

**WYROK**  
**z dnia 17 maja 2021 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak**

**Protokolant: Konrad Wyrzykowski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 maja 2021 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 marca 2021 r. przez Odwołującego – **Ekologika Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością**, ul. Polna 6, 21-560 Rzeczyca w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Gminę Międzyrzec Podlaski**, ul. Warszawska 20, 21-560 Międzyrzec Podlaski

przy udziale

Wykonawcy **LEBART B. Ł. i wspólnik spółka jawna**, ul. Kryształowa 21, Rakowiska, 21-500 Biała Podlaska zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

**orzeka:**

- 1 Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Odwołującego i:
  - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10.000 zł 00 gr. (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3.600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem kosztów poniesionych przez Zamawiającego;
  - 2.2 zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3.600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów strony poniesionych w związku z wynagrodzeniem pełnomocnika.

Stosownie do 580 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. poz. 2019 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

**Przewodniczący:** .....

## **Uzasadnienie**

W postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego przez Zamawiającego – Gminę Międzyrzec Podlaski na *wykonanie termomodernizacji budynku publicznej szkoły podstawowej w miejscowości Misie* (nr ref.: IN.271.48.2020.KB), ogłoszonym w Biuletynie Zamówień Publicznych 31 grudnia 2020 r., 772529-N-2020 wobec czynności badania, oceny i wyboru oferty najkorzystniejszej (Lebart B. Ł. i spółnik sp. j.), wniesione zostało 29.03.2021 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wykonawcy Ekologika Sp. z o.o. (sygn. akt KIO 981/21).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 7 ust. 1 i 3 Pzp w zw. z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 1, 2 i 3 Pzp przez zaniechanie czynności odrzucenia oferty wykonawcy Lebart pomimo tego, że wykonawca nie złożył wyjaśnień, które można uznać za wystarczające w rozumieniu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp oraz nie wykazał w złożonych wyjaśnieniach, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny;
- 2) art. 7 ust. 1 i 3 Pzp w zw. z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 1, 2 i 3 Pzp przez nieprawidłową ocenę złożonych przez wykonawcę Lebart wyjaśnień, podczas gdy z ich treści wynika, że oferta zawiera rażąco niską cenę;
- 3) art. 7 ust. 1 i 3 Pzp w zw. z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 1, 2 i 3 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Lebart, pomimo iż zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;
- 4) art. 7 ust. 1 i 3 Pzp w zw. z naruszeniem art. 90 ust. 1 Pzp przez bezpodstawne dokonanie wyboru oferty wykonawcy Lebart jako najkorzystniejszej oraz przez zaniechanie dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej spośród pozostałych złożonych ofert.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, dokonania ponownego badania i oceny złożonych ofert, odrzucenia oferty wykonawcy Lebart i dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej spośród pozostałych ofert.

### Uzasadnienie faktyczne i prawne.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów Ustawy wynikające z decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej, którą poprzedzało badanie oferty Lebart pod kątem rażąco

niskiej ceny w trybie przewidzianym przepisem art. 90 ust. 1 Ustawy. Wezwanie do złożenia wyjaśnień ustanowiło domniemanie, iż cena jest rażąco niska, co nakładało na wezwanego Wykonawcę obowiązek jego obalenia i wykazania realności kalkulacji ceny ofertowej pod rygorem odrzucenia oferty na podstawie art. 90 ust. 3 Ustawy.

Odwołujący analizując złożone wyjaśnienia skupił się na elemencie kalkulacji, jakim są koszty 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 2002 r., poz. 2207).

Zamawiający oczekiwał złożenia dowodów oraz szczegółowej kalkulacji kosztów jakie poniósłby wykonawca należycie wykonując przedmiot umowy z uwzględnieniem wszystkich obowiązków wskazanych w opisie przedmiotu zamówienia.

