

Sygn. akt: KIO 2542/23

WYROK
z dnia 12 września 2023 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska
Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 września 2023 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 sierpnia 2023 roku przez wykonawcę **GM ROADS POLSKA Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Cieślach** (Odwołujący)

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Gminę Długoleka z siedzibą w Długolece**

przy udziale wykonawcy **S. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Inżynieryjno Budowlane "HYDRO-TAP" S. K.**

z siedzibą w Wilczycach (Przystępujący), zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

Jwzględnie odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie Przystępującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w związku z art. 224 ust. 5 i 6 ustawy Pzp;

osztami postępowania obciąża **Przystępującego – S. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Inżynieryjno Budowlane "HYDRO-TAP" S. K. z siedzibą w Wilczycach**, w następujący sposób:

a) zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięciu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego - GM ROADS POLSKA Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Cieślach** tytułem wpisu od odwołania,

b) zasądza od **Przystępującego – S. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Inżynieryjno Budowlane "HYDRO-TAP" S. K. z siedzibą w Wilczycach** na rzecz **Odwołującego - GM ROADS POLSKA Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Cieślach** kwotę

14 931 zł 65 gr (słownie: czternastu tysięcy dziewięćset trzydziestu jeden złotych 65/100 groszy) stanowiącą uzasadnione koszty Strony poniesione tytułem kosztów wpłaconego wpisu, wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów dojazdu.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz.U.2023 r., poz. 1605 ze zmianami) na niniejszy wyrok -

w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Sygn. akt KIO 2542/23

UZASADNIENIE

Zamawiający: Gmina Długoleka z siedzibą w Długolece, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym bez przeprowadzenia negocjacji pn. „*Przebudowa ul. Krótkiej z budową chodnika i kanalizacji deszczowej, przebudową oświetlenia, budową kanalizacji sanitarnej wraz z przebudową skrzyżowania*

ul. Zdrowej z ul. Agrestową w Kiełczowie”. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w BZP w dniu 22.02.2023 r. pod numerem 2023/BZP 00106013/01.

Dnia 28 sierpnia 2023 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie art. 505 ust. 1 i art. 513 pkt 1 i pkt 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm., dalej: „ustawa Pzp”), odwołanie złożył wykonawca **GM ROADS POLSKA Sp. z o.o. z siedzibą w Cieślach**, dalej „Odwołujący”.

Odwołanie złożono wobec czynności Zamawiającego polegających na:

- wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Inżynieryjno Budowlane Hydro-Tap S. K. z siedzibą w Wilczycach**, dalej jako: „wykonawca Hydro-Tap”;
- zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy Hydro-Tap, jako zawierającej rażąco niską cenę;
- nieprawidłowym dokonaniu wyboru oferty wykonawcy Hydro-Tap w postępowaniu.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie przepisu: art. 239 w zw. z art. 224 ust. 5 i ust. 6 w zw. z art. 226 ust. 8 w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez wadliwy wybór oferty najkorzystniejszej, w sytuacji, gdy oferta wykonawcy Hydro-Tap musi zostać odrzucona jako zawierająca rażąco niską cenę z uwagi na fakt, że złożone wyjaśnienia przez wykonawcę Hydro-Tap wraz z załącznikami, nie uzasadniają realności ceny lub kosztu podanej w ofercie wykonawcy Hydro-Tap, co stanowi o jednoczesnym dokonaniu przez Zamawiającego wyboru oferty najkorzystniejszej w sposób naruszający uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców.

Zamawiający w ocenie Odwołującego dokonał błędnej oceny wyjaśnień dot. ceny zawartej w ofercie wykonawcy Hydro-Tap w odniesieniu do ceny tej oferty oraz w odniesieniu do istotnych części składowych ceny tej oferty, tj. kosztów zatrudnienia osób skierowanych do wykonania umowy oraz kosztów wskazanych kosztorysie wykonawcy Hydro Tap, co do których Zamawiający wezwał wykonawcę Hydro-Tap do złożenia wyjaśnień.

Odwołujący wnosil o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
 2. odrzucenie oferty złożonej przez wykonawcę Hydro-Tap z uwagi na fakt, że oferta ta zawiera rażąco niską cenę;
- Informację o dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej zamieszczono na stronie internetowej Zamawiającego w dniu 23.08.2023 r. Odwołujący dochował zatem terminu na wniesienie odwołania, o których mowa w art. 515 Pzp. Kopia odwołania została prawidłowo przekazana Zamawiającemu a Odwołujący uiscił wpis w wymaganej wysokości na rachunek UZP.

Interes

Odwołujący wskazał, że ma interes w uzyskaniu zamówienia. W wyniku naruszenia przez Zamawiającego powołanych przepisów Pzp interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku, bowiem złożył On ważną

oferę w postępowaniu

i w przypadku odrzucenia oferty wykonawcy Hydro-Tap oferta Odwołującego może zostać uznana za najkorzystniejszą. Szkoda Odwołującego odpowiada kwocie zysku, jaką Odwołujący utracił na skutek nie uzyskania przedmiotowego zamówienia.

W uzasadnieniu zarzutów odwołania podano, że w postępowaniu zostały złożone 4 oferty, 2 zostały odrzucone. Zamawiający uznał za ważne oferty Odwołującego i wykonawcy Hydro-Tap.

Zamawiający w dniu 23.08.2023 r. dokonał po raz drugi wyboru, jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu, oferty wykonawcy Hydro-Tap z naruszeniem przepisów ustawy Pzp. Uprzednio dokonany wybór oferty wykonawcy Hydro-Tap został unieważniony na mocy Wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7.06.2023 r. w sprawie o sygnaturze KIO 1470/23. Zamawiający zobowiązany został przez KIO m.in. do odtajnienia wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Odwołujący w postępowaniu o sygn. akt KIO 1470/23 wskazywał, że konieczne jest odtajnienie wyjaśnień bowiem, jeżeli nie są one wystarczająco konkretne, wyczerpujące i poparte dowodami, to należy uznać, że oferta Wykonawcy Hydro-Tap zawiera rażąco niską cenę.

Analiza wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez wykonawcę Hydro-Tap doprowadza do jednoznacznego wniosku – wyjaśnienia te nie mogą być uznane za prawidłowe i wyczerpujące, bowiem nie usuwają wątpliwości co to tego, że cena i istotne części składowe ceny oferty wykonawcy Hydro-Tap są rażąco niskie.

Zamawiający w dniu 31.03.2023 r. wezwał wykonawcę Hydro-Tap do złożenia wyjaśnień dot. ceny oferty tego wykonawcy. W wezwaniu Zamawiający podkreślił, że cena w wysokości 5 539 314,67 zł brutto wskazana w ofercie jest niższa o 35,11 % od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przez Zamawiającego przed wszczęciem postępowania, tj. 8 536 297,28 zł brutto.

Zamawiający żądał wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących zaoferowanej ceny, przedstawienia kalkulacji ceny jednostkowej dla poniższych pozycji kosztorysowych:

I – kosztorys ofertowy: „BUDOWA KANALIZACJI SANITARNEJ W MIEJSCOWOŚCI KIEŁCZÓW UL. WROCŁAWSK KRÓTKA, DEBOWA - zadanie I - etap 1 SIEC” pozycje 18, 19, 20, 30, 31, 32;

IV – kosztorys ofertowy: „Przebudowa odcinków drogi ul. Krótkiej wraz z budową odcinka chodnika i kanalizacji deszczowej (w tym zarurowanie istniejącego rowu) oraz przebudowa kolidującego oświetlenia w miejscowości Kiełczów” pozycje 22, 47, 87;

VII – kosztorys ofertowy: „BUDOWA KANALIZACJI SANITARNEJ W MIEJSCOWOŚCI KIEŁCZÓW UL. WROCŁAWSK KRÓTKA, DEBOWA - zadanie I - etap 1 SIEC - modernizacja przepompowni PS 5, PG 2” pozycje 1.

Ponadto, zgodnie z art. 224 ust. 4 ustawy Pzp, Zamawiający żądał wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących zaoferowanej ceny, 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 (t.j. Dz.U. 2020 poz. 2207) 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.

Zamawiający zaznaczył, że wyjaśnienia powinny być wyczerpujące i zawierać szczegółowe informacje, poparte dowodami, tak aby Zamawiający mógł dokonać oceny czy zaoferowana cena nie jest rażąco niska. Dowodami na potwierdzenie wycenienia ceny mogą być np. faktury pro forma, kopie umów, kosztorysy, oferty, wyceny zawierające ilości i ceny jednostkowe.

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

Z pkt 5 ppkt 8 Protokołu z posiedzenia Komisji przetargowej z dnia 23.08.2023 r. wynika, że Zamawiający nie stwierdził tak, jak w pozostałych przesłankach z art. 226 ust. 1 ustawy Pzp, że „przesłanka nie wystąpiła”.

