzetelnie i ma wiedzę wystarczającą do przygotowania
oferty.

Zgodzić się należy z Wykonawcą, że w Polsce stosuje się metody kosztorysowania, o których
mowa w Rozporządzeniu Ministra Rozwoju i Technologii z dnia 20 grudnia 2021 roku w sprawie określenia metod i podstaw sporządzania kosztorysu inwestorskiego, obliczania planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno-użytkowym. Wykonawca w odwołaniu powołuje się na wynagrodzenie kosztorysowe, natomiast w tym postępowaniu przyjęliśmy wynagrodzenie ryczałtowe (Wykonawca nie załączał kosztorysu do oferty), więc Zamawiający znał cenę całościową, czyli za cały przedmiot zamówienia a nie poszczególne pozycje kosztorysowe. Zamawiający w wezwaniu nie mógł więc wzywać do wyjaśnień

poszczególnych składowych
wynagrodzenia, bo ich nie znał.
Przypomnieć należy, że Zamawiający w wezwaniu powołał się na próg/procent (art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp), a nie na wątpliwości (wynikające z ustępu 1 ustawy Pzp). Jeżeli wykonawca nie przedłożył kosztorysu, który jest dokumentem powszechnie stosowanym w procesie inwestycyjnym, bezprzedmiotowe są obszerne wywody w zakresie możliwości stosowania stawek „0" w kosztorysie, skoro ten dokument nie został przedłożony w postępowaniu. Zamawiający ma świadomość, że Wykonawca nie miał obowiązku przedłożenia kosztorysu, niemniej powinien przedłożyć dowody na podstawie, których Zamawiający będzie mógł dokonać oceny czy zamówienie jest możliwe do wykonania według potrzeb Zamawiającego. To Wykonawca powinien precyzyjnie określić z jakich kosztów składa się cena jego oferty.
Podsumowując, jeszcze raz podkreślić należy, że argumenty służące Wykonawcy do uzasadnienia swojego stanowiska nie zostały poparte żadnymi dowodami. Dotyczy to zarówno informacji o wyjątkowo korzystnych upustach cenowych od dostawców materiałów, jak również korzystnych warunkach zakupu paliwa dla środków transportu. Dodatkowo-wycena sporządzona jest w sposób niedający możliwości weryfikacji składników cenotwórczych, opierając się np. na wybranych materiałach budowlanych. Wykonawca nie przedstawił również szczegółowych kosztów w zakresie robót elektrycznych i robót gazowych.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega oddaleniu.

W piśmie z dnia 18/10/2023 Zamawiający w punkcie 4 podał, że ofertę nr 3 złożoną przez: YOCAM Sp. z o.o. odrzucił na podstawie art. 253 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. W uzasadnieniu stanowiska wskazał na następujące okoliczności:
„Zamawiający 29 września 2023 r. wezwał Wykonawcę, na podstawie art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia.
Wyjaśnienia należało złożyć w terminie do 4 października 2023 r., drogą elektroniczną za pośrednictwem Platformy Przetargowej dostępnej pod adresem: (....). Przesłane przez Wykonawcę w dniu 3 października 2023 r. wyjaśnienia nie zostały uznane przez Zamawiającego za wystarczające. W szczególności nie przedstawiono szczegółowej kalkulacji, a przedstawione przez Wykonawcę „koszty robocizny" zostały obliczone bez uwzględnienia kosztów pracowniczych, które obowiązany jest opłacić pracodawca (składki, ekwiwalenty, badania lekarskie). Powyższe znajduje potwierdzenie w Porozumieniu z dnia 8 kwietnia 2014 r. w sprawie stosowania i promocji minimalnej godzinowej stawki kalkulacyjnej wynagrodzenia w budownictwie dla robót budowlano-montażowych oraz usług w zakresie gospodarowania nieruchomościami realizowanych w Polsce w 2014 r., na mocy którego aktualnie rekomendowana minimalna stawka kalkulacyjna wynagrodzenia w budownictwie wynosi 30,28 zł. W wyjaśnieniach nie ujęto również wynagrodzenia pięciu osób posiadających uprawnienia budowlane w określonych specjalnościach, które zgodnie z warunkami SWZ powinny być wyznaczone do udziału w realizacji zamówienia. Argumenty służące Wykonawcy do uzasadnienia swojego stanowiska nie zostały poparte żadnymi dowodami. Dotyczy to zarówno informacji o wyjątkowo korzystnych upustach cenowych od dostawców materiałów, jak również korzystnych warunkach zakupu paliwa dla środków transportu. Dodatkowo-wycena sporządzona jest w sposób niedający możliwości weryfikacji składników cenotwórczych, opierając się np. na wybranych materiałach budowlanych. Wykonawca nie przedstawił również szczegółowych kosztów w zakresie robót elektrycznych i robót gazowych.
Zgodnie z art. 224 ust. 5 ustawy obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy. Biorąc pod uwagę powyższe, zgodnie z art. 224 ust. 6 ustawy Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu oraz zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia."

We wskazywanym wezwaniu - wg pisma z dnia 29/09/2023 r. powołując art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp Zamawiający zwrócił się do wykonawcy o wyjaśnienie w zakresie wyliczenia ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia. W piśmie tym podał: (...)
„Zamawiający badając ofertę ustalił, iż cena całkowita oferty (3 630 468,00 zł) jest o 32,26 % niższa od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług (5 359 295,42 zł). W związku z powyższym Zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących zaoferowanej ceny, w szczególności w zakresie:
1)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 ze zm.) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie;
2)zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym

realizowane jest zamówienie, jeśli dotyczy.

Zamawiający wymaga w szczególności przedstawienia szczegółowej kalkulacji, obrazującej wszystkie koszty jakie poniesie Wykonawca w związku z realizacją przedmiotu zamówienia.

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

Ponadto Zamawiający informuje, że:

-zgodnie z art. 224 ust. 6 ustawy odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu;

-zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy, Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. (...)

Wykonawca w odpowiedzi w piśmie z dnia 3/10/23 podał: (...)

„Ceny zawarte w kalkulacji są standardowymi cenami stosowanymi przez naszą firmę przy realizacji wszystkich wykonywanych prac oraz w innych przetargach. Informujemy, że przy realizacji robót opieramy się tylko i wyłącznie na naszym sprzęcie budowlanym i środkach transportu oraz własnych pracownikach zatrudnionych na umowę o pracę. Zatrudniamy podwykonawców tylko do robót branżowych. czyli gazowych, elektrycznych i telekomunikacyjnych. Wieloletnie doświadczenie pozwala nam na taką organizację, która umożliwia ich po najniższych kosztach. Paliwo do sprzętu oraz pojazdów, będące istotnym czynnikiem kosztotwórczym, kupujemy w cenach i ilościach hurtowych, które znacznie odbiegają od cen rynkowych. Wieloletnia współpraca z dostawcami materiałów, gwarantuje nam Znaczące upusty, sięgające czasami kilkudziesięciu procent.

Posiadając własne kapitały finansowe nie musimy korzystać z kredytów i ponosić kosztów z nimi związanych. Podkreślamy w związku z posiadaniem rozbudowanego zaplecza sił własnych (koparki, samochody ciężarowe, wykwalifikowani pracownicy, sprzęt drobny, narzędzia etc.) nie obciążonego kredytami i leasingiem oraz wieloletnia współpraca z największymi dostawcami materiałów na rynku, mogliśmy zaproponować ceny na korzystnym poziomie. Ponadto niewielka odległość miejsca świadczenia przedmiotu zamówienia zaplecza firmy pozwala na zoptymalizowanie kosztów mobilizacji i obsługi zadania.

Szczegółowa kalkulacja kosztów w PLN

W związku z powyższym trudno mówić w przypadku naszej oferty o rażąco cenie potwierdzamy. że w ofercie zostały ujęte wszystkie określone w Opisie przedmiotu zamówienia i dokumentacji."

Załącznik 1 obejmuje następujące materiały i ich wartości:

	Nazwa materiału	Wartość w PLN
1	RURY PVC020	3400,00
2	RURY KARBOWANE 0300	49000,00
3	RURY ZELBETOWE 0500	48000.00
4	OSADNIKI BETONOWE v-5,Om3	10900 00
5	SEPARATORY	23400,00
6	STUDNIE BETONOWE	7100000
7	KRUSZYWO ŁAMANE 0-31	2590,00
8	STABILIZACJA C	141000,00
9	PODBUDOWY BETONOWE	232000.00
10	ROBOTY BITUMICZNE	14000 00
11	FRRZOWANIE	30000,00
12	KOSTKA BRUKOWA	238000,00
13	KRA NIKI	32900,00
14	OPORNIKI BETONOWE ŁAWA	10600 00
15	BETONOWA	29500,00
16	OZNAKOWANIE	11900 00
	SUMA	948190 00

Z kolei w załączniku 2 wskazano:

„Załącznik nr 2

Skład brygady wykonawczej:

-pracownicy 5 osób - 5 h • 27.70 zł/h = 1108 zł / dzień

-koparka kołowa —8 h 110 zí/h = SSO zł / dzień

-koparko — ładowarka — 8 h 95 zl/h = 760 / dzień

-sprzęt drobny — 250 Zł/dzień

-w02idfo budowlane 2 Szt. — 8 h 1280 dzień

Koszt brygady na dzień —4278

Koszt brygady w miesiącu (założono 22 dni robocze) —4278 x 22 94 116 zł

Założona realizację zadania 2 brygadami przez 7 miesięcy
Koszt robocizny: 2 x 94116 zł x 7 miesięcy; 1317 624zł"

Mając na uwadze wskazane ustalenia Izba nie znalazła podstaw do kwestionowania stanowiska Zamawiającego w przedmiocie odrzucenia oferty wykonawcy. Tak jak podał w cytowanej decyzji z dnia 18/10/23 r. przepis art. 224 ust. 5 ustawy Pzp nakłada na wykonawcę obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu. Z kolei zgodnie z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu oraz zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W niniejszej sprawie Odwołujący – wbrew jego twierdzeniom - nie przedstawił wyjaśnień korespondujących z treścią wezwania z pisma z dnia 29/09/2023. Przede wszystkim twierdzenia co do o wyjątkowo korzystnych upustach cenowych od dostawców materiałów, jak również korzystnych warunkach zakupu paliwa dla środków transportu nie zostały poparte żadnymi dowodami. Z uwagi na brak dowodów sposób sporządzenia wyceny materiałów nie dawał Zamawiającemu możliwości weryfikacji składników cenotwórczych, przykładowo co do wybranych materiałach budowlanych. W tym przypadku oświadczenia jakie składał wykonawca na str 1 pisma powinny być poparte stosownymi dowodami. Ograniczenie się przez wykonawcę tylko do zestawienia kosztów w tabeli i załączenie materiałów wg załącznika nr 1 uprawniało Zamawiającego do uznania braku złożenia przez wykonawcę wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny zgodnie z treścią wezwania z dnia 29 /09/ 2023 r.

Z kolei uproszczona wycena kosztów robocizny – w załączniku 2 - niewątpliwie opiera się na stawce wyższej od minimalnej stawki godzinowej, wskazanej w ustawie minimalnym wynagrodzeniu za pracę niż minimalna. Tu Izba nie podzieliła stanowiska Zamawiającego, że ta stawka powinna być zgodna ze stawką rekomendowaną w Porozumieniu z dnia 8 kwietnia 2014 r. w sprawie stosowania i promocji minimalnej godzinowej stawki kalkulacyjnej wynagrodzenia w budownictwie dla robót budowlano-montażowych oraz usług w zakresie gospodarowania nieruchomościami realizowanych w Polsce w 2014 r., na mocy którego aktualna minimalna stawka kalkulacyjna wynagrodzenia w budownictwie w II półroczu 2023 roku wynosi 30,28 zł. Jednakże kalkulacja podana w załączniku nie uwzględnia wszystkich składników wymaganych przepisami prawa pracy oraz ubezpieczenia społecznego. Ponadto ta wycena – jak podkreślał słusznie Zamawiający - w żadnym stopniu nie odnosi się do wynagrodzenia osób z uprawnieniami (5 osób lub jednej z nich łączącej wymagane uprawnienia), których wymaga Zamawiający. Wykonawca skalkulował tylko wynagrodzenie pracowników budowlanych uwzględniając 2 brygady po 5 osób z wynagrodzeniem 27,70 zł za roboczogodzinę).

W tych okolicznościach podnoszone w odwołaniu zarzuty naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 5 i 6 Pzp nie mogły zostać uznane za zasadne. Izba opierając się na wskazanych dokumentach uznała, że odrzucenie oferty wykonawcy - nastąpiło z uwzględnieniem kryteriów wyrażonych w wezwaniu z dnia 29 /09/ 2023 r. Tym samym także wskazywane naruszenie zasad równego traktowania i przejrzystości postępowania o udzielenie zamówienia publicznego o których mowa we wskazywanym art 16 pkt 1 i 2 Pzp i art. 17 ust. 2 Pzp w tym stanie faktycznym w związku z art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 5 i 6 ustawy nie mogło podlegać uwzględnieniu.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp oraz uwzględniając przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020r. poz. 2437). Izba w tej sprawie nie uwzględniła wniosku Zamawiającego o zasądzenie na jego rzecz kosztów dojazdu na posiedzenie i rozprawę w kwocie 867 zł, które zostały wymienione w zestawieniu kosztów, i które bez podpisu zostało załączono do faktury Kancelarii Radcy Prawnego D. T. z/s w Poznaniu wystawionej tyłem wynagrodzenia pełnomocnika. Jako podstawę ich ustalenia – na pytanie Izby z uwagi na ogólne odesłanie do rozporządzenia - wskazano na rozporządzenie Ministra Pracy i Polityki Społecznej z dnia 29 stycznia 2013 r. w sprawie należności przysługujących pracownikowi zatrudnionemu w państwowej lub samorządowej jednostce sfery budżetowej z tytułu podróży służbowej. Zgodnie z punktem 2 § 5 wskazanego rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (rozporządzenie Pzp): *„Do kosztów postępowania odwoławczego, zwanych dalej „kosztami", zalicza się: (…) 2) uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego, a w okolicznościach, o których mowa odpowiednio w § 7 ust. 2 pkt 2 i 3, ust. 3 i 4, § 8 ust. 2 pkt 2 i 3 oraz § 9 ust. 1 pkt 3 lit. b i pkt 4, koszty uczestnika postępowania odwoławczego, który przystąpił po stronie zamawiającego i wniósł sprzeciw, w wysokości określonej na podstawie rachunków lub spisu kosztów, złożonych do akt sprawy, obejmujące: a) koszty związane z dojazdem na wyznaczone posiedzenie lub rozprawę*, (…). Przepisy Pzp nie wskazują w tym zakresie na przepisy powoływanego przez wnioskodawcę rozporządzenia w sprawie należności przysługujących pracownikowi zatrudnionemu w państwowej lub samorządowej jednostce sfery budżetowej z tytułu podróży służbowej. Wymagany jest według rozporządzenia Pzp spis kosztów, który w tej sprawie nie

został *de* facto – z uwagi na brak podpisu - przedłożony. Izba zwraca ponadto dodatkowo uwagę, że w tym zestawieniu, którego dotyczy wniosek nie wymieniono jakiego pojazdu dotyczy oraz danych go identyfikujących. W konkluzji Izba podnosi, że w tej sprawie miała również na uwadze – odpowiednio - stanowisko Sądu Najwyższego wyrażone w uchwale (Uchwała SN z 29.6.2016 r., III CZP 26/16) w zakresie art. 98 § 1KPC. W tej Uchwale SN podał:*K,psztami przejazdu do sądu pełnomocnika będącego adwokatem lub radcą prawnym - jeżeli ich poniesienie było niezbędne i celowe w rozumieniu art. 98 § 1 k.p.c. - są koszty rzeczywiście poniesione*". Co do metody ustalania SN m.in. wskazał, że rozporządzenie dotyczące podróży służbowych może (….) *mieć zastosowanie do radców prawnych w relacjach z pracodawcą, jeżeli radca prawny, zatrudniony na podstawie umowy o pracę, wykonuje obsługę prawną swego pracodawcy (art. 8 ust. 1 ustawy z dnia 6 lipca 1982 r. o radcach prawnych, jedn. tekst: Dz.U. z 2015 r., poz. 507). Zasady ustalania kosztów i rozliczeń przewidzianych w tych rozporządzeniach nie mogą być jednak przenoszone na grunt postępowania cywilnego".* Tym samym podobnie, nie ma podstaw do stosowania według rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego (…) automatyzmu z rozporządzenia dotyczącego podróży służbowych dla ustalania przez Krajową Izbą Odwoławczą - na gruncie postępowania odwoławczego - kosztów przejazdu pełnomocnika strony w oderwaniu od kosztów poniesionych w rzeczywistości, a zatem kosztów uzasadnionych.
Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

.....