Według Odwołującego w wyjaśnieniach z 2.02.2021 r. brak jest informacji, które wyjaśniałyby wysokość zaoferowanej ceny – zawierają ogólne i niekonkretne stwierdzenia, które niczego nie wyjaśniają i w żaden sposób nie dowodzą realności zaoferowanej ceny. Wykonawca nie usiłował wykazać w jaki sposób powołane przez niego okoliczności wpływają na wysokość zaoferowanej ceny, w szczególności nie wskazał na żadne oszczędności, które może dzięki nim poczynić, nie mówiąc o ich udowodnieniu.

Wskazane przez Wykonawcę okoliczności nie mogą obiektywnie stanowić wyjaśnienia dla wysokości zaoferowanej ceny. Posiadanie doświadczenia w żaden sposób nie wpływa bowiem na zakres robót jak i koszt ich wykonania.

Załączona do wyjaśnień szczegółowa kalkulacja ceny jest niewystarczająca, niekompletna i w żaden sposób nie dowodzi realności zaoferowanej ceny ani nie obala domniemania rażąco niskiej ceny.

Przyjęta przez Wykonawcę wartość kosztów prac jest niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę, nie pozwoli pokryć faktycznych kosztów wynagrodzenia, a ponadto część kosztów pracy personelu Wykonawca pominął.

Zgodnie z pkt 2.1-2.4 siwz, wszystkie osoby wykonujące prace fizyczne przy realizacji robót budowlanych, prace fizyczne budowlane i instalacyjno-montażowe objęte zakresem zamówienia muszą zostać zatrudnione na podstawie umowy o pracę. W ramach wykonywanych samodzielnie prac Wykonawca przyjął konieczność zaangażowania 3-osobowej brygady, która w okresie ok 5 miesięcy wykona 2800 roboczogodzin. Średnie wynagrodzenie na podstawie umowy o pracę wyniesie około 3500 zł brutto dla pracownika technicznego oraz monter instalacji, na którą to okoliczność wykonawca załączył wyciąg z umów o pracę. Koszt ten został określony w szczegółowej kalkulacji na kwotę 55 000,00 zł.

Po przeliczeniu na **stawkę roboczogodziny po zaokrągleniu w górę daje 19,65 zł**, co wskazuje na niższy koszt od kosztu minimalnego za pracę ustalonego na podstawie przepisów ustawy o minimalnym wynagrodzeniu, nie mówiąc o koszcie wynagrodzenia za pracę wskazane w kwocie 3500 zł brutto.

W 2021 r. minimalne wynagrodzenie (przy miesięcznej normie czasu pracy 168 godzin zgodnej z współczynnikiem ekwiwalentu za urlop w 2021 r.) wynosi 2800,00 zł, do której to kwoty należy doliczyć pochodne (składki): 9,76% emerytalna (273,28 zł), 6,50% rentowa (182,00 zł) 1,67% wypadkowa (46,76 zł), 2,45% FP i FS (68,60 zł), 0,10% FGŚP (2,80 zł), tj. razem 573,44 zł tytułem składek. Suma minimalnego wynagrodzenia powiększona o składki wynosi 3.373,44 zł, a w przeliczeniu na **koszt jednej roboczogodziny - 20,08 zł** (3374,44/168 godzin). Po doliczeniu kosztów urlopu (przy założeniu minimalnego wymiaru urlopu 20 dni w roku, tj.  $20/12 \times 5$  miesięcy = 9 dni  $\times 8$  godzin = 72 godziny  $\times 20,08$ ) trzech pracowników wynoszą 1445,76 zł/pracownik. Przyjmując te dane łączne koszty pracy dla trzech pracowników wynosić powinny co najmniej 60.561,28 zł, czyli o 5 561,28 zł więcej niż wskazana w kalkulacji szczegółowej kwota 55 000,00 zł. Brakująca kwota przekracza przyjętą rezerwę budżetową, która w szczegółowej kalkulacji wskazana została na 4 000 zł (poz. 24).

Odwołujący dokonał następnie przeliczenia kosztów pracowniczych przez powiększenie kwoty wynagrodzenia brutto 3500 zł o wysokość składek wyliczonych łącznie na 716,80 zł, co dało łączny koszt w wysokości 4.216,80 zł, a w przeliczeniu na jedną roboczogodzinę 25,10 zł., znacząco przekraczające stawkę 19,65 zł. wyliczoną wcześniej na podstawie założeń przyjętych do kalkulacji ceny ofertowej. Po doliczeniu kosztów urlopu koszty pracownicze wyniosłyby 75 701,60 zł (2800 godzin  $\times 25,10 = 70 280,00$  zł + koszty urlopu 1 807,20 zł  $\times 3$  pracowników = 5 421,60 zł). Powyższe wskazuje na niedoszacowanie kosztów wynagrodzenia pracowników o 20.701,60 zł.

Wykonawca pominął koszty pracy personelu, co wynika z braku uwzględnienia kosztów wynagrodzenia osób, jakimi wykonawca miał dysponować zgodnie z warunkiem udziału w postępowaniu (pkt 4.2.3. 2), tj. jedną osobą posiadającą uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności instalacyjnej w zakresie instalacji i urządzeń cieplnych oraz jedną osobą posiadającą uprawnienia budowlane do kierowania robotami bez ograniczeń w specjalności instalacyjnej w zakresie instalacji i urządzeń elektrycznych. Wykonawca w wykazie osób wskazał dwie osoby, stanowiące jego zasób własny, co nakładało obowiązek uwzględnienia w kalkulacji kosztów pracy tych osób. Wysokość tych kosztów nie mogła być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, co jest niezależne od wymogu dotyczącego obowiązku zatrudnienia na podstawie umowy o pracę. W wyjaśnieniach nie ma wzmianki o koszcie

zatrudnienia tych osób, wskazano wyłącznie na koszt transportu tylko jednego kierownika. Wykonawca zobowiązany był przyjąć koszty pracy kierownika budowy co najmniej dla okresu 5 miesięcy. Przeciętne wynagrodzenie kierownika budowy wynosi w Polsce 8 320 zł., która po powiększeniu o należne składki (1 703,94 zł) oraz koszty urlopu (4295,97 zł) wskazuje na brak uwzględnienia łącznego kosztu pracy kierownika budowy w wysokości 54 415,67 zł.

Odnosnie kierownika robót elektryczny koszty zatrudnienia w wymiarze dwóch miesięcy również nie zostały uwzględnione w kalkulacji kosztów. Przeciętne wynagrodzenie brutto dla kierownika robót elektrycznych w Polsce wynosi 8 140 zł, co po powiększeniu o należne składki (1 667,07 zł) oraz koszty urlopu (wyliczone dla 5 miesięcy w wysokości 4203,03 zł) wskazuje na koszty zatrudnienia w wymiarze 23 817,17 zł, których nie uwzględniono w kalkulacji kosztów.

W ocenie Odwołującego kalkulacja kosztów nie uwzględnia również szeregu innych kosztów, w tym: odbioru UTD oraz wystąpienia z wnioskiem do PGE Dystrybucja S.A. o przyłączenie mikroinstalacji fotowoltaicznej do sieci elektroenergetycznej; ubezpieczenia CAR/EAR – ubezpieczenia wszystkich ryzyk budowlano-montażowych; mediów (energia elektryczna, woda); organizacji zaplecza budowy (wynajmu kontenerów budowlanych, ochrony mienia, wygrodzenia i oznakowania placu budowy); naprawy uszkodzonych sieci, budowli; usuwania wad i usterek w trakcie trwania gwarancji; stacji uzdatniania i uzupełniania wody; innych kosztów pośrednich (w szczególności kosztów wynajmu, amortyzacji narzędzi, kosztów zarządu).

Ponieważ Odwołujący nie miał dostępu do ofert dostawców/podwykonawców, objętych klauzulą tajemnicy przedsiębiorstwa, wystąpił o sprawdzenie przez Izbę, czy w ofercie dostawcy pomp ciepła lub ofercie podwykonawcy dolnego źródła ciepła Mar-Max M. P., uwzględniono napełnienie glikolem i zbiornik na glikol, których koszt to ponad 30 000 netto; oraz czy w ofercie podwykonawcy „EKOSERWIS BIP” Sp. z o.o. uwzględniono baterie kondensatorów, których koszt to ponad 10 000 zł netto. Brak tych elementów w ofertach podwykonawców powoduje, że ich koszty zostały pominięte przy kalkulowaniu ceny oferty.

Ponadto Odwołujący zwrócił się o sprawdzenie przez Izbę, czy w ofercie dostawcy rurociągów stalowych c.o. uwzględniono kształtki zaprasowywane dla instalacji c.o. (kolana 90°, mufy, redukcje, trójniki, mufy GZ, mufy GW, półobejścia (odsadki). Podany koszt 14.000 zł netto jest rażąco zaniżony i niewiarygodny. Wskazywać może na przyjęcie do wyceny rurociągów stalowych spawanych (niezgodnych z siwz), albo wycenę samych rur zapasowych bez kształtek, których koszt to co najmniej 19 000 zł netto.

W ocenie Odwołującego ustalenie, czy nadal podwykonawcy są związani ofertami ma istotne znaczenie i wnosi o sprawdzenie tej okoliczności przez Izbę. Jeżeli upłynął okres związania, załączone do wyjaśnień oferty nie mogą zostać uznane za dowód należytej kalkulacji ceny. Nie gwarantują one, iż Wykonawca będzie mógł nabyć dostawy i roboty stanowiące przedmiot zamówienia.

Według Odwołującego dodatkowym dowodem potwierdzającym rażąco niską cenę oferty wybranej jest okoliczność odrzucenia z tego powodu oferty droższej o prawie 100.000 zł brutto (PPHU Majka M. D.). Ponieważ w cenie tej oferty nie została uwzględniona kwota 425 700 zł (co wykonawca ten przyznał w wyjaśnieniach złożonych na wezwanie Zamawiającego), Odwołujący wywiódł z tej okoliczności, iż również oferta Lebart tańsza o ok. 7% jest również zaniżona o 425 700 zł. Ponadto, gdyby przyjąć prawidłową wycenę oferty Majka wówczas zmieniłaby się średnia arytmetyczna złożonych ofert, do której porównywał swoją ofertę wykonawca Lebart w wyjaśnieniach, co oznaczałoby, iż jest ona tańsza nie o 16,34%, ale o 20,83%.

Ryczałtowy charakter wynagrodzenia nie pozwalał na zaoferowanie ceny poniżej kosztów wykonania zamówienia i nie powoduje, że Wykonawca mógł złożyć wyjaśnienia w sposób lakoniczny, niewiarygodny i obarczony licznymi wadami. Takimi wyjaśnieniami Wykonawca nie obalił domniemania zaoferowania ceny rażąco niskiej.

#### Zamawiający w piśmie z 12 maja 2021 r. złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o jego oddalenie w całości.

Zamawiający powziął wątpliwości co do cen zaoferowanych w trzech ofertach i wezwał wykonawców, również Odwołującego, do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 Ustawy. Ponieważ ustawodawca nie precyzuje oceny wyjaśnień, jak również nie określa zasad, czy też matematycznych reguł analiz otrzymanych danych, w tym środków dowodowych, otrzymane informacje zostały przeanalizowane przez pracowników merytorycznych urzędu, jak i specjalistów branżowych oraz Inspektora Nadzoru, będącego zarazem autorem projektu budowlanego robót, stanowiących przedmiot zamówienia, co zostało udokumentowane w formie notatek i opinii (załączone do odpowiedzi na odwołanie).

Zamawiający wyjaśnił, iż wartość szacunkową zamówienia ujętą w kosztorysie inwestorskim ustalił w oparciu o jednostkowe uśrednione ceny, z pominięciem rynkowych cen minimalnych oraz możliwych do uzyskania przez wykonawców upustów i rabatów, co uzasadniał stanem pandemii SARS-Cov-2 i niestabilną sytuacją na rynku towarów i usług.

Zastrzeżenia Zamawiającego dotyczyły obawy o niepoprawne przyjęcie danych wyjściowych oraz składowych całkowitej wartości zamówienia, a co za tym idzie możliwości realizacji zamówienia zgodnie z wymaganiami.

Zamawiający przyjął wyjaśnienia Lebart i Odwołującego za wystarczające, nie wymagające uzupełnienia lub doprecyzowania. Uwzględniały one główne aspekty realizacji przedmiotu zamówienia, w tym wiodące czynniki cenotwórcze oparte, m.in. na ofertach podwykonawców i kontrahentów.

Jako istotną składową ceny Zamawiający wskazał na koszty pracy. Wykonawca Lebart wyjaśniając czynniki mające wpływ na zaoferowaną cenę przedłożył również stosowne dokument, potwierdzające koszty przewyższające poziom minimalnego wynagrodzenia za pracę (stawki robocizny). Ponieważ Odwołujący nie miał wglądu do dokumentów objętych tajemnicą przedsiębiorstwa, większość analiz Odwołującego jest chybiona.

Odwołujący nie uwzględnił, iż funkcję kierownika budowy będzie pełniła osoba wchodząca w skład zarządu spółki, partycypująca w zyskach wypracowanych przez spółkę. Przyjęty poziom zysku jest na poziomie średniej krajowej (13,82%). Stąd przedłożone przez Wykonawcę dowody potwierdziły poprawność założeń, w tym nie wykazały znamion rażąco niskiej ceny do niniejszej składowej ceny.

Kolejnym wiodącym elementem wskazanym przez Zamawiającego są koszty robót sanitarnych ze względu na znikomą udział branży elektrycznej w kosztach całego zadania. W tym zakresie wykonawca przedstawił ofertę podwykonawcy. Wartość robót elektrycznych stanowi w ofercie Lebart ok. 82% kosztu prac i nie odbiega znacząco od wartości z kosztorysu inwestorskiego. Zamawiający dokonał również analizy robót sanitarnych.

Zamawiający dokonał analizy również pod względem technicznym. Autor projektu budowlanego potwierdził poprawność założeń. Zamawiający przedstawiając swoje argumenty odnosił się również do wyjaśnień złożonych przez Odwołującego, co miało na celu potwierdzenie stosowania tych samych, obiektywnych miar dla oceny obu ofert.

Do postępowania odwoławczego przystąpił po stronie Zamawiającego wybrany Wykonawca LEBART .

Odwołujący przedłożył dodatkowe pismo procesowe zawierające dowody dla wykazania wysokości kosztów pracy w tym, w tym wysokości wynagrodzeń kształtujących się na rynku pracy, kosztów odbiorów UDT, ubezpieczenia, mediów, organizacji zaplecza budowy, zakupu glikolu i zbiornika, baterii kondensatorów, rur i kształtek.

## **Stanowisko Izby.**

Do rozpoznania zarzutów w odwołaniu zastosowanie znajdowały przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązującej w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, (Dz. U. z 2018 r., poz. 1986), tj. po zmianie dokonanej ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. poz. 1020), zwanej dalej „Ustawą”. W związku z wejściem w życie z dniem 1 stycznia 2021 r. przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych w części dotyczącej środków ochrony prawnej, do postępowania odwoławczego znajdowały zastosowanie przepisy nowej Ustawy.

W oparciu o przedłożoną dokumentację postępowania, w szczególności wyjaśnienia LEBART dotyczące ceny Izba ustaliła okoliczności faktyczne istotne z punktu widzenia zarzutów.

Zamawiający ustalił wartość zamówienia na kwotę 1.556.895,08 zł, co stanowi równowartość 364.672,21 euro i wynika z kosztorysu inwestorskiego.

Zamawiający przewidział wynagrodzenie ryczałtowe, które stanowi cena oferty z formularza oferty.

W formularzu ofertowym wykonawcy wskazywali cenę oferty brutto za całość przedmiotu zamówienia oraz wysokość podatku VAT.

Na otwarciu ofert Zamawiający odczytał kwotę jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, tj. 1.750.000,00 zł brutto. W postępowaniu złożonych zostało sześć ofert z cenami od 1.289.040,00 zł do 1.799.064,72 zł. Najtańszą była oferta Lebart.

Zamawiający wezwał trzech wykonawców do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 1 Ustawy formułując wezwanie zawierające wyłącznie wskazane w Ustawie czynniki brane, jako przykładowe pod uwagę przy ocenie wyjaśnień.

W wyjaśnieniach z 2.02.2021 r. Wykonawca Lebart wskazał na poziom różnicy jego oferty do wartości szacunkowej zamówienia (32,69%), kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia (26,34%), średniej arytmetycznej złożonych ofert (16,34%) oraz czterech ofert mieszczących się w kwocie przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia (13,44%). Wykonawca wskazał, iż wykona samodzielnie instalację centralnego ogrzewania i maszynownię pomp ciepła, do których wykonania przyjął zaangażowanie 3-osobowej brygady przez okres 5 miesięcy i ilości 2800 roboczogodzin. Wykonawca wskazał na średnie wynagrodzenie osób, które mają być zaangażowane w realizację zamówienia, które na podstawie umowy o pracę wyniesie około 3500 zł brutto pracownika technicznego oraz

montera instalacji. Do wyjaśnień załączył wyciągi z umów o pracę, oferty podwykonawców w zakresie branży elektrycznej i fotowoltaiki oraz dolnego źródła ciepła (wskazani w formularzu ofertowym). W odniesieniu do pozostałych kosztów odniósł się do kosztów ubezpieczenia, rezerwy budżetowej, zysku, kosztów dojazdu personelu, co przedstawił również w szczegółowej kalkulacji ceny oferty. Pozostałe dowody objęte zostały tajemnicą przedsiębiorstwa.

**Mając na uwadze powyższe odwołanie podlegało oddaleniu w całości.**

Oddalając odwołanie Izba miała na uwadze zakres zarzutów, które zasadniczo były wynikiem analizy wyjaśnień, jakie złożył Lebart w zakresie dotyczącym kalkulacji kosztów pracowniczych i pozostałych. Odwołujący wskazując w szczególności na niespójność szczegółowej kalkulacji ceny z założeniami opisanym w samych wyjaśnieniach (ilość roboczogodzin oraz wysokość wynagrodzenia, które nie pozwalały potwierdzić kwoty wskazanej w szczegółowej kalkulacji), wywodził wniosek o braku możliwości przyjęcia, iż oferta została skalkulowana poprawnie i uwzględnia wszystkie koszty, jakie ponosić będzie pracodawca, w szczególności dotyczące składek, jakie zobowiązany jest odprowadzić ponad wysokość wynagrodzenia należnego pracownikom. Dodatkowe argumenty stanowiły pochodną założenia, iż wszystkie elementy świadczenia generujące koszty po stronie Wykonawcy powinny być omówione w wyjaśnieniach i wykazane dowodami, celem skutecznego obalenia domniemania rażąco niskiej ceny. Odwołujący nie mając dostępu do pełnej treści wyjaśnień (załączonych dowodów) wnosił o sprawdzenie przez Izbę, czy uwzględniają one elementy świadczenia, takie jak napełnienie glikolem i zbiornik na glikol, baterie kondensatorów, zapasowe kształtki. Przedstawił również dowody mające wskazywać na poziom cen elementów świadczenia, jakie są możliwe do pozyskania na rynku przez Odwołującego, w tym kosztów mediów.

Na wstępie należy poczynić zastrzeżenie, iż wyjaśnienia składane przez wykonawców w zakresie dotyczącym ceny, mogły w odmienny sposób prezentować założenia przyjęte indywidualnie przy kalkulacji kosztów. Zamawiający w wