

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 lipca 2025 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 czerwca 2025 r. przez wykonawcę **Light On sp. z o.o. w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Dopiewo w Dopiewie** na *budowę oświetlenia drogowego na terenie Gminy Dopiewo* przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego - wykonawcy **M.R., prowadzącego w Garzynie działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe "WAT" M.R.**

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie zadania nr 5, powtórzenie czynności badania i oceny ofert w zakresie zadania nr 5 oraz wykonanie czynności odrzucenia oferty wykonawcy **M.R., prowadzącego w Garzynie działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe "WAT" M.R.** na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych z powodu niewykazania przez tego wykonawcę, że cena jego oferty na zadanie nr 5 nie jest rażąco niska,
2. kosztami postępowania obciąża **Gminę Dopiewo w Dopiewie** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10.000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Light On sp. z o.o. w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania, kwotę **3.600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez odwołującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika, kwotę **17 zł 00 gr** (słownie: siedemnaście złotych zero groszy), poniesioną przez odwołującego tytułem opłaty skarbowej od udzielonego pełnomocnictwa, kwotę **237 zł 00 gr** (słownie: dwieście trzydzieści siedem złotych zero groszy), poniesioną przez odwołującego tytułem dojazdu na posiedzenie Izby,
 - 2.2. zasądza od **Gminy Dopiewo w Dopiewie** na rzecz wykonawcy **Light On sp. z o.o. w Warszawie** kwotę **13 854 zł 00 gr** (słownie: trzynaście tysięcy osiemset pięćdziesiąt cztery złote zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika, dojazdu na posiedzenie Izby oraz opłaty skarbowej od udzielonego pełnomocnictwa.

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

Przewodniczący:.....

Sygn. akt: KIO 2234/25

Uzasadnienie

Gmina Dopiewo w Dopiewie zwana dalej „zamawiającym”, prowadzi w trybie podstawowym postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych, zwanej dalej „ustawą Pzp” lub „Pzp”, którego przedmiotem jest budowa oświetlenia drogowego na terenie Gminy Dopiewo.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych 18 marca 2025 r., nr 2025/BZP 00151924.

Wobec czynności i zaniechań zamawiającego w ww. postępowaniu 2 czerwca 2025 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wniósł odwołanie wykonawca **Light on sp. z o.o. w Warszawie**, zwany dalej „odwołującym”.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w związku z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp przez zaniechanie czynności odrzucenia oferty wykonawcy **WAT** w zakresie części (zadania numer 5), podczas gdy oferta tego wykonawcy zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a wykonawca złożył wyjaśnienia, które nie wykazały, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie części (zadania) numer 5;
- 2) powtórzenia czynności badania i oceny ofert w zakresie części (zadania) numer 5, w tym odrzucenia oferty

wykonawcy WAT.

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

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca M.R., prowadzący w Garzynie działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe "WAT" M.R.. Wniósł o oddalenie odwołania.

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

Art. 16 ustawy Pzp stanowi, że *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:*

- 1) *zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;*
- 2) *przejrzysty;*
- 3) *proporcjonalny.*

Art. 224 ustawy Pzp stanowi:

1. *Jeżeli zaofferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych.*
2. *W przypadku gdy cena całkowita oferty złożonej w terminie jest niższa o co najmniej 30% od:*
 - 1) *wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia;*
 - 2) *wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania, w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych, zamawiający może zwrócić się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1.*
3. *Wyjaśnienia, o których mowa w ust. 1, mogą dotyczyć w szczególności:*
 - 1) *zarządzania procesem produkcji, świadczonych usług lub metody budowy;*
 - 2) *wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków dostaw, usług albo związanych z realizacją robót budowlanych;*
 - 3) *oryginalności dostaw, usług lub robót budowlanych oferowanych przez wykonawcę;*
 - 4) *zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2020 r. poz. 2207) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie;*
 - 5) *zgodności z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej;*
 - 6) *zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;*
 - 7) *zgodności z przepisami z zakresu ochrony środowiska;*
 - 8) *wypełniania obowiązków związanych z powierzeniem wykonania części zamówienia podwykonawcy.*
4. *W przypadku zamówień na roboty budowlane lub usługi, zamawiający jest obowiązany żądać wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, co najmniej w zakresie określonym w ust. 3 pkt 4 i 6.*
5. *Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.*
6. *Odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu.*

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

- 8) *zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia,*

Art. 239 ust. 1 Pzp stanowi, że *Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.*

Ustalono, że przedmiotem zamówienia jest budowa oświetlenia drogowego na terenie Gminy Dopiewo.

Przedmiot zamówienia został podzielony na 5 części (zwanymi przez Zamawiającego zadaniami), z czego część (zadanie) numer 5 polega na budowie oświetlenia ścieżki rowerowej Skórzewo-Dąbrówka.

Ustalono także, że 3 kwietnia 2025 r. zamawiający dokonał modyfikacji SWZ o następującej treści:

Zamawiający zmienia treść SWZ w ten sposób, że w rozdziale IV ust. 1 pkt. 1.1. lit e) SWZ pn. Opis przedmiotu Zamówienia:

-zamiast:

„e) Zadanie nr 5: Skórzewo-Dąbrówka — budowa oświetlenia ścieżki rowerowej - 58 słupów z oprawą, które należy wykonać zgodnie z dokumentacją techniczną”

-powinno być:

e) Zadanie nr 5: Skórzewo-Dąbrówka — budowa oświetlenia ścieżki rowerowej - 31 słupów z oprawą, które należy wykonać zgodnie z aktualnym zakresem prac zawartym, w załączniku do niniejszego pisma o nazwie „zakres prac aktualizacja”

Szczegółowe wytyczne dla zadania 5:

-wysokość słupów — 5m,

-oprawa drogowa o mocy 3540 W pod warunkiem, że spełni wymagania normy dla klasy oświetleniowej

Zamawiający wyjaśnia, że należy zastosować oprawy, które spełniają wymagania załącznika do SWZ „Wymagania materiałowe” dla opraw drogowych LED.

Wymagana klasa oświetleniowa ścieżki — P4.

Oprawy muszą spełnić wymagania normy PN-EN 13201 Oświetlenie dróg lub równoważnej.

(por. ww. modyfikacja, w aktach sprawy).

Kolejno ustalono, że do zamawiającego wpłynęły następujące oferty w zakresie zadania nr 5:

a) przystępującego z ceną brutto 228 026,47 zł,

b) odwołującego z ceną brutto 309 816,62 zł,

c) wykonawcy Zakład Elektroinstalacyjny M.M., z ceną brutto 222 201,61 zł,

d) wykonawcy Elos Sp. z o.o. z ceną brutto 333 029,72 zł,

e) wykonawcy ATMA H.R. z ceną brutto 340 184,79 zł,

f) wykonawcy Elektro-Tele D.Ś. z ceną brutto 537 264,00 zł.

(por. informacja z otwarcia ofert, w aktach sprawy).

Ustalono także, że na sfinansowanie zamówienia w zakresie zadania nr 5 zamawiający przeznaczył kwotę 510.000,00 zł brutto.

(por. informacja o ww. kwocie, w aktach sprawy).

Kolejno ustalono, że pismem z 25 kwietnia 2025 r. zamawiający, działając na podstawie art. 224 ust. 2 pkt 1 Pzp wezwał przystępującego do udzielenia wyjaśnień *co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia za cenę zaoferowaną w ofercie, zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia, w tym złożenia kalkulacji i dowodów potwierdzających skalkulowanie ceny na realnym rynkowym poziomie.* W wezwaniu zamawiający wskazał, co następuje.

Państwa oferta dla zadania nr 5 z ceną ofertową: 228.026,47 zł brutto za realizację zadania nr 5 pn. Skórzewo-Dąbrówka — budowa oświetlenia ścieżki rowerowej, jest niższa o więcej niż 30 % od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 1 i 10.

Ponadto wyjaśnienia, o których mowa muszą dotyczyć, zgodnie z art. 224 ust. 4 Pzp, w szczególności:

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

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

(por. ww. wezwanie zamawiającego, w aktach sprawy).

Kolejno ustalono, że w odpowiedzi na ww. wezwanie przystępujący złożył wyjaśnienia z 29 kwietnia 2025 r. W wyjaśnieniach tych przystępujący wskazał, m.in.:

Oferta została sporządzona na podstawie kosztorysu ofertowego załączonego przez Zamawiającego, pozwoliło to na oszacowanie wartości oferty na kwotę 228 026,47 zł brutto Informujemy, że zaoferowana cena zawiera wszystkie koszty związane z realizacją przedmiotowego zadania zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa, warunkami umowy oraz wymogami Specyfikacji Warunków Zamówienia (SWZ). Poniżej wskażemy jakie elementy miały bezpośredni wpływ

na zaproponowanie takiej ceny.

I. Dostęp do stałego, wykwalifikowanego personelu. Wykonawca dysponuje stałym, zespołem pracowników, co pozwala na utrzymanie kosztów pracowników na stałym poziomie. Zauważyć trzeba, że wynagrodzenie jednostkowe osoby pracującej doraźnie, bez stałego zatrudnienia jest często wyższe niż w sytuacji, gdy firma zatrudnia pracowników i niezmiennym zespołem realizuje zamówienia, powierzając wykonanie robót stałym pracownikom, pracującym w oparciu o umowę.

Wynagrodzenie za pracę ustalone jest na podstawie przepisów dotyczących kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie jest niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę, ustalonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 roku o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2024 r. poz. 1773), a stawka godzinowa przyjęta przez Wykonawcę to 30,00 zł. Pracownicy, którzy zostaną skierowani do wykonania przedmiotowego zadania zatrudnieni są na podstawie umów, a koszty pracy przyjęte do ustalenia ceny zgodne są z przepisami. Gwarancję tą stanowią przepisy ustawy, do których Wykonawca stosuje się podpisując umowy z pracownikami.

Wykonawca ma świadomość, że poza wynagrodzeniem brutto ma obowiązek ponieść inne koszty związane z zatrudnieniem pracownika. Składki na ubezpieczenia społeczne, ubezpieczenie zdrowotne. Wykonawca kalkulując cenę brał pod uwagę również te koszty i zostały one uwzględnione przez w cenie ofertowej. Wynagrodzenie jest zgodne z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie.

Ponadto Wykonawca przy realizacji inwestycji nie będzie korzystał z pomocy podwykonawców. Całość inwestycji wykonana zostanie przez firmę Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe „WAT” M.R.

II. Korzystne warunki handlowe. Firma współpracuje na z producentami różnego rodzaju materiałów co pozwala na otrzymanie korzystnych ofert na zakup materiałów. Wykonawca wskazuje, że podczas obliczania ceny dla przedmiotowego zamówienia uwzględnił wszystkie jej elementy i możliwości rynku oraz realność zaproponowanych cen. Wykonawca wyjaśnia, że wszystkie roboty będzie realizował siłami własnymi. Założenie to pozwala obniżyć koszty wykonawstwa przy uwzględnieniu posiadanych przez Wykonawcę cen na materiały.

Jako dowód potwierdzający możliwość zakupu materiałów w zaproponowanych przez nas cenach w załączniku, oferta sprzedaży nr OS-019/25/491 z firmy Przedsiębiorstwo Wielobranżowe "Elektro-Hurt"

III. Wykonawca dysponuje zapleczem sprzętowym oraz doświadczoną grupą roboczą, co ma duży wpływ na tempo wykonywanych prac zachowując przy tym należytą dokładność i staranność. Wykonawca wyjaśnia, że w procesie kosztorysowania posiadane informacje o kosztach materiałów oraz własny sprzęt i płace pracowników pozwoliły Wykonawcy na obniżenie poziomu cenowego za te roboty. posiadamy własną koparkę, urządzenie przeciskowe „kret” oraz podnośnik koszowy.

Pozwoliło to Wykonawcy złożyć oferty dla tych robót tańsze w porównaniu, gdyby Wykonawca całość tych robót zamierzał zlecić podwykonawcom lub wynajmować sprzęt do realizacji zadania.

IV. Analiza projektu pozwoliła na wybranie rozwiązań technicznych, zgodnych z obowiązującymi przepisami oraz SWZ i wykonania zamówienia za określoną kwotę w najkrótszym możliwym czasie. Plan wykonywania robót, przyjęty przez Wykonawcę pozwolił mu wycenić roboty wykonywane własnymi siłami w rzeczywistych kosztach. Posiadamy doświadczenie i własny jednostek sprzęt i narzędzia pozwala to na kalkulacje cen jednostkowych oraz pozostałych elementów na zastosowanym poziomie, który nie odbiega od innych wykonawców w zdecydowanej większości postępowań przetargowych branży instalacyjnej elektrycznej. W zakresie robót branżowych Wykonawca mógł zaoferować ceny podane w ofercie biorąc pod uwagę korzystne oferty dostawców materiałów, co spowodowane jest stałą współpracą Wykonawcy z poszczególnymi firmami.

V. Bliskość siedziby firmy w stosunku do terenu objętego inwestycją pozwoli na zmniejszenie kosztów oddelegowania pracowników i opłat związanych z noclegiem. Oferta Wykonawcy została sporządzona przez wykwalifikowaną kadrę techniczną z dużym doświadczeniem, zatrudnianą przez Wykonawcę. Zatrudniamy doświadczonych kosztorysantów którzy przeanalizowali i sporządzi szczegółową kalkulację ceny ofertowej.

VI. Wykonawca informuje, że nie zamierza opłacać inwestycji za pomocą kredytów, pożyczek, leasingu czy też kredytu konsumenckiego. Firma posiada własne środki finansowe na zrealizowanie przedsięwzięcia bez konieczności korzystania z pomocy kredytowej. Wykonawca posiada odpowiednie ubezpieczenie OC.

VII. Wykonawca zapewnia osiągnięcie zakładanego przez niego zysku. Wykonawca zgodnie z zapisami umowy oraz złożoną ofertą udzieli Zamawiającemu gwarancji na wykonane roboty, w tym na użyte materiały oraz zamontowane urządzenia. W ramach udzielonej gwarancji. Zaoferowana cena jest ceną realną, umożliwiającą sprawną i terminową realizację zamówienia.

VIII. Przedstawione wyjaśnienia wraz z załącznikami wydają się, zdaniem Wykonawcy, wystarczająco uzasadnić możliwość zmniejszenia zaoferowanej kwoty. W ocenie Wykonawcy przedstawione wyjaśnienia wraz z załączonymi dowodami pozwolą Zamawiającemu utwierdzić się w przekonaniu, że zaoferowana przez Wykonawcę cena jest realna i

należycie skalkulowana. Oferta oparta jest na wymaganiach i wytycznych zawartych w dokumentacji przetargowej i jest adekwatna do jego zakresu

IX. Jako wyjaśnienie szczegółowe kalkulacji kosztów wykonania zamówienia załączamy kosztorys ofertowy dla zadania. (por. ww. wyjaśnienia wraz z załącznikami, w aktach sprawy).

Kolejno ustalono, że 7 maja 2025 r. zamawiający, działając na podstawie art. 223 ust. 1 Pzp wezwał przystępującego do złożenia wyjaśnień w przedmiocie słupów oświetleniowych aluminiowych o wysokości 4,5 m, które Wykonawca zamierza zastosować podczas realizacji zamówienia w zakresie zadania nr 5 pn. Skórzewo-Dąbrówka — budowa oświetlenia ścieżki rowerowej. W wezwaniu tym zamawiający wskazał, co następuje.

Zgodnie z żądaniem Zamawiającego wynikającym z dokonanej w dniu 03.04.2025 r. modyfikacji treści swz:

„ - zamiast:

„e) Zadanie nr 5: Skórzewo-Dąbrówka — budowa oświetlenia ścieżki rowerowej - 58 słupów z oprawą, które należy wykonać zgodnie z dokumentacją techniczną” - powinno być:

e) Zadanie nr 5: Skórzewo-Dąbrówka — budowa oświetlenia ścieżki rowerowej - 31 słupów z oprawą, które należy wykonać zgodnie z aktualnym zakresem prac zawartym, w załączniku do niniejszego pisma o nazwie „zakres prac aktualizacja”.

Szczegółowe wytyczne dla zadania 5:

-wysokość słupów— 5m,

-oprawa drogowa o mocy 35-40 W pod warunkiem, że spełni wymagania normy dla klasy oświetleniowej

Zamawiający wyjaśnia, że należy zastosować oprawy, które spełniają wymagania załącznika do swz „Wymagania materiałowe” dla opraw drogowych LED.

Wymagana klasa oświetleniowa ścieżki — P4.

Oprawy muszą spełnić wymagania normy PN-EN 13201 Oświetlenie dróg lub równoważnej.”

wysokość słupów aluminiowych winna wynosić — 5m.

Uzasadnienie:

Zamawiający na podstawie powołanego przepisu, może żądać wyjaśnień składanych przez Wykonawcę dokumentów lub oświadczeń.

Zamawiający w toku analizy wyjaśnień przedłożonych przez Wykonawcę w zakresie rażąco niskiej ceny stwierdził, iż Wykonawca zamierza zastosować, w ramach realizacji zadania nr 5, słupy aluminiowe o wysokości 4,5 m.

Jak podano wyżej Zamawiający wymagał innych tj. słupów aluminiowych o wysokości 5,0 m, co wynika wprost z treści udzielonych Wykonawcom w dniu 03.04.2025 r. wyjaśnień i modyfikacji SWZ.

W związku z powyższym Zamawiający zwraca się z prośbą o wyjaśnienie, czy przedmiotem oferty Wykonawcy są słupy aluminiowe o wysokości 4,5 m, które zostały wskazane w przedłożonej ofercie sprzedażowej PW „ELEKTRO-HURT” i kosztorysie ofertowym.

W przypadku udzielenia odpowiedzi negatywnej Zamawiający zwraca się z prośbą o wyjaśnienie, na podstawie art. 224 ust. 2 pkt. 1 Pzp, jakie słupy ostatecznie Wykonawca uwzględnił w cenie oferty i o przedstawienie dowodów przyjętej ceny słupów i wpływu tej ceny na kalkulację oferty (por. ww. wezwanie, w aktach sprawy)

Kolejno ustalono, że w odpowiedzi na ww. wezwanie przystępujący złożył wyjaśnienia 12 maja 2025 r. W wyjaśnieniach tych przystępujący wskazał, m.in.: W odpowiedzi na pismo z dnia 07.05.2025r. informujemy iż w kosztorysie wyceniliśmy słup aluminiowe 5m i takie słupy zostaną zamontowane w razie wygranej przez naszą firmę. Zapewniamy iż kosztorys przedstawiony do wyjaśnień zawiera cenę słupów 5m aluminiowych, jako wyjaśnienie przedstawiamy ofertę z PW ELEKTRO-HURT.

Pierwotnie wyceniliśmy słupy 4,5m jednak po modyfikacji SWZ z dnia 03.04.2025r. zmodyfikowaliśmy kosztorys i naszą ofertę, również firma PW ELETROHURT zmodyfikowała ofertę cenową. Jednak do pierwszych wyjaśnień omyłkowo dołączyliśmy złą ofertę.

(por. ww. wyjaśnienia wraz z załącznikami, w aktach sprawy).

Kolejno ustalono, że 28 maja 2025 r. zamawiający zawiadomił odwołującego o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez przystępującego w zakresie części nr 5.

(por. ww. zawiadomienie zamawiającego, w aktach sprawy).

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

Zasadny okazał się zarzut dotyczący zaniechania odrzucenia oferty przystępującego w zakresie zadania nr 5 na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp w zw. z art. 224 ust. 6 Pzp.

Jak wskazuje się w orzecznictwie izby, wyjaśnienia składane w reakcji na wezwanie zamawiającego kierowane w trybie art. 224 Pzp powinny stanowić podstawę oceny przez zamawiającego, czy zaoferowano mu cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia, czy też nie. Jak wynika z treści art. 224 ust. 5 ustawy Pzp *obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy*. Polski ustawodawca przesądził w przywołanym przepisie, że wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień w trybie art. 224 ustawy Pzp, ma obowiązek udowodnić zamawiającemu, że jego oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej. Z przepisu tego wynika zatem domniemanie, że wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień zaoferował cenę rażąco niską. Wyjaśnienia i dowody na ich poparcie, składane przez wykonawcę w odpowiedzi na wezwanie, muszą zaś obalić owo domniemanie. Nie ulega również wątpliwości, że udowodnienie realności ceny powinno nastąpić w toku postępowania o udzielenie zamówienia przed zamawiającym, a nie w toku postępowania odwoławczego przed izbą. Jeżeli wykonawca ciężaru obalenia domniemania rażąco niskiej ceny w postępowaniu przed zamawiającym nie udźwignie, to jego oferta podlega odrzuceniu. Przepis art. 224 ust. 6 ustawy Pzp stanowi bowiem, że *podlega odrzuceniu jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu*.

Jak wynikało z treści wezwania zamawiającego z 25 kwietnia 2025 r., wątpliwości zamawiającego wzbudziła całkowita cena oferty przystępującego w zakresie zadania nr 5. Zamawiający wskazał bowiem, że zaoferowana przez przystępującego cena oferty jest niższa o ponad 30% od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp.

Z chwilą wystosowania ww. wezwania, po stronie przystępującego zaktualizował się obowiązek wykazania, że cena jego oferty dla zadania nr 5 nie jest rażąco niska.

W pierwszej kolejności zgodzić należało się z odwołującym, że przystępujący zaniżył koszt słupów o wysokości 5 m, przedstawiając niewiarygodne wyjaśnienia w tym zakresie.

Izba ustaliła, że zamawiający w dniu 3 kwietnia 2025 r. dokonał modyfikacji SWZ w zakresie opisu przedmiotu zamówienia w zakresie zadania numer 5. Zmiany obejmowały między innymi:

- 1) zmianę ilości słupów z oprawą, które należało wykonać. Liczba słupów została zmieniona z 58 na 31 sztuk,
- 2) określenie wymaganej wysokości słupów jako 5 m.

Izba ustaliła także, że przystępujący załączył do wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych 29 kwietnia 2025 r. ofertę sprzedaży, obejmującą słupy „ROSA 42103/C45 Słup alum. SAL-4,5/B60 anodowany inox” (pozycja 3). Oferta została wystawiona 16 kwietnia 2025 r. (a zatem 13 dni po modyfikacji SWZ przez zamawiającego). Oferta obejmowała 31 sztuk słupów (a zatem ilość zgodną z modyfikacją SWZ). Oferta ta obejmowała jednak słupy o wysokości 4,5 m (a zatem z wysokością niezgodną z modyfikacją SWZ). Cena jednostkowa netto oferowanego słupa w świetle tej oferty o wysokości 4,5 m wynosiła 626,94 zł.

W takich okolicznościach 7 maja 2025 r. zamawiający wezwał przystępującego do wyjaśnień wskazując na rozbieżność między wymaganą wysokością słupów (5 m), a wysokością słupów, na które ofertę sprzedaży wykonawca dołączył do wyjaśnień rażąco niskiej ceny (4,5 m).

Przystępujący udzielił wyjaśnień 12 maja 2025 r., twierdząc, że w załączonym do wyjaśnień rażąco niskiej ceny kosztorysie uwzględnił słupy o wysokości 5 m, a zatem słupy zgodne z wymaganiami zamawiającego. Wykonawca wskazał, że przed zmianą SWZ w swojej ofercie wycenił słupy o wysokości 4,5. Po zmianie opisu przedmiotu zamówienia z 3 kwietnia 2025 r. wykonawca zmodyfikował swoją ofertę oraz kosztorys. Firma, której oferta sprzedaży została dołączona do wyjaśnień rażąco niskiej ceny również zmodyfikowała wówczas swoją ofertę cenową. Przystępujący utrzymywał też, że omyłkowo dołączył do wyjaśnień złą ofertę – na słupy o wysokości 4,5 m, zamiast na słupy o wysokości 5 m. Do powyższych wyjaśnień przystępujący dołączył ofertę sprzedaży, obejmującą słupy „ROSA 42127/C45 Słup alum. SAL-5/B60 anodowany inox” (pozycja 3). Oferta ta obejmowała 31 sztuk słupów (a zatem ilość taką samą co omyłkowo załączona oferta, zgodna z modyfikacją SWZ). Oferta ta obejmowała słupy o wysokości 5 m (a zatem wysokość tym razem zgodną z modyfikacją SWZ). Cena jednostkowa netto oferowanego słupa o wysokości 5 m wynosiła w świetle tej oferty 630,00 zł – różniąc się jedynie o 3,06 zł więcej od wcześniej wycenionych, niższych o 0,5 m słupów.

Odwołujący w ww. okolicznościach podniósł w odwołaniu, że cena słupów 5 m została zaniżona przez przystępującego. Zdaniem odwołującego wskazana różnica cenowa między cenami słupów 4,5 m a 5 m jest nieproporcjonalna w stosunku do różnicy parametrów technicznych obu elementów, w szczególności w zakresie ich

wysokości.

Odnosząc się do ww. zarzutu izba po pierwsze stwierdziła, że wyjaśnienia przystępującego z 12 maja 2025 r. budziły istotne wątpliwości.

Przystępujący wyjaśnił bowiem, że pierwotnie wycenił słupy 4,5m jednak po modyfikacji SWZ z 3 kwietnia 2025r. zmodyfikował kosztorys i swą ofertę, również firma PW ELETROHURT zmodyfikowała ofertę cenową. Przystępujący oświadczył także, że do pierwszych wyjaśnień omyłkowo dołączył złą ofertę. Dostrzeżenia wymagało jednak, że w pierwszej złożonej ofercie, choć faktycznie wyceniono słupy 4,5 m (a więc wymagane przed modyfikacją SWZ z 3 kwietnia 2025 r.), to jednak wyceniono prawidłową (zgodną z modyfikacją z 3 kwietnia 2025 r.) liczbę słupów bo 31, zamiast pierwotnie wymaganej liczby 58 słupów. Gdyby faktycznie przystępujący załączył złą ofertę, nieuwzględniającą modyfikacji, to powinno w niej figurować 58 słupów o wysokości 4,5 m. Okoliczności danej sprawy świadczyły raczej o tym, że przystępujący, choć dostrzegł zmniejszenie liczby wymaganych słupów po modyfikacji SWZ, to nie dostrzegł zmiany ich wysokości i na prawidłową liczbę lecz niezgodnych z SWZ, mniejszych słupów uzyskał rynkową ofertę swego kontrahenta i dla takich słupów przygotował kosztorys i wycenił je w cenie ofertowej. Po dostrzeżeniu tej niezgodności przez zamawiającego przystępujący starał się sanować tę sytuację. Złożył wprawdzie ofertę tego samego kontrahenta na 31 słupów o wysokości 5 m z ceną 630,00 zł – różniącą się niewiarygodnie jedynie o 3,06 zł od ceny słupów o wysokości 4,5 m u tego samego dostawcy.

Odwolujący prawidłowo dostrzegł, że cena 630 zł za 1 słup 5m budziła istotne wątpliwości. Po pierwsze cena ta co do grosza odpowiadała cenie za ten materiał przedstawionej w pozycji 11 kosztorysu załączonego do pierwszych wyjaśnień przystępującego, a więc cenie wyznaczającej maksymalny pułap cenowy, do jakiego można było zmodyfikować ofertę. O nierynkowości ceny za słup o wysokości 5 m świadczyły również dowody załączone do odwołania przez odwołującego. Odwołujący załączył do odwołania w charakterze dowodu ofertę, którą otrzymał od tego samego dostawcy, co przystępujący (tj. ofertę od podmiotu Przedsiębiorstwo Wielobranżowa „Elektro-Hurt” Aleksander Winter sp. z o.o.). W ofercie, którą złożył odwołujący, znajdowały się ceny zarówno na słupy o wysokości 4,5 m jak i na słupy o wysokości 5 m. Co istotne, cena słupów o wysokości 4,5 m w tej ofercie wyniosła 615,96 zł. Cena ta okazała się niższa niż wysokość oferty, którą złożył przystępujący, gdyż przystępujący uzyskał ofertę na ww. element na poziomie 626,94 zł. Z powyższego można było zatem wnioskować, że odwołujący dysponuje nawet minimalnie wyższymi rabatami u tego dostawcy niż przystępujący. Co jednak kluczowe, w ofercie, jaką odwołujący otrzymał od tego samego dostawcy, cena słupa o wysokości 5 m wyniosła 713,32 zł. Jak słusznie podniósł odwołujący, tymczasem w drugiej ofercie dla przystępującego cena słupa o wysokości 5 m miała wynieść zaledwie 630 zł.

Zgodzić należało się zatem z odwołującym, że w okolicznościach danej sprawy, cena słupa o wysokości 5m ukształtowana na poziomie 630 zł budziła istotne wątpliwości. Różniła się bowiem tylko o 3 zł od ceny słupa o wysokości 4,5 m u tego samego dostawcy, a jednocześnie, co nieprzypadkowe, idealnie wpisywała się w maksymalny pułap cenowy za słup wynikający z pkt 11 kosztorysu ofertowego załączonego do pierwszych wyjaśnień przystępującego. Co istotne także, oferta na słupy dla odwołującego pochodziła dokładnie od tego samego dostawcy słupów, co oferty złożone przez przystępującego.

Powyższe świadczyło raczej o tym, że przystępujący pozyskując pierwszą ofertę, choć dostrzegł zmniejszenie liczby wymaganych słupów, to nie dostrzegł zmiany ich wysokości i na prawidłową liczbę mniejszych słupów uzyskał rynkową ofertę od swego kontrahenta. Po dostrzeżeniu tej niezgodności przez zamawiającego przystępujący starał się sanować tę sytuację. Złożył wprawdzie ofertę tego samego kontrahenta na 31 słupów o prawidłowej wysokości 5 m. Jednakże cena słupów 5m w wysokości 630,00 zł okazała się – w okolicznościach danej sprawy - nierynkowa. Różniła się bowiem niewiarygodnie jedynie o 3,06 zł od rynkowej ceny słupów o wysokości 4,5 m i aż o 81,32 zł od rynkowej ceny słupów o wysokości 5m, którą to rynkową cenę wykazał swym dowodem odwołujący. Cena 630 zł za 1 słup 5 m, w okolicznościach danej sprawy zastała sztucznie przyjęta, celem sanowania dostrzeżonej przez zamawiającego niezgodności, o czym świadczyła nieprzypadkowa zbieżność tej ceny z ceną jednostkową za słup wynikającą z pkt 11 kosztorysu uprzednio złożonego przez przystępującego.

Zamawiający nie dostrzegł ww. okoliczności. W odpowiedzi na odwołanie argumentował, że nie jest jego rolą analizowanie przyczyn uzyskania przez wykonawcę rabatów u jego dostawców, ani analiza przyczyn takiej, a nie innej wysokości marży czy rabatów, na rynku otrzymują poszczególni wykonawcy i dlatego te wartości różnią się od siebie. Nie można się było zgodzić z tym stwierdzeniem zamawiającego. Rolą zamawiającego jest ocena wiarygodności wyjaśnień ceny i dowodów składanych przez wykonawców na podstawie art. 224 Pzp. Przy ocenie wyjaśnień należy brać pod uwagę wszelkie okoliczności danej sprawy, a także uwzględnić wskazania wynikające z wiedzy i doświadczenia życiowego. Te zaś wskazania, w świetle materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie

podpowiadały, że ceny za słupy 5 m przyjęte przez przystępującego do kalkulacji są nierynkowe.

Nie można było się zgodzić, że wysokość niedoszacowania kosztów jest pomijalna, jak utrzymywał zamawiający w odpowiedzi na odwołanie. Przyjmując rynkową cenę jednego słupa 5 m w wysokości 713,32 zł, po pomnożeniu jej przez liczbę 31 otrzymujemy koszt 22.112,92 zł. Tymczasem przystępujący przyjął cenę jednostkową słupa na poziomie 630 zł, co po pomnożeniu przez 31 dało koszt 19.530 zł. Różnica między tymi wartościami nie wynosiła zatem 94,86 zł, jak utrzymywał zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, lecz aż 2.582,92 zł.

Biorąc powyższe pod uwagę izba stwierdziła, że przystępujący zaniżył koszty słupów 5m.

Zasadne okazały się także zarzuty odwołującego dotyczące zniżenia przez przystępującego kosztów pracy sprzętu. Izba ustaliła, że na ostatniej stronie kosztorysu załączonego przez przystępującego do wyjaśnień rażąco niskiej ceny znajdowało się zestawienie sprzętu, obejmującego trzynaście pozycji, takich jak między innymi koparki, żuraw czy przyczepa. Dla każdej pozycji przystępujący podał jednakową stawkę maszynogodziny, która wynosiła 25,00 zł.

Po pierwsze należało zgodzić się z odwołującym, że przyjęcie przez przystępującego jednakowej stawki maszynogodziny niezależnie od rodzaju sprzętu było nieprawidłowe. W zestawieniu znajdowały się różne kategorie sprzętów, takie jak przyczepy czy żurawie samochodowe. Nie było sporne między stronami, że sprzęt typu żuraw samochodowy do swej pracy potrzebuje choćby paliwa i wymaga obsługi, która również generuje koszty. Z kolei przyczepa w ogóle nie wymaga paliwa ani obsługi.

Zamawiający broniąc kalkulacji przystępującego argumentował w odpowiedzi na odwołanie, że *Wykonawcy, bardzo często dokonując kalkulacji kosztów, które muszą być wykonane na podstawie załączonych przez Zamawiających przedmiarów robót, w których nakłady czasu pracy na wykonanie pewnych elementów robót są narzucone przez programy kosztorysowe (KNR), w celu urealnienia kosztów zmniejszają stawkę za maszynogodzinę (mg), ponieważ zakładają krótszy czas realizacji roboty, niż wynika ze sztywnych norm określonych w KNR.*

Jednakże tego rodzaju powodów przyjęcia spornych stawek maszynogodziny próżno było szukać w wyjaśnieniach ceny złożonych przez przystępującego. Wywody zamawiającego zostały zatem oparte na domniemaniach, niemających pokrycia w zebranych w sprawie materiale dowodowym. Skoro przystępujący przyjął w kosztorysie określoną liczbę maszynogodzin, to należało przyjąć, że w jego ocenie taka liczba jest konieczna do wykonania zamówienia. Zamawiający ani przystępujący nie wykazali, aby liczby maszynogodzin, przyjęte wszak przez samego przystępującego w wyjaśnieniach, są zawyżone. Wobec powyższego należało uznać je za realne. W tej sytuacji zasadny okazał się zarzut, że przyjęcie przez przystępującego takich samych stawek maszynogodzin, niezależnie od rodzaju sprzętu, było nieprawidłowe.

Kolejno odwołujący podniósł, że niezasadne ujednoczenie stawki maszynogodzin doprowadziło do zniżenia kosztów pracy sprzętu. Celem wykazania powyższego odwołujący powołał się na ceny pracy sprzętu wynikające z wydawnictwa Sekocenbud dla województwa wielkopolskiego (czyli województwa, w którym siedzibę ma zamawiający oraz przystępujący), jak również z kosztorysu inwestorskiego. Następnie odwołujący złożył wraz z odwołaniem dowód - kosztorys ze stawkami pracy sprzętu wynikającymi z wydawnictwa Sekocenbud. Odwołujący wykazał, że przy przyjęciu tych stawek koszt pracy sprzętu powinien w przypadku przystępującego wynieść 42.783,05 zł zamiast przyjętej przez tego wykonawcę kwoty 14.501,53 zł. Kwota niedoszacowania z tego tytułu wyniosła zatem 28.281,52 zł.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie ograniczył się do stwierdzenia, że z 13 wskazanych przez odwołującego pozycji sprzętu, aż 5 jest wyższych prawie dwukrotnie od założeń kosztorysu inwestorskiego i SEKOCENBUDU. Zdaniem izby taka argumentacja zamawiającego nie mogła prowadzić do ustalenia, że zarzut jest niezasadny. Bowiernie oznaczała jednocześnie, że w 8 pozycjach sprzętu stawki zostały zniżone. W swej kalkulacji odwołujący uwzględnił także fakt, że w 5 pozycjach przystępujący zawyżył stawki maszynogodziny. Pomimo to, w efekcie owego zniżenia w 8 pozycjach koszty pracy sprzętu całościowo zostały zniżone o 28.281,52 zł.

Dodatkowo zamawiający w odpowiedzi na odwołanie argumentował, że przystępujący mógł obniżyć stawki maszynogodzin, gdyż posiada własny sprzęt. Argumentacja zamawiającego nie zasługiwała na uwzględnienie. Po pierwsze, przystępujący w wyjaśnieniach wskazał, że posiada własne jedynie koparki, urządzenie przeciskowe „kret” oraz podnośnik koszowy. Okoliczność ta dotyczyła zatem tylko niektórych ze sprzętów wymienionych w kosztorysie przystępującego. Ponadto, uszło uwadze zamawiającego, że stawka maszynogodziny nie obejmuje jedynie kosztów najmu, czy leasingu, ale także takie składowe jak: koszty amortyzacji, napraw i obsługi technicznej, wynagrodzenia operatorów, zużycia paliwa i materiałów eksploatacyjnych, koszty utrzymania zaplecza technicznego, koszt transportu sprzętu na plac budowy. Koszty takie przystępujący będzie musiał ponieść, niezależnie od podstawy dysponowania sprzętem.

Niezależnie jednak od powyższego odwołujący złożył na rozprawie kolejne dowody. Z dowodu: *opracowanie dot. kosztów jednej maszynogodziny pracy sprzętu* złożonego przez odwołującego wynikało, że nawet przy uwzględnieniu, że spośród wskazanych kosztów pracy sprzętu bierzemy pod uwagę tylko koszt paliwa (a więc z pominięciem kosztów najmu, czy leasingu, ale także takich składowych jak: koszty amortyzacji, napraw i obsługi technicznej, wynagrodzenia operatorów, i materiałów eksploatacyjnych, koszty utrzymania zaplecza technicznego, koszt transportu sprzętu na plac budowy), to minimalny koszt samego paliwa dla sprzętu wymienionego w kosztorysie przystępującego powinien wynieść 23.349,75 zł. Niezależnie zatem czy sprzęt będzie częściowo własnością przystępującego czy też nie, zobowiązany był on uwzględnić takie koszty przy szacowaniu stawki maszynogodziny, czego jednak nie uczynił. Tymczasem, jak wskazano wcześniej, całościowe koszty pracy sprzętu przyjęte przez przystępującego wyniosły zaledwie 14.501,53 zł.

Biorąc powyższe pod uwagę izba stwierdziła, że przystępujący zaniżył koszty pracy sprzętu.

W dalszej części odwołania odwołujący zarzucił, że przystępujący wskazał w wyjaśnieniach ceny na stawkę godzinową wynagrodzenia pracowników przyjętą na poziomie 30,00 zł. Stawka ta została wskazana w części opisowej wyjaśnień ceny, jak i w kosztorysie. Odwołujący argumentował, że kalkulując koszty związane z realizacją zamówienia nie można brać pod uwagę wyłącznie kwoty wynagrodzenia brutto (kwoty widniejącej w umowie o pracę), lecz trzeba wziąć pod uwagę całkowity koszt związany z zatrudnieniem pracownika (nazywany czasem potocznie „duże brutto” lub „brutto brutto”). Argumentował także, że łączny miesięczny koszt dla osoby zatrudnionej na podstawie minimalnego wynagrodzenia za pracę wynosi 5621,60 zł. Przyjmując, że w miesiącu jest ok. 168 godzin roboczych, to stawka 1 roboczogodziny powinna wynosić: $5621,60 \text{ zł} : 168 \text{ godzin} = 33,46 \text{ zł}$. Odwołujący podniósł w efekcie, że cena oferty przystępującego jest niezgodna z przepisami dotyczącymi kosztów pracy oraz przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, gdyż w części opisowej wyjaśnień ceny, jak i w kosztorysie stawka godzinowa wynagrodzenia pracowników została przyjęta na poziomie zaledwie 30,00 zł.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie nie zgodził się z zarzutami odwołującego. Zamawiający podniósł, że przystępujący faktycznie wskazał w wyjaśnieniach na stawkę wyjściową 30 zł roboczogodziny. Jednakże w ocenie zamawiającego do stawki tej należało jednak doliczyć koszty pośrednie 20% oraz zysk 5% = 37,80 zł. Powołał się w tym zakresie na kosztorys załączony do wyjaśnień, w którym faktycznie wskazano na takie wysokości narzutów.

Odwołujący odnosząc się w swym piśmie procesowym z 3 lipca 2025 r. do odpowiedzi na odwołanie argumentował, że z wyjaśnień przystępującego nie wynikało, aby brakujące koszty pracy miały zostać ujęte w kosztach pośrednich oraz zysku.

Izba stwierdziła, że przystępujący faktycznie w wyjaśnieniach ceny wprost nie wskazał, że brakujące koszty pracy ujął w kosztach pośrednich czy zysku. Jednakże zdaniem izby, w okolicznościach danej sprawy, można było przyznać rację zamawiającemu w tym, że intencją wykonawcy było jednak ujęcie w cenie ofertowej także dodatkowych kosztów pracy. Przystępujący w części opisowej wyjaśnień ceny złożył bowiem oświadczenie: *Wykonawca ma świadomość, że poza wynagrodzeniem brutto ma obowiązek ponieść inne koszty związane z zatrudnieniem pracownika. Składki na ubezpieczenia społeczne, ubezpieczenie zdrowotne. Wykonawca kalkulując cenę brał pod uwagę również te koszty i zostały one uwzględnione przez w cenie ofertowej. Wynagrodzenie jest zgodne z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie.*

Wobec powyższego można było, tak jak utrzymywał zamawiający i życzliwie interpretując wyjaśnienia ceny przystępującego, uwzględnić fakt, że przystępujący w kosztorysie przewidział jednak koszty pośrednie m.in. od robocizny i sprzętu oraz zysk. Uwzględnienie tych dwóch elementów pozwoliłoby przystępującemu na pokrycie z nich kosztów pracy w minimalnej wysokości wskazywanej przez odwołującego. Jednakże taki zabieg wiązałby się z konsekwencjami. Z drugiej strony podkreślenia wymagało bowiem, że skoro kwota zarezerwowana na koszty pośrednie i zysk zostanie zużyta na pokrycie kosztów pracy, to pozostaje pytanie, w jaki sposób przystępujący pokryje takie koszty jak koszt organizacji zaplecza budowy, koszt wynagrodzenia kierownika budowy, koszt ubezpieczenia budowy, koszt dojazdu pracowników. Tego rodzaju wydatki przystępujący będzie musiał ponieść, a zazwyczaj pokrywa się je z pozycji kosztorysowej kosztów pośrednich. Wykorzystanie kwot z kosztów pośrednich i zysku na pokrycie niedoborów przy kalkulacji kosztów pracy oznaczało, że brak będzie możliwości pokrycia ww. kategorii kosztów ogólnych. Tymczasem przewidziana przez przystępującego w kosztorysie suma kosztów pośrednich od R i S wyniosła jedynie 11.713,27 zł. Z kolei kwota zysku od R i S wyniosła zaledwie 3.515,56 zł.

Ponadto przypomnienia w tym miejscu wymagało, że - jak wykazał odwołujący - kalkulacja przystępującego została niedoszacowana co najmniej w dwóch pozycjach: kosztów słupów 5m oraz kosztów pracy sprzętu. Koszty słupów zostały zaniżone o 2.582,92 zł. Z kolei koszty pracy sprzętu zostały zaniżone o 28.281,52 zł. Łączna wartość

niedoboru tylko z tych tytułów wyniosła zatem 30 864,44 zł.

Biorąc powyższe pod uwagę izba stwierdziła, że potwierdziły się zarzuty przedstawione w odwołaniu. Przystępujący nie sprostął ciężarowi obalenia domniemania zaferowania rażąco niskiej ceny. Przy wyrokowaniu izba wzięła pod uwagę także całkowitą bierność procesową przystępującego. Wprawdzie zgłosił on przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego. Jednakże mimo zobowiązania przez izbę do złożenia pisma procesowego zawierającego ustosunkowanie się do zarzutów przedstawionych w odwołaniu, przystępujący nie wywiązał się z tego obowiązku. Przystępujący nie stawiał się także na rozprawie i nie złożył jakichkolwiek dowodów przeciwnych do dowodów przedstawionych przez odwołującego.

Reasumując izba stwierdziła, że rację ma odwołujący, iż przystępujący przez swe wyjaśnienia nie sprostął ciężarowi obalenia domniemania rażąco niskiej ceny i w konsekwencji zamawiający z naruszeniem przepisów art. 224 ust. 6 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp, zaniechał czynności odrzucenia oferty przystępującego w zakresie zadania nr 5. Kierując się powyższymi rozważaniami izba stwierdziła, że zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp zasługiwał na uwzględnienie.

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

Zgodnie z przepisem art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, *Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców* Izba stwierdziła, że naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 Pzp miały istotny wpływ na wynik postępowania w zakresie zadania nr 5, gdyż zamawiający z naruszeniem tych przepisów zaniechał odrzucenia oferty przystępującego w zakresie zadania nr 5 i wybrał ją jako najkorzystniejszą.

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

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

Na ww. podstawie Izba nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie zadania nr 5, powtórzenie czynności badania i oceny ofert w tej części, w tym wykonanie czynności odrzucenia oferty przystępującego w zakresie zadania nr 5 na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 Pzp.

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

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

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

W analizowanej sprawie Izba uwzględniła odwołanie. Odpowiedzialność za wynik postępowania ponosił zatem zamawiający. Na koszty postępowania składał się wpis od odwołania uiszczony przez odwołującego w kwocie 10.000 zł,

wynagrodzenie pełnomocnika odwołującego w kwocie 3.600 zł, koszty dojazdu na posiedzenie izby w wysokości 237,00 zł oraz koszty opłaty skarbowej od udzielonego pełnomocnictwa w kwocie 17 zł, ustalone na podstawie rachunków złożonych do akt sprawy.

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

Przewodniczący:.....