Z dokumentacji postępowania wynika, że Zamawiający nie sporządził na piśmie informacji o wynikach badania treści wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez wykonawcę Hydro-Tap. Zatem należy przyjąć, że Zamawiający w dniu wyboru oferty,

tj. w dniu 23.08.2023 r. dokonał ponownej oceny wyjaśnień.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp konieczne jest odrzucenie oferty wykonawcy Hydro-Tap gdyż wykonawca ten w ocenie Odwołującego złożył wyjaśnienia w zakresie ceny oferty, jednak wyjaśnienia te nie potwierdzają braku rażąco niskiej ceny oraz są nieudowodnione. Wyjaśnienia złożone przez wykonawcę Hydro-Tap stanowią w zasadzie ogólne twierdzenia, które nie są poparte wystarczającymi dowodami. Dokumenty załączone do wyjaśnień formalnie są dowodami, jednak nie spełniają funkcji dowodu w tym przypadku, ponieważ nie potwierdzają prawdziwości też wskazanych w wyjaśnieniach wykonawcy Hydro-Tap. Nie korespondują z twierdzeniami zawartymi w treści wyjaśnień pozostawiając duże pole do interpretacji ich znaczenia, co wyklucza ustalenie, że wyjaśnienia są konkretne, jednoznaczne i wyczerpujące.

Gdy zaistnieją przesłanki do wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 224 ust. 1 lub 2 ustawy Pzp, ustawowym obowiązkiem wykonawcy jest wykazanie, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. W takiej sytuacji to na wykonawcy spoczywa ciężar dowodu, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska. Na powyższe wskazuje wprost art. 224 ust. 5 ustawy Pzp. Złożone wyjaśnienia stanowią podstawę dla Zamawiającego do oceny prawidłowości zaoferowanej ceny, oczywistym jest, że wyjaśnienia te powinny być wyczerpujące, zawierać uzasadnienie zaoferowanej ceny, w tym wskazanie okoliczności wpływających na zaoferowanie takiej a nie innej ceny oraz przede wszystkim potwierdzające jej realny charakter. Niewątpliwie z treści art. 224 ust. 6 ustawy Pzp wynika, że nie tylko nieudzielenie wyjaśnień w wyznaczonym terminie skutkować będzie koniecznością odrzucenia oferty. Podstawą do odrzucenia oferty w oparciu o tę przesłankę będzie również sytuacja gdy złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu. Same wyjaśnienia nie są wystarczające, ustawodawca przesądził bowiem, że muszą być one poparte dowodami, zostawiając jednocześnie wykonawcy swobodę w ich doborze.

Zdaniem Odwołującego wykonawca Hydro-Tap złożył wyjaśnienia, jednak z wyjaśnień tych nie wynika, że cena zaoferowana przez wykonawcę nie zawiera rażąco niskiej ceny.

Sposób wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny zależy od indywidualnych okoliczności sprawy, zwłaszcza w związku z rodzajem podawanych informacji, będzie można ocenić i przyjąć konieczny sposób i stopień uwiarygodnienia podawanych danych. Niewątpliwie można natomiast sformułować jeden generalny postulat, który przy ocenie wyjaśnień wykonawców powinien być bezwzględnie egzekwowany - wyjaśnienia powinny być konkretne, jasne, spójne i adekwatne do danego przedmiotu zamówienia (wyrok KIO z dnia 9.11.2021 r. sygn. KIO 3070/21), a wyjaśnienia złożone przez wykonawcę Hydro-Tap takie nie są.

Odwolujący odniósł się do poszczególnych części składowych jakie powinien wyjaśnić Wykonawca Hydro-Tap zgodnie z otrzymanym wezwaniem od Zamawiającego:

Koszty pracy

Postanowienia §15 wzoru umowy, stanowiącego załącznik nr 1 do SWZ brzmią:

„1. Zgodnie z art. 95 ust. 1 ustawy Pzp, Zamawiający wymaga zatrudnienia przez Wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie umowy o pracę w rozumieniu przepisów art. 22 § 1 ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. Kodeksu pracy (tekst jedn. Dz. U. z 2018 r. poz. 108) osób, które będą wykonywać czynności polegające na:

1) Wykonywaniu prac fizycznych – pracowników budowlanych wykonujących: roboty rozbiórkowe, ziemne, polegające na wykonaniu warstw konstrukcyjnych, roboty nawierzchniowe, roboty montażowe studni i wpustów, roboty przy układaniu kanałów, przykanalików i przyłączy, roboty montażowe słupów i opraw oświetleniowych.

2) Wykonywaniu prac specjalistycznym sprzętem budowlanym – operatorów koparek, spycharek.

3. Osoby wskazane w ust. 1 muszą być zatrudnione przez cały okres wykonywania danych robót budowlanych”

Wobec powyższego Wykonawca do realizacji przedmiotu zamówienia musi zatrudnić pracowników na podstawie umowy o pracę wg wytycznych z SWZ a pozostałe osoby realizujące umowę mogą być zatrudnione na podstawie umów cywilnoprawnych.

Zamawiający wezwał wykonawcę Hydro-Tap do przedstawienia wyjaśnień w zakresie dot. kosztów zatrudnienia pracowników i zleceniobiorców. W tym zakresie wykonawca Hydro-Tap odpowiedział lakonicznie, przedstawiając poniższe wyjaśnienia:

„Wyjaśnienia w zakresie kosztów pracy – stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa:

Dysponujemy już zasobami ludzkimi niezbędnymi do wykonania przedmiotowego zamówienia. Wszystkich naszych pracowników, w tym osoby które będą realizować przedmiotowe zamówienie, zatrudniamy na podstawie umowy o pracę w rozumieniu przepisów Kodeksu pracy. Umowa o pracę jest wyłączną podstawą zatrudnienia pracowników w naszej firmie. Zamierzamy zrealizować przedmiotowe zamówienie korzystając z pracy zatrudnionych już przez siebie pracowników, na dowód czego przedstawiamy listę pracowników dedykowanych do wykonywania tego zamówienia. Wynagrodzenie wszystkich tych pracowników nie jest mniejsze od minimalnego wynagrodzenia za pracę, czego dowód stanowią przykładowe umowy o pracę zawarte

z pracownikami, którzy będą wykonywać roboty budowlane (załączone do niniejszych wyjaśnień). Jednocześnie chcielibyśmy podkreślić, że wynagrodzenie w wysokości 4500,00 zł (płaca zasadnicza) jest najniższym ze wszystkich wynagrodzeń otrzymywanych przez naszych pracowników. Jak widać wynagrodzenie jakie otrzymują i otrzymają zatrudnieni przez nas pracownicy, którzy będą wykonywać przedmiotowe zadanie w żaden sposób nie uzasadnia negatywnej oceny kosztów pracy, a nawet przypuszczenia, że koszty pracy nie kształtują się na wymaganym poziomie przynajmniej minimalnego wynagrodzenia za pracę. Pozostając w stosunku pracy z pracownikami, którzy będą wykonywać przedmiotowe zamówienie, mogliśmy skalkulować i przyjęliśmy przy obliczaniu zaoferowanej ceny otrzymywane przez te osoby wynagrodzenia jako wartości konkretne, wynikające

z zawartych umów o pracę, a nie jedynie jako hipotetyczne, przewidywane koszty przyszłych umów o pracę. W zaoferowanej cenie uwzględniliśmy nasze zobowiązania jako pracodawcy (wynikające nie tylko z Kodeksu pracy ale i z innych ustaw i przepisów prawnych).

Jako wykonawca zatrudniający pracowników na podstawie umowy o pracę, mamy obowiązek ponosić tzw. koszty pracodawcy, a więc przede wszystkim opłacamy składki na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne, które finansuje płatnik składek (pracodawca), a także ponosimy inne koszty związane z zatrudnianiem pracowników. Z zobowiązań tych wywiązujemy się na bieżąco, znamy ich wysokość i dopełniamy wszelkich niezbędnych formalności. Działamy więc w zgodzie z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego. Jako dowód przedstawiamy druk ZUS RCA”.

Z wezwania do wyjaśnień w sposób ewidentny wynika, że Zamawiający wymagał wskazania zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie, tymczasem w treści wyjaśnień brak jest jakiegokolwiek kalkulacji kosztów pracy i odniesienia ich do ceny oferty. Złożenie wyjaśnień stanowi jedynie przedstawienie zbioru ogólnych, nieuporządkowanych twierdzeń, które w żaden sposób nie zostały choćby uprawdopodobnione.

Zamawiający nie jest w stanie ustalić z treści wyjaśnień Hydro-Tap:

1) Ile osób wykonawca Hydro-Tap zamierza zatrudnić na podstawie umów o pracę i w jakim wymiarze czasu pracy a ile osób wykonawca Hydro-Tap zamierza zatrudnić na podstawie umów cywilnoprawnych?

2) jaką kwotę stanowiącą koszty zatrudnienia w cenie oferty wykonawca Hydro Tap skalkulował na wynagrodzenia pracowników i zleceniobiorców?

3) Wykonawca przedstawił jedynie listę pracowników – 8 osób, ale nie przedstawił dla tych pracowników umów o pracę, nie przedstawił stawek za jakie osoby te mają zostać zatrudnione, poza tym Wykonawca przedstawił dokumenty w postaci zaświadczeń ZUS RCA dla już zatrudnionych pracowników, których nie ma na przedstawionej liście.

Z tak wskazanych dokumentów Zamawiający nie jest w stanie uzyskać jednoznacznej informacji na temat tego jak wykonawca Hydro-Tap skalkulował koszty związane

z zatrudnieniem pracowników i zleceniobiorców do realizacji umowy;

4) wykonawca Hydro Tap oraz jego podwykonawca, który użycza potencjału w postaci kierownika budowy w osobie M. Ż. nie wskazali kosztów zatrudnienia kierownika budowy, zatem z powyższego wynika, że koszt ten nie został skalkulowany w cenie oferty

i w ramach tego kosztu oferta Hydro-Tap jest niedoszacowana, zatem zaniżona o ten koszt. Kierownik budowy zazwyczaj zatrudniany jest na podstawie umowy zlecenie, a co za tym idzie mają do takiej sytuacji zastosowanie przepisy dotyczące minimalnej stawki godzinowej, która nie skoro nie została przewidziana w cenie oferty, to należy uznać, że Wykonawca nie wykazał, że cena jego oferty jest zgodna z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (t.j. Dz.U. 2020 poz. 2207) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie. (Wynagrodzenie kierownika budowy to miesięcznie ok 10 do 16 tys. zł miesięcznie);

5) wykonawca przedstawił jedynie głosowne oświadczenie podwykonawcy WODROMEL, poprzestał na głosownym oświadczeniu, że podwykonawca zatrudnia osoby na podstawie umów o pracę i umów zlecenie zgodnie z przepisami prawa. Nie ma w tym zakresie

w wyjaśnieniach żadnego dowodu potwierdzającego to twierdzenie;

6) Do realizacji umowy konieczne jest zatrudnienie także kierowników branżowych – a o tym koszcie wykonawca Hydro-Tap nawet nie wspomniał, zatem także zaniżył cenę oferty o koszty zatrudnienia kierowników na umowy cywilnoprawne.

Zamawiający nie jest w stanie ustalić na podstawie przedstawionych wyjaśnień ceny oferty jak Hydro Tap wyliczył koszt zatrudnienia pracowników oraz jak ten koszt wygląda na tle innych składników cenotwórczych ceny oferty tego wykonawcy – zatem nie jest w stanie ustalić, że koszt zatrudnienia nie został zaniżony lub niedoszacowany. Tym samym

Wykonawca Hydro-Tap nie obalił domniemania rażąco niskiej ceny w zakresie dot. kosztów zatrudnienia i w konsekwencji Zamawiający nie mógł tak przedstawionych wyjaśnień uznać za wystarczające, konkretne, jasne, spójne i adekwatne do przedmiotu zamówienia. Dlatego zdaniem Odwołującego wybór oferty wykonawcy Hydro Tap jako najkorzystniejszej narusza przepisy ustawy Pzp.

Dalej w wyjaśnieniach Wykonawca Hydro-Tap podał: „Jednocześnie chcielibyśmy podkreślić, że wynagrodzenie w wysokości 4500,00 zł (płaca zasadnicza) jest najniższym ze wszystkich wynagrodzeń otrzymywanych przez naszych pracowników”, tymczasem

z przedstawionych dokumentów wynika, że Hydro-Tap zatrudnia pracowników także za kwotę 2660 zł – wynika z dokumentu ZUS RCA dla D. K. oraz za kwotę wynagrodzenia 4000 zł, co wynika z dokumentu ZUS RCA W. P.. Sytuacja ta powinna doprowadzić Zamawiającego do wniosku, że jednak Hydro-Tap nie zatrudnia pracowników na podstawie umowy o pracę w sposób zgodny z przepisami prawa.

Analiza treści wyjaśnień wykonawcy Hydro Tap o treści: „Wynagrodzenie wszystkich tych pracowników nie jest mniejsze od minimalnego wynagrodzenia za pracę, czego dowód stanowią przykładowe umowy o pracę zawarte z pracownikami, którzy będą wykonywać roboty budowlane” i zestawienie jej z dokumentami jakie zostały załączone do wyjaśnień doprowadza do wniosku, że Hydro Tap przedstawiło umowy o pracę tylko dla przykładowo a nie na potwierdzenie, że w tym konkretnym przypadku zamierza skierować do pracy konkretną liczbę pracowników na konkretnie wskazanych warunkach płac. Skoro tylko Ci pracownicy, których umowy wskazano do umowy o pracę załączono do wyjaśnień będą zatrudnieni

w tym postępowaniu, a są to: Z. Z., K. D., C. J., M. K. i B. T. – 5 osób i mając na uwadze załączony do wyjaśnień wykaz pracowników, na których nie ma tych osób, stwierdzić należy, że Wykonawca nie tylko nie wskazał ile dokładnie pracowników skieruje do realizacji umowy, tak, aby można było ustalić koszt ich zatrudnienia, ale dodatkowo wskazał ich zbyt małą liczbę w odniesieniu do realizacji przedmiotu umowy.

Wykonawca Hydro Tap w żadnym miejscu wyjaśnień nie odniósł się do zakresu przedmiotu zamówienia, który determinować ma liczbę pracowników konieczną do zapewnienia prawidłowego wykonania umowy.

Wykonawca Hydro Tap pominął także szereg innych okoliczności wynikających

z kosztów związanych z zatrudnieniem pracowników. Skoro o nich nie wspomniał

w wyjaśnieniach, to oznacza, że nie ujął ich w cenę oferty podczas jej kalkulacji. Takimi kosztami jest np. koszt szkolenia pracownika z zakresu BHP, który nie został wskazany

w wyjaśnieniach, a Wykonawca powinien go przewidzieć, tym bardziej, że stanowiska pracy np. operator koparki takie szkolenie przejść musi. Koszt to ok 50-100 zł za osobę – nie wiemy ile osób zostanie skierowanych do realizacji usługi przez wykonawcę Hydro Tap – bo nie jest to w sposób jednoznaczny wskazane w wyjaśnieniach. Ponad wszelką wątpliwość koszt ten został ewidentnie pominięty, a przecież są sytuacje gdy pracownik się zmienia

w ciągu roku, rób wymaga tego charakter pracy wtedy konieczne jest powtarzanie szkolenia okresowego BHP nie rzadziej niż raz w roku. Wiąże się to z koniecznością pokrycia kosztu szkolenia, którego Hydro Tap nie przewidział - co stanowi kolejne potwierdzenia nierzetelnego skalkulowania ceny oferty i jej rażąco niskiej ceny. Umowa realizowana ma zostać w ciągu 26 m-cy, zatem Wykonawca Hydro Tapo podczas kalkulacji kosztów zatrudnienia powinien osadzić swoje wyliczenia w tym przedziale czasu. Ponieważ

w wyjaśnieniach brak jest jakiegokolwiek kalkulacji, to Zamawiający także nie wie w jakim okresie czasu Hydro Tap szacować koszty zatrudnienia.

Wykonawca Hydro - Tap w swojej kalkulacji nie przewidział w ogóle kosztów zastępstw urlopowych w roku 2023 i 2024 i 2025, co w efekcie przekłada się na fakt, iż cena oferty wykonawcy Hydro Tap jest rażąco niska. Wykonawca nie wliczył w cenę oferty istotnych warunków zatrudnienia - nie pokazał wysokości składki wypadkowej, kosztów PPK, zastępstw urlopowych, chorobowych. Konieczność przewidzenia owych pozycji wynika

z przepisów kodeksu pracy i przepisów o ubezpieczeniach społecznych. W tym aspekcie każde wezwanie do wyjaśnień ceny jest konkretne. Zamawiający otrzymał ogólnikową odpowiedź, z zupełnym pominięciem tej kwestii – bez wskazania jakiegokolwiek kwoty na pokrycie tych kosztów związanych z zatrudnieniem, co przesądza o tym, że wyjaśnienia

w tym zakresie należy potraktować jako niewystarczające i odrzucić ofertę Wykonawcy Hydro Tap jako ofertę zawierającą rażąco niską cenę.

Badanie lekarskie pracowników - drugą ważną kwestią są badania lekarskie,

w trakcie których sprawdzana jest sprawność fizyczna, intelektualna i psychomotoryczna operatorów koparek itp., ich odporność na stres oraz umiejętność funkcjonowania w trudnych sytuacjach. Kiedy pracownik przebywał na zwolnieniu lekarskim nieprzerwanie przez okres dłuższy niż 30 dni. Po powrocie z L4 pracownik musi przejść badania kontrolne, które mają na celu zweryfikowanie, czy nie utracił zdolności do wykonywania swojego zawodu. Wykonawca nie przewidział tych kosztów w swojej kalkulacji. To pracodawca kieruje pracownika na badania lekarskie, a także za nie płaci. Cena badania lekarskiego to koszt rzędu około 200 zł, badania psychologicznego – 150 zł. W wyjaśnieniach wykonawcy Hydro-Tap brak wliczenia w cenę oferty tych kosztów.

Wykonawca Hydro Tap w wyjaśnieniach nie przewidział zapewnienia zastępstwa przez pracowników wykonujących również inne zlecenia, a co za tym idzie brak konieczności zatrudnienia dodatkowych pracowników ad hoc. W żaden sposób nie wykazał i nie udowodnił owej okoliczności. Ponadto w przypadku korzystania z pracowników zgodnie z powyższym powinien przewidzieć koszt ich zatrudnienia proporcjonalnie, zgodnie ze stopniem zaangażowania w realizacji zamówienia, nie można bowiem czynić oszczędności w jednym kontrakcie kosztem przerzucenia pozycji kosztowych na inny kontrakt.

Wykonawca Hydro Tap wyraźnie nie wskazał ile pracowników przewidział do zatrudnienia podczas kalkulowania ceny oferty, ale gdy przyjął, że będzie ich np. 9, to koszt urlopu i chorobowego winien być wyliczony w następujący sposób:

Koszty urlopu i chorobowego - 26 dni (wskaźnik urlopowy 26 dni/252 dni = 10,32%) + chorobowy 2%* = 12,32%. Koszt urlopu i chorobowego liczony jest jako suma wynagrodzenia wraz ze składką ZUS pomnożone przez wskaźnik urlopowo-chorobowy. Takiej pozycji w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny nie przedstawił Hydro Tap – a co więcej nie ma możliwości aby Zamawiający samodzielnie ustalił ten koszt, ponieważ Zamawiający nie otrzymał informacji jakie wynagrodzenie otrzyma każdy z zatrudnionych pracowników oraz ilu pracowników Wykonawca Hydro Tap zamierza skierować do realizacji przedmiotu umowy oraz w jakim wymiarze czasu pracy.

Odwołujący przedstawił przykładową kalkulację dla zatrudnienia 13 pracowników. Przyjęto liczbę 13 pracowników zgodnie z wykazem pracowników, gdzie przewidziano 8 osób oraz z treści wyjaśnień, gdzie załączono umowy o pracę dla 5 osób (8+5= 13).

Różne stawki wynagrodzenia minimalnego wynikają z faktu, że od 1 lipca 2023 r. obowiązuje wyższe minimalne wynagrodzenie, niż to jakie obowiązywało od 1 stycznia 2023 r. Mając na uwadze termin składania ofert w tym postępowaniu przypadało w dniu 21 marca 2023 r., wykonawca Hydro Tap powinien założyć, że przez kilka pierwszych miesięcy realizacji usługi umowa będzie wykonywana w trakcie obowiązywania wynagrodzenie minimalnego obowiązującego od 01.01.2023 w kwocie 3.490 zł brutto. Co w przeliczeniu na koszty pracodawcy wynosi: 4.204,75 zł., a

następnie od 1.07.2023 w kwocie 3600 zł brutto.

Co w przeliczeniu na koszty pracodawcy wynosi: 4.337,28 zł. Wykonawca Hydro Tap w swoich wyjaśnieniach nie przewidział tej okoliczności – zatem należy przyjąć, że nie w kalkulował w cenę oferty kosztów stąd wynikających.

Oczywiście do wykonania zamówienia z pewnością powinny być skierowane osoby o różnych kompetencjach i umiejętnościach, zatem osoby na stanowiskach kierowniczych osiągają wyższe wynagrodzenia niż wynagrodzenie minimalne, a w wyjaśnieniach Hydro Tap takie osoby nie zostały wskazane i nie jest podany koszt ich zatrudnienia, zatem wykonawca nie uwzględnił w cenie swojej oferty kosztów zatrudnienia tych osób. Zaznaczenia wymaga fakt, że w przykładowej kalkulacji nie zostały ujęte osoby zatrudnione w innej formie niż umowa o pracę, a oczywistym jest, że np. kierownicy budowy są zatrudniani wg stawek ustalonych najczęściej na podstawie umowy zlecenia.

Z kalkulacji wynika, że miesięczny koszt utrzymania pracowników od daty zawarcia umowy do 1.07.2023 r. wynosi 54 661,75 zł, a po korekcie 61 439,82 zł. Natomiast od 01.07.2023 r. miesięczny koszt utrzymania pracowników wynosi będzie 56 384,64 zł, po

Wskazane kalkulacje obrazują w ocenie Odwołującego, że już przy zastosowaniu minimalnego wynagrodzenia za pracę 13 pracowników w czasie 26 miesięcy realizacji umowy to:

$61439,82 * 2$ miesiące maj, czerwiec = 122 879,64

$63376,43 * 24$ miesiące = 1 521 034,32 zł

Razem: 1 643 913,96 zł

Przy czym w kwocie tej brakuje ujęcia zwiększenia się minimalnego wynagrodzenia za pracę od 1 stycznia 2024 r., który zapewne spowoduje zwiększenie tej kwoty.

Oczywistym jest także, że koszt zatrudnienia kierownika budowy także generuje określone koszty, które mają znaczący wpływ na cenę. W ujęciu tabelarycznym Odwołujący przedstawił kalkulację kosztów zatrudnienia – przy przyjęciu, że wszystkie 13 osób zatrudnione miałyby być za minimalnym wynagrodzeniem za pracę, zatem wg założeń skrajnie korzystnych dla wykonawcy Hydro Tap, które w rzeczywistości nie występują, bowiem trudno sam wykonawca Hydro-Tap oświadczył, że zatrudnia pracowników za wynagrodzeniem powyżej minimalnego wynagrodzenia za pracę.

Wykonawca Hydro-Tap złożył ofertę na kwotę 5 588 529,50 zł brutto, 23% Vat = 4 303 167,72 zł, po odjęciu od tej kwoty kosztów zatrudnienia wg wyliczenia Odwołującego tabeli 1 643 913,96 zł, pozostaje kwota 2 659 253,79 zł na pokrycie wszelkich innych kosztów w tym materiałów budowlanych, paliwa, sprzętu, ubezpieczenia itp., a przede wszystkim konieczne jest wypracowanie zysku.

Z treści wyjaśnień nie wynika, czy wykonawca Hydro-Tap przewidział, że w 2023 r., że zmienią się przepisy dotyczące wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę i , że ten koszt także ujął w cenie oferty. W konsekwencji powyższego w cenie oferty nie zostały zawarte rezerwy na urlopy chorobowe i wypoczynkowe oraz wykonawca Hydro-Tap nie przewidział konieczności pokrycia kosztu ewentualnego zastępstwa pracownika w czasie choroby czy też innych okoliczności losowych, a także konieczność pokrycia ewentualnych szkoleń z zakresu bhp i badań lekarskich oraz konieczności zwiększenia wysokości wynagrodzeń w związku ze zmianą przepisów w tym zakresie jaka nastąpiła od 1 lipca 2023 r. W tym stanie rzeczy nie ulega najmniejszemu wątpliwościom, że Wykonawca Hydro-Tap w sposób nierzetelny i niekompletny ustalił zakres kosztów, jakie mogą pojawić się w związku z realizacją przedmiotu zamówienia w zakresie dot. pokrycia kosztów związanych z zatrudnieniem pracowników.

Wysokości kosztów PPK, który jest podstawowym kosztem pracowniczym. Wysokość wpłat podstawowych do PPK jest określona przez art. 26 i 27 ustawy o pracowniczych planach kapitałowych (Dz. U. z 2020 r. poz. 1342 ze zm.) i wynosi 1,5% wynagrodzenia dla wpłat finansowanych przez pracodawcę. Wykonawca Hydro-Tap nie przewidział żadnych kosztów PPK – nawet o nich nie wspomniał, zatem należy przyjąć, że pominał je w kalkulacji ceny oferty.

Wykonawca nie przewidział żadnych kosztów na zapewnienie wody w miesiącach letnich dla parowników, wyposażenia pracowników w odzież ochronną niezbędną do realizacji usługi, nie udowodnił również, że jest w ich osiadaniu.

Istotne jest także to, że Wykonawca Hydro-Tap przedstawił zobowiązanie podmiotu trzeciego – podwykonawcy do zrealizowania części zakresu przedmiotu umowy. W tym zakresie w zasadzie podmiot milczy w wyjaśnieniach, dlatego nikt nie jest w stanie ustalić

z przedstawionych wyjaśnień jak wykonawca Hydro-Tap wyliczył cenę swojej oferty w zakresie dotyczącym kosztów związanych z zatrudnieniem pracowników.

Wykonawca Hydro-Tap wskazał też we wstępnej części wyjaśnień, że: „Zatrudniamy miejscowych pracowników zamieszkałych w większości na terenie Gminy Długoleka co redukuje koszty delegacji, diet, najmu kwater oraz zwiększa efektywność czasu pracy pracowników, który z uwagi na bliskie położenie inwestycji będzie mógł być w pełni wykorzystany na wykonanie pracy (a nie także na dojazdy)”. Odwołujący sporządził tabelę na podstawie wyjaśnień dotyczących pracowników Hydro-Tap, dane te wynikają z analizy przedstawionych dokumentów, np. z umów o pracę i dowodzą, że pracownicy wykonawcy Hydro-Tap, wcale nie mieszkają „na miejscu wykonania usługi”, tylko jednak muszą dojeżdżać do pracy, niektórzy nawet 44 km w jedną stronę. Dlatego też bliskości miejsca zamieszkania pracowników wykonawcy Hydro-Tap wcale nie tworzy wyjątkowo sprzyjających warunków realizacji usługi, mających wpływ na obniżenie kosztów, bowiem

np. wykonawca jakim jest Odwołujący jest także lokalnym Wykonawcą, który nie musi organizować kadry pracowniczej z innych rejonów kraju do wykonania przedmiotu umowy. Innymi słowy fakt, że wykonawca Hydro-Tap jest wykonawcą lokalnym nie stawia go

w pozycji uprzywilejowanej względem innych wykonawców, ponieważ takie same lub nawet niższe koszty ponosi w związku z działaniem na rynku lokalnym Odwołujący.

Poza tym wyjaśnienia wykonawcy Hydro- Tap i powołanie się na rzekomo obniżające koszty zatrudnienie pracowników z terenu województwa dolnośląskiego nie jest okolicznością właściwą tylko wykonawcy Hydro-Tap oraz stanowi jedynie głoślowe twierdzenie, ponieważ:

- 1) Wykonawca Hydro-Tap nie przedstawił jakichkolwiek wyliczeń oszczędności z tytułu zatrudnienia pracowników „miejscowych” (choć trudno ich takimi nazwać jeżeli mieszkają ok 30 - 44 km od budowy);
- 2) Nie ma możliwości odniesienia powyższego „argumentu” wykonawcy Hydro-Tap np. do GM ROADS, gdzie odległość zamieszkałych pracowników np. w południowej części Wrocławia (Ołtaszyn) do placu budowy w postępowaniu wynosi ok. 18 km, zatem z dużym prawdopodobieństwem koszty dojazdu pracowników Hydro-Tap ze względu na ich znaczne rozrzucenie terytorialne mogą być większe niż np. dla GM ROADS, natomiast odpowiedzi na to pytanie nie można „wyciągnąć” z treści wyjaśnień wykonawcy Hydro-Tap, ponieważ nie wskazał on jakie są to koszty konkretnie i jednoznacznie.

Kolejne pytanie jakie powstaje w związku z tak udzielonymi wyjaśnieniami to to, czy są to koszty pracowników, którzy ponoszą koszty dojazdu do pracy czy koszty pracodawcy? Jedynie można domyślać się, że Hydro-Tap ma zamiar

zwracać pracownikom koszty dojazdu – co dodatkowo powoduje, że cena oferty tego wykonawcy tym bardziej staje się nierealna – czyli rażąco niska.

Zdaniem Odwołującego wykonawca Hydro-Tap zobowiązany był przedstawić kalkulację przedstawiającą koszty zatrudnienia pracowników w ujęciu miesięcznym i w ujęciu przedziału czasowego, w jakim zamierza wykonać przedmiot zamówienia. Tylko wtedy możliwe byłoby przedstawienie Zamawiającemu wyczerpującej odpowiedzi na wezwanie do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących zaoferowanej ceny, w zakresie 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 właściwych przepisów lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie oraz zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie.

Wobec jednak złożenia przez wykonawcę Hydro-Tap wyjaśnień, które mają charakter gołosłownych twierdzeń, braku przedstawienia jakiegokolwiek kalkulacji Odwołujący uważa, że potwierdziła się zasadność zarzutu.

Kalkulacje pozycji kosztorysowych- ocena wyjaśnień Hydro Tap

Zamawiający zażądał w wezwaniu do wyjaśnienia ceny oferty wykonawcy Hydro-Tap przedstawienia przez niego kalkulacji pozycji kosztorysowych. W odpowiedzi wykonawca przedstawił:

„Poz. 18

Robocizna 6,99 zł/m²; Koparka 5 zł/m²; zysk 2 zł/m²; eksploatacja szalunków 4 zł/m²

Posiadamy własne szalunki, nie planujemy zakupu, zestawienie w załączniku.

Poz. 19, Poz. 20

Robocizna - 1,53 zł/m³; Koparka - 2,51 zł/m³; piasek z transportem - 1,65t/m³ x 25 zł/t = 41,25zł/m³ – oferta na przywóz piasku w załączeniu zysk – 4 zł/m³

Poz. 30

Robocizna – 3,83zł/szt; Koparka – 9zł/szt; zysk - 6,0 zł/szt; eksploatacja, konserwacja - 40,34zł/szt

Poz. 31

Robocizna – 3,83zł/m; Samochód skrzyniowy – 2,50 zł/m; zysk - 4,0zł/m eksploatacja, konserwacja - 33,04zł/m

Poz. 32

Robocizna – 5,10zł/h Spalanie ON – 7,0zł/h zysk - 4,0zł/h eksploatacja, konserwacja - 20,10zł/h

Posiadamy własne zaplecze sprzętowe i transportowe co pozwala nam zmniejszyć koszty wykonywanych prac i transportu materiałów, oraz urobku.

Dysponujemy własnymi kolektorami, igłofiltrami oraz agregatami pompowymi co powoduje minimalizację kosztów w tych pozycjach. Nie zamierzamy kupować nowych. Zestawy pompowe oraz wykaz pojazdów oraz maszyn w załączniku.

Poz. 22

Robocizna – 6,75zł/m³; koparka – 17,79zł/m³; samochód samowyładowczy – 30,14zł/m³; koszty zagospodarowania odpadów – 4,08zł/m³; zysk – 10,0zł/m³; eksploatacja i konserwacja posiadanego sprzętu – 16,0zł/m³

Poz. 47

Robocizna – 13,50zł/m² materiały:

– płyta typu „meba” - 38,99/m²

– beton C12/15 - 37,73/m² (0,1405m³/m² x 268,57m³(240zł/m³ - beton, 28,57zł/m³ - transport) samochód samowyładowczy – 12,98zł/m² zysk – 12,70zł/m²

Poz.87

Robocizna – 10,99zł/m³ koparka – 17,79zł/m³

transport wraz z kosztami utylizacji – 34,65zł/m³ (21,0zł/t x 1,65) – oferta w załączniku zysk – 15,0zł/m³

Robocizna – 1836,0zł/kpl materiał – 23000,0 zł – oferta w załączniku samochód dostawczy – 1800,0 zł/kpl zysk – 5000,0 zł/kpl

Ewentualne koszty związane z pracą na czynnej sieci kanalizacyjnej – 3283,57 zł/kpl

Załączamy ofertę na elementy podlegające modernizacji przepompowni PS5 w kwocie 23000,00 zł netto

Tak udzielona odpowiedź wykonawcy Hydro Tap nie stanowi prawidłowego wyjaśnienia rażąco niskiej ceny w zakresie jaki żądał Zamawiający – wykonawca Hydro Tap gołosłownie, bez wskazania w tym zakresie wyliczeń, podał kwoty, które nie mają pokrycia

w rzeczywistości. Zamawiający nie jest w stanie z tak przedstawionych wyjaśnień ustalić

w jaki sposób Hydro Tap wyliczył koszt robocizny w pozycji 18 na poziomie np. 6,99 zł /m², koszt koparki na poziomie 5 zł /m² itp.

W odniesieniu do kalkulacji pozycji kosztorysowych, nie można w żaden sposób ustalić jak wykonawca wyliczył ceny jednostkowe R,M,S, brakuje m.in.

– podstawy kalkulacji (np. kalkulacja własna, analiza indywidualna);

– brak jakichkolwiek normatywów dla robocizny i sprzętu,

– brak wskaźnika narzutu kosztów pośrednich oraz podstawy od jakich składników ceny kosztorysowej jest naliczany,

– brak wskaźnika narzutu zysku oraz podstawy od jakich składników ceny kosztorysowej jest naliczany.

Biorąc pod uwagę pokazane wartości końcowe zysku, po prostych przeliczeniach widać, że jego wielkość wyrażona w procentach jest inna w każdej pozycji kosztorysowej, stąd Odwołujący uważa, że ceny przyjęte są bez odniesienia ich do realnych kosztów wykonania usługi.

Odnośnie pozycji 19 (Podłoża i obsypki z kruszyw naturalnych dowiezionych - podsypka 15 cm i obsypka z piasku do wysokości lica rury) oraz 20 (Podłoża i obsypki

z kruszyw naturalnych dowiezionych-zасыпка z piasku o gr. 30 cm ponad lico rury),

po wnikliwej analizie Odwołujący stwierdził, że:

– podana wartość robocizny tj. 1,53 zł/m³ nie wystarczy na prawidłowe i zgodne ze sztuką budowlaną wykonanie robót,

– przy zastosowaniu ciężaru objętościowego piasku w wysokości 1,65 t/m³, Hydro-Tap nie wykona podsypki i obsypki zgodnie ze sztuką budowlaną oraz normami. Wykonane w ten sposób roboty nie będą mogły być odebrane.

– ceny jednostkowe pozycji 19 i 20 znacznie i rażąco odbiegają od cen rynkowych.

Wyjaśnienia rażąco niskiej ceny mają być udowodnione w takim zakresie, w jakim jest to możliwe, fakt posiadania przez Hydro Tap szalunków – jeżeli rzeczywiście ma miejsce, powinien być wykazany np. poprzez okazanie Zamawiającemu faktury zakupu lub przedstawienie wykazu środków trwałych. Tymczasem Hydro Tap przedstawił spisana na kartce listę pojazdów i sprzętu budowlanego bez dowodu na potwierdzenie, że są w jego posiadaniu. Jeżeli posiada wskazane pojazdy i sprzęty, to niewątpliwie musi ponosić koszty ich konserwacji, parkingu, ubezpieczenia, serwisu, użytkowania (paliwo, płyny eksploatacyjne, myjnia) – a takie koszty nie zostały nigdzie wskazane. Zatem w tym zakresie należy uznać, że wyjaśnienia stanowią jedynie gołosłowne oświadczenie wykonawcy.

Nie może zniknąć z pola widzenia fakt, że Zamawiający wezwał Wykonawcę do złożenia wyjaśnień poprzez

przedstawienie kalkulacji – wskazania jakie składniki cenotwórcze i na jakiej podstawie określone składają się na wartości podane w konkretnych pozycjach kosztorysu. Hydro-Tap nie przedstawiło kalkulacji, a jedynie wartości liczbowe, z których nie wynika na jakiej podstawie zostały wyliczone (jak liczył cenę oferty).

W konsekwencji właśnie dlatego Zamawiający nie może ustalić czy tak określone stawki w ofercie wykonawcy Hydro-Tap nie są rażąco niskie i dlatego Zamawiający nie powinien ocenić tych wyjaśnień jako wystarczających, rzetelnych, jednoznacznych

i konkretnych. To na wykonawcy Hydro-Tap ciążył obowiązek wykazania, że cena jego oferty nie jest rażąco niska, z treści natomiast tak udzielonych wyjaśnień wynika, że wyjaśnienia Wykonawcy Hydro Tap nie mogą być uznane za wyczerpujące i wystarczające, co przesadza o konieczności odrzucenia oferty Wykonawcy Hydro Tap jako ofert zawierającej rażąco niską cenę. Wykonawca Hydro-Tap nie podał stawek narzutów itp., nie podał w jaki sposób wyliczył koszt robocizny, w ramach wskazanych w wyjaśnieniach wartości nie można prawidłowo wykonać danej roboty przy takim nakładzie. (nakład tj. ilość r-g na daną jednostkę np.. m3). Skoro wykonawca Hydro-Tap nie przedstawił w wyjaśnieniach jak wyliczył koszty a jedynie rozbił je na dalsze kwoty, bez wskazania sposobu ich określenia, to nie można uznać, że tak wskazane wartości stanowią jakiegokolwiek wyjaśnienie.

Przedstawione dla porównania w wyjaśnieniach kosztorysy z innych postępowań przetargowych nie mogą być miarodajne przy ocenie rzetelności i realności stawek zastosowanych przez Hydro-Tap w tym konkretnym postępowaniu. Nie jest to dowód na potwierdzenie faktu prawidłowej kalkulacji ceny oferty, a co najwyżej potwierdzać to może powtarzanie czynności błędnego szacowania ceny oferty.

Podobnie oferty cen piasku bez wskazania w wyjaśnieniach kalkulacji, z której wynikać miałyby ile piasku w jakiej cenie i na jakie konkretnie czynności mają zostać przeznaczone stanowią jedynie dokument, który w zestawieniu z treścią wyjaśnień jest

w zasadnie nieprzydatny. Z dokumentu tego wynika jedynie, że oferta sprzedaży piasku kształtowała się określony sposób, jednak brak wykazania w wyjaśnieniach jak ten fakt przekłada się na cenę oferty. Skoro Hydro-Tap ma taką ofertę na zakup piasku,

to Odwołujący także w tej samej cenie lub nawet niższej jest w stanie nabyć piasek i nie dowodzi to wcale, że Hydro-Tap posiada szczególnie uprzywilejowaną pozycję w stosunku do innych wykonawców. Nie jest wskazane w ofercie, w jakiej ilości piasek w oferowanej cenie jest dostępny.

Wykonawca Hydro-Tap powołuje się także w swoich wyjaśnieniach na oszczędności jaką rzekomo generuje dysponowanie zapleczem w odległości ok. 100 m od planowanej realizacji. Zgodnie z ofertą Hydro-Tap:

Wykaz środków trwałych, w XIII. ZAPLECZE FIRMY:

- baza transportowo – sprzętowa wraz z zapleczem do składowania materiałów o pow. 7000 m2
- magazyny na materiały budowlane,
- warsztat naprawczy,
- stacja paliw dla własnych potrzeb
- BIURO O POW. 100M2

W kosztorysie ofertowym podaje koszt zaplecza na czas realizacji tj. 26 miesięcy wartość 5000 zł tj. $5000/26=192,31$ zł/miesiąc.

Odwołujący zwrócił uwagę, że nie wskazano w jaki sposób i w jakiej wysokości posiadanie zaplecza generuje oszczędności po stronie Hydro-Tap. Wykonawca ten nie przedstawił w tym zakresie żadnych dowodów na posiadanie samego zaplecza, jak i nie przedstawił żadnego wyliczenia oszczędności z tytułu posiadania zaplecza, a skoro nie ma kalkulacji, to nie jest możliwe ustalenie całkowitego kosztu zaplecza i udziału kosztów przypisanych do realizacji tego konkretnego zadania. Podany w kosztorysie koszt 192,31 zł/miesiąc, tj. 5000 zł na okres 26 miesięcy jest z pewnością znacznie zaniżony i nie ma oparcia w realiach. Same koszty z tytułu podatków czynią podaną przez Hydro-Tap wartość jako zaniżoną, a co dopiero koszty zabezpieczenia terenu, koszty ochrony i zorganizowania.

Mając powyższe na uwadze Odwołujący wyraził przekonanie, że Wykonawca Hydro Tap nie udźwignął spoczywającego na nim ciężaru dowodu, a tym samym w konsekwencji nie obalił domniemania, iż cena przez niego zaofferowana jest rażąco niska. Wykonawca nie znajduje się w wyjątkowo korzystnej sytuacji, która uzasadniałaby zaofferowanie tak niskiej ceny. Szereg kosztów, jakie wykonawcy biorący udział w postępowaniu będą musieli ponieść wynika wprost z zapisów SWZ i obowiązujących przepisów prawa (koszty pracownicze)

i wykonawcy nie mają możliwości poczynienia w tym zakresie zbyt daleko idących oszczędności. Na podstawie wyjaśnień ceny oferty Odwołujący dokonał analizy poszczególnych elementów kosztowych. Analiza wskazuje, że Wykonawca nie wycenił całego zakresu zamówienia.

Opisane uchybienia w zakresie wyjaśnień nie pozwalają na prawidłową weryfikację oferty. Wyjaśnienia nie mogły usunąć wątpliwości Zamawiającego wyartykułowanych

w wezwaniu. W tym postępowaniu Zamawiający wyraźnie wskazał, iż oczekuje nie tylko udzielenia wyjaśnień ale też złożenia dowodów. Wykonawca nie przedstawił dowodów na poparcie twierdzeń i nie udźwignął spoczywającego na nim ciężaru dowodu i w konsekwencji nie obalił domniemania iż cena przez niego zaofferowana jest rażąco niska.

Zdaniem Odwołującego działanie Zamawiającego narusza także art. 239 ustawy Pzp oraz 16 ustawy Pzp, gdyż doprowadziło do naruszenia zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców podczas oceny ofert oraz doprowadziło do wyboru oferty wykonawcy, którego oferta powinna podlegać odrzuceniu. Pozostali wykonawcy, którzy złożyli oferty spełniające warunki udziału w postępowaniu zostali bezprawnie pozbawieni możliwości uzyskania zamówienia w wyniku wadliwego dokonania wyboru oferty Hydro-Tap.

Mając powyższe na uwadze, Odwołujący uważa, że odwołanie jest w pełni zasadne.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń, a także stanowisk Stroni 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, którego oferta w ocenie Odwołującego winna być odrzucona 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 złożył wykonawca S. K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Inżynieryjno Budowlane "HYDRO-TAP" S. K. z siedzibą w Wilczycach. Izba potwierdziła skuteczność przystąpienia i dopuściła wykonawcę do udziału w postępowaniu odwoławczym jako Przystępującego.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której uwzględnił jego zarzuty w całości.

Przystępujący złożył oświadczenie o korzystaniu z prawa do wniesienia sprzeciwu wobec uwzględnienia zarzutów odwołania. Przystępujący złożył stanowisko pisemne wraz z dowodami, wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

Na podstawie dokumentacji postępowania przesłanej przez Zamawiającego, Izba ustaliła, że w odwołaniu i stanowisku Przystępującego przedstawiono rzeczywisty stan faktyczny prezentujący przebieg postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, wiernie przytoczono złożone przez Przystępującego wyjaśnienia w zakresie ceny oferty i nie zachodzi konieczność jego powtarzania przez Izbę oraz czynienie dodatkowych ustaleń faktycznych.

Biorąc poczynione ustalenia pod uwagę, Izba uznała, że odwołanie zasługiwało na uwzględnienie w całości.

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 cenę 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 należyłą 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).

Przenosząc powyższe rozważania na grunt niniejszej sprawy, w ocenie Izby Przystępujący składając Zamawiającemu wyjaśnienia nie sprostął ciężarowi dowodowemu i nie uczynił zadość treści wezwania do złożenia wyjaśnień.

Jak wynika z wezwania do złożenia wyjaśnień, Zamawiający ustalił, że zaoferowana cena oferty Przystępującego 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, w tym specyfikacji warunków zamówienia, zwanej dalej SWZ. Cena w wysokości 5 539 314,67 zł brutto wskazana w ofercie jest niższa o 35,11 % od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przez Zamawiającego przed wszczęciem postępowania, tj. 8 536 297,28 zł brutto.

Wobec takiego stanu rzeczy Zamawiający żądał wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących zaoferowanej ceny, przedstawienia kalkulacji ceny jednostkowej dla poniższych pozycji kosztorysowych:

I – kosztorys ofertowy: „BUDOWA KANALIZACJI SANITARNEJ W MIEJSCOWOŚCI KIEŁCZÓW UL WROCŁAWSKA, KRÓTKA, DEBOWA - zadanie I - etap 1 SIEĆ” pozycje 18, 19, 20, 30, 31, 32;

IV – kosztorys ofertowy: „Przebudowa odcinków drogi ul. Krótkiej wraz z budowa odcinka chodnika i kanalizacji deszczowej (w tym zarurowanie istniejącego rowu) oraz przebudowa kolidującego oświetlenia w miejscowości Kiełczów” pozycje 22, 47, 87;

VII – kosztorys ofertowy: „BUDOWA KANALIZACJI SANITARNEJ W MIEJSCOWOŚCI KIEŁCZÓW UL. WROCŁAWSKA, KRÓTKA, DEBOWA - zadanie I - etap 1 SIEĆ - modernizacji przepompowni PS 5, PG 2” pozycje 1.

Ponadto, zgodnie z art. 224 ust. 4 ustawy Pzp, Zamawiający żądał od Przystępującego wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących zaoferowanej ceny, 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 (t.j. Dz.U. 2020 poz. 2207) 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.

Odnosząc się w pierwszej kolejności do argumentacji Przystępującego z pisma procesowego, że o konieczności wezwania wykonawcy do wyjaśnień zawiązało 5,11 %

a także, że wezwanie do wyjaśnień dotyczyło tylko 10 pozycji kosztorysowych, a więc dotyczyło ok. 4,3 % wszystkich pozycji kosztorysowych o wartości ofertowej odpowiadającej 8,3 % łącznej ceny oferty, podkreślenia wymaga, iż nie jest istotne o jaką wartość przesłanki ustawowej 30 % został przekroczony procent zobowiązujący Zamawiającego do wystosowania wezwania. Nie jest także istotne w zakresie ilu pozycji kosztorysowych Zamawiający żądał złożenia wyjaśnień. Skoro Przystępujący z treścią wezwania nie polemizował z momentem jego otrzymania, to oznacza, że przyjął argumentację Zamawiającego dotyczącą wątpliwości w zakresie ceny ofertowej. Z momentem otrzymania wezwania powstało domniemanie, że cena oferty Przystępującego, w zakresie w jakim otrzymano wezwanie, nosi cechy rażąco

niskiej i to na Przystępującym spoczywał obowiązek skutecznego zaprzeczenia stanowisku Zamawiającego.

Niewątpliwie w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający skierował żądanie wyjaśnień nie wobec ceny całkowitej oferty ale wobec wyszczególnionych pozycji kosztorysowych oraz w zakresie zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, a także zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie.

Izba nie podziela stanowiska Przystępującego, że wezwanie do złożenia wyjaśnień było ogólne. Wezwanie było na tle precyzyjne, że sspecyfikowało kilka grup zagadnieniowych, co do których miał odnieść się Przystępujący, zwłaszcza w zakresie kosztów pracowniczych oraz odnosiło się do wybranych pozycji kosztorysowych, które zdaniem Zamawiającego wymagały złożenia wyjaśnień. W wezwaniu Zamawiający wprost wskazał elementy, które budzą jego wątpliwości w zakresie ceny i obowiązkiem Przystępującego było złożenie takich wyjaśnień, z których wynikałoby w jaki sposób mógł obniżyć cenę do zadeklarowanego poziomu bez uszczerbku dla należytego wykonania przedmiotu zamówienia.

Przechodząc do analizy złożonych przez Przystępującego wyjaśnień w zakresie kosztów pracy, wynika z nich, iż Wykonawca oświadczył, że wszystkich pracowników zatrudnia na podstawie umowy o pracę i wynagrodzenie wszystkich tych pracowników nie jest mniejsze od minimalnego wynagrodzenia za pracę. Jako dowody załączono *listę pracowników dedykowanych do wykonywania tego zamówienia oraz przykładowe umowy o pracę zawarte z pracownikami*. Zaś w zakresie ponoszenia kosztów spoczywających na pracodawcy złożono *druk ZUS RCA*.

Dostrzeżenia wymaga, iż Przystępujący uczynił zadość wezwaniu jedynie w niewielkim stopniu. Wykonawca wykazał, że zatrudnia pracowników na umowę o pracę i otrzymują oni wynagrodzenie nie niższe niż minimalne. Celnie jednak zauważył w odwołaniu Odwołujący, że zabrakło elementu związanego z przełożeniem tych twierdzeń na kalkulację ceny ofertowej. Na podstawie otrzymanych wyjaśnień Zamawiający nie był

w stanie ustalić, ile osób zostanie przez Wykonawcę skierowanych do wykonania przedmiotu zamówienia i czy ilość pracowników jest wystarczająca do zrealizowania przedmiotu zamówienia. Przede wszystkim jednak Przystępujący nie podał jaki koszt w cenie ofertowej stanowią koszty pracownicze. Zauważyć także należy, iż Przystępujący w wyjaśnieniach nie zawarł informacji na temat zatrudnienia na stanowiskach kierowników robót i kierownika budowy oraz nie wskazał kosztów z tym związanych. Owszem, nie było obowiązkiem Przystępującego na danym etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przedstawianie imiennych dokumentów związanych z zatrudnieniem pracowników, a wskazanie pracowników oddelegowanych do wykonania niniejszego zamówienia mogło mieć charakter przykładowy. Przystępującemu umyka natomiast, że to wykonawca odpowiada za kształt wyjaśnień. Nie było konieczne wskazywanie na zatrudnienie konkretnych osób, ale celowym wydaje się podanie, jaką liczbą pracowników Wykonawca zamierza dysponować w toku wykonywania zamówienia, obliczeniu niezbędnej ilości roboczogodzin do wykonania przedmiotu zamówienia i zestawienie tych danych w ujęciu wynagrodzenia, które otrzymuje pracownik z kosztami pracodawcy. Jeżeli Przystępujący otrzymał wezwanie, z którego wynikało, że wątpliwości Zamawiającego budzą elementy związane z wysokością kosztów pracowniczych, to w wyjaśnieniach należało pokazać w jaki sposób te koszty zostały skalkulowane i jak przekłada się to na cenę całkowitą oferty.

Pozostałe twierdzenia Przystępującego w odniesieniu do kosztów pracowniczych i zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie, to ogólnikowe sformułowania o opłacaniu składki na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne, które finansuje płatnik składek (pracodawca), ponoszeniu innych kosztów związanych z zatrudnieniem pracowników. Przystępujący dodatkowo oświadczył, że z nałożonych zobowiązań wywiązuje się terminowo i dopełnia wszelkich niezbędnych formalności. Być może w tych kosztach zawierają się koszty, o których przykładowo wspominał Odwołujący, jak koszty badań lekarskich, koszty związane z zastępstwami urlopowymi czy chorobowymi, koszty zakupu wody i koszty szkoleń BHP. Jednakże żaden z tych elementów nie został w wyjaśnieniach nie tylko wymieniony ale przede wszystkim Wykonawca nie pokazał i udowodnił ponoszenia tych kosztów, a co więcej nie określił w ogóle w jaki sposób koszty te przekładają się na cenę oferty. Izba nie podziela stanowiska Odwołującego, że skoro koszty te nie zostały w żaden sposób w wyjaśnieniach zidentyfikowane, to zapewne Przystępujący ich nie uwzględnił. Nawet jeżeli, zgodnie z pismem procesowym Przystępującego, elementy te stanowią koszt minimalny, pomijalny w granicach błędu statystycznego, to sam Przystępujący enigmatycznie tylko w wyjaśnieniach wspominał, że ponosi inne koszty związane z zatrudnieniem.

Inne elementy wyjaśnień związane z kosztami pracowniczymi, jak zatrudnianie pracowników miejscowych (co miałyby zredukować koszty dojazdów), poleganie na wykwalifikowanej kadrze z wieloletnim stażem i doświadczeniem, brak konieczności rekrutacji pracowników, są to cechy charakteryzujące nie tylko przedsiębiorstwo Przystępującego. Jeżeli w ocenie Przystępującego były to czynniki, które w sposób pozytywny przełożyły się na możliwość obniżenia ceny, to obowiązkiem Wykonawcy było przedstawić jak do tego doszło.

Same deklaracje nie są wystarczające do uzasadnienia poziomu ceny oferty. Wyjaśnienia zawierają oświadczenia, że cena oferty, w tym cena za materiały, sprzęt nie wpłynie na jakość zamówienia, że firma dysponuje wydajnym sprzętem, posiada odpowiednią kadrę, pozyskuje materiały od lokalnych firm, z którymi współpracuje od lat, doskonale zna rynek lokalny i realizuje na nim inwestycje. Dostrzeżenia wymaga, iż zapewnieniom tym nie towarzyszy pogłębiona analiza, że to właśnie wymienione przez Przystępującego czynniki pozwoliły obniżyć cenę do poziomu podanego w ofercie. Brakuje także wykazania w jakim stopniu czynniki te pozwoliły Przystępującemu obniżyć cenę ofertową dla danego elementu kosztotwórczego.

Szczególnego zaznaczenia wymaga, iż do tych samych elementów podkreślonych w wyjaśnieniach Przystępujący odniósł się w złożonym piśmie procesowym.

Nie ulega jednak żadnej wątpliwości, że pismo to zawiera szeroko rozbudowaną argumentację merytoryczną w warstwie przywołanych przesłanek wpływających na cenę oferty, a także dołączono do niego bogaty materiał dowodowy oraz kalkulacje kosztów pracowniczych w ujęciu tabelarycznym. Gdyby Przystępujący przedstawił Zamawiającemu właśnie takie wyjaśnienia, to byłyby one wystarczające do wyjaśnienia tego elementu ceny ofertowej. Dopiero jednak ze stanowiska procesowego Przystępującego dowiedzieć się można, że Wykonawca załączył do wyjaśnień listę pracowników budowlanych podwykonawcy, którzy będą brać udział w realizacji zamówienia i jaka liczba pracowników/etatów zostanie rozdysponowana dla Zamawiającego. To stanowisko procesowe zawiera wyliczenia niezbędnej ilości roboczogodzin i ilości pracowników niezbędnej do wykonania przedmiotu zamówienia oraz zestawienie kosztów pracy ponoszonych przez pracodawcę. Tymczasem trudno tak szczegółowych wyjaśnień poszukiwać w stanowisku złożonym do Zamawiającego. Izba nie mogła wziąć pod uwagę dokumentów stanowiących załączniki do pisma procesowego oraz zestawień tabelarycznych zawartych w piśmie, jako rozstrzygających o prawidłowości kalkulacji ceny ofertowej. Przystępujący winien materiały te przedstawić Zamawiającemu w toku postępowania

o udzielenie zamówienia publicznego. Rolą Izby jest ocena czynności Zamawiającego, a nie ocena, czy Wykonawca wykazał, że cena jego oferty nie ma rażąco niskiego charakteru. Ten element powinien być wykazany Zamawiającemu. Nie można również nie zauważyć, że dopiero przedstawione w piśmie wyliczenia mają

kompleksowy zakres, dotyczą wszystkich pracowników (w tym kierowników branżowych i kierownika budowy), przy czym nie są to proste wyliczenia, które mógł przeprowadzić sam Zamawiający na bazie informacji przedstawionych w wyjaśnieniach.

Przystępujący przywołuje w wyjaśnieniach kilka argumentów, wychodząc częściowo poza zakres przedmiotowy wezwania do wyjaśnień, zapominając jednak o najważniejszym. Wykonawca nie wyjaśnia w jaki sposób owe przesłanki przekładają się na poziom ceny ofertowej, który został przez Zamawiającego uznany za zaniżony. Nawet jeżeli kalkulacja dla kosztów pracowniczych wykonana przez Odwołującego w odwołaniu zawiera kilka błędów, to opiera się ona na założeniach, które wskazał nieprecyzyjnie w wyjaśnieniach Przystępujący.

Reasumując tę część wywodów, Izba uznała, że Przystępujący złożonymi wyjaśnieniami nie sprostął dowiedzeniu, że zaofiarowana przez niego cena w odniesieniu do kosztów pracy nie ma rażąco niskiego charakteru.

Analizując złożone wyjaśnienia w przypadku kalkulacji pozycji kosztorysowych, na które uwagę zwrócił w wezwaniu do wyjaśnień Zamawiający, to w tych elementach Przystępujący wraz z wyjaśnieniami nie złożył w większości przypadków dowodów potwierdzających, że mógł przyjąć ceny za wykonanie powyższych elementów na podanym poziomie. Owszem, dołączono do wyjaśnień ofertę na przywóz piasku, ofertę na elementy podlegające modernizacji przepompowni PS5 ale dalej z wyjaśnień nie wynika, że zawierają one elementy potwierdzające prawidłowość przyjętych wysokości do wyceny poszczególnych pozycji kosztorysu. Nie można uznać, że wyjaśnienia złożono prawidłowo tylko dlatego, że Przystępujący rozbił wymagane pozycje kosztorysu na robociznę, materiały, sprzęt i zysk. Kluczowym było wyjaśnienie, dlaczego stawki przyjęte w poszczególnych elementach osiągnęły dany poziom, a tego Przystępujący nie uczynił. To właśnie te pozycje kosztorysu Zamawiający z jakich powodów uznał za wymagające dodatkowego wyjaśnienia w zestawieniu z ceną oferty.

Do wyjaśnień dołączono wykaz środków trwałych. Jednakże brakuje przy wyjaśnieniach dowodów potwierdzających, że wymienionym sprzętem Wykonawca dysponuje. Oczywistym jest, że nie wymaga dowodzenia posiadania każdej jednostki sprzętowej, jeżeli jednak Wykonawca składając wyjaśnienia wskazuje, że dysponowanie określonym zasobem technicznym przekłada się na możliwość obniżenia ceny, to fakt ten winien być wykazany. Przystępujący nie udowodnił także wysokości kosztów ponoszonych na utrzymanie zaplecza technicznego w wysokości, którą wymienił w wyjaśnieniach. Dopiero do stanowiska procesowego dołączono umowę użyczenia i wyjaśniono sposób ponoszenia kosztów za utrzymanie zaplecza technicznego.

Zawarta w wyjaśnieniach kalkulacja ma w ocenie Izby wysoce uproszczony charakter. Wykonawca operuje w niej kwotami nie wyjaśniając w jaki sposób kwoty te odpowiadają przyjętym stawkom za poszczególne czynności, czy materiały. Przystępujący nie wyjaśnia na jakiej podstawie do kalkulacji przyjmuje wysokość podanych kosztów, nie posługuje się właściwościami wynikającymi z norm, nie wskazuje, że dokonuje kalkulacji na podstawie doświadczenia własnego. Ponownie, dopiero do pisma procesowego Przystępujący dołączono załącznik nr 5 - kalkulacja pozycji kosztowych uwzględniająca dalsze rozbięcie poszczególnych pozycji. Ten właśnie dokument obrazuje w wyniku jakich założeń Wykonawca przyjął stawki do kalkulacji. Co więcej, załącznik ten wyraźnie operuje bardziej szczegółowymi danymi, na podstawie których wyliczana jest cena jednostkowa danej pozycji kosztorysu. Większość tych danych nie została przedstawiona Zamawiającemu

z wyjaśnieniami. Z pisma procesowego dowiadujemy się przykładowo, że *W kosztach pośrednich S sprzętu zostały skalkulowane koszty związane z konserwacją, serwisem, co wynika ze struktury kosztorysu. Natomiast paliwo zostało wliczone w pozycji S. Wykazane urządzenia środki sprzętowo - transportowe będące na wyposażeniu firmy są wykorzystane w zależności od zakresu prowadzonych robót. W toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, oceniając prawidłowość i kompletność złożonych wyjaśnień, Zamawiający takimi danymi nie dysponował.*

Nie można uznać, że wyjaśnienia są prawidłowe, ponieważ Wykonawca wskazał w nich osiągnięcie zysku i złożył rezerwę na nieprzewidziane wydatki. Obowiązkiem Zamawiającego jest przeanalizowanie, czy wycena poszczególnych elementów niezbędnych do wykonania przedmiotu zamówienia jest realna i dlaczego mogła zostać ukształtowana na poziomie wynikającym z oferty.

Za dowody potwierdzające wysokość ponoszonych kosztów i prawidłowość kalkulacji nie mogą być również w ocenie Izby uznane złożone do wyjaśnień referencje odnoszące się do innych inwestycji zrealizowanych przez Przystępującego. Dokumenty te potwierdzają prawidłowość realizacji zamówień, ale nie potwierdzają, że złożona w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego kalkulacja i wyjaśnienia obrazują rzeczywistość kosztów.

Na koniec, w zakresie poruszonej przez Przystępującego argumentacji wskazującej na możliwość ponownego wezwania do wyjaśnień, Izba pragnie podkreślić,

iż sam Przystępujący zauważył, że Wezwanie do złożenia wyjaśnień 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).

Czyli 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 nie rodzi żadnych nowych okoliczności, które wymagałyby przedstawienia dodatkowego stanowiska. Izba uważa także, że nie istnieją dalsze kwestie, które wymagałyby złożenia ponownie wyjaśnień. Przystępujący odpowiadając na wezwanie Zamawiającego wskazał czynniki, które w jego ocenie uzasadniają poziom cen danych elementów. Złożone wyjaśnienia mają na tyle niedoskonały charakter i nie są poparte wystarczającym materiałem dowodowym, że otrzymanie ponownego wezwania do wyjaśnień oznaczałoby umożliwienie Wykonawcy przedstawienia stanowiska od nowa, a nie jego uzupełnienie w kwestiach niejasnych dla Zamawiającego.

W ocenie Izby w zaistniałym stanie faktycznym skierowanie do Przystępującego ponownego wezwania do wyjaśnień sprowadzało się do żądania od wykonawcy przedstawienia nowych dowodów i informacji, podczas gdy, takie ponowne wezwanie, powinno służyć jedynie doprecyzowaniu wyjaśnień, które już w pierwotnej wersji były szczegółowe, spójne, logiczne i poparte stosownymi dowodami.

Reasumując, Izba uznała złożone w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego przez Przystępującego wyjaśnienia nie były wyczerpujące i spójne, nie obrazowały poszczególnych kosztów do poniesienia na wystarczającym poziomie,

by uzasadnić możliwość obniżenia ceny oferty dla pozycji objętych wezwaniem do wyjaśnień. W ocenie Izby zarzuty

odwołania dotyczące braku szczegółowości złożonych wyjaśnień zasługiwały na uwzględnienie. Przystępujący nie uzasadnił podanej w ofercie ceny i nie przedstawił wystarczających dowodów na prawidłowość kalkulacji.

Izba uznała również, iż Zamawiający naruszył zasady prowadzenia postępowania wynikające z art. 16 i 17 ustawy Pzp.

W świetle powyższych ustaleń Izba uznała za zasadne zarzuty odwołania i nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty Przystępującego na podstawie

art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w związku z art. 224 ust. 5 i 6 ustawy Pzp.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574

oraz art. 557 ustawy Pzp, a także w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. a i b oraz

§ 7 ust. 1 pkt 2 oraz ust. 6 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 Przystępującego, przyznając Odwołującemu koszty zastępstwa procesowego w maksymalnej wysokości dopuszczonej Rozporządzeniem o kosztach.

Przewodniczący:

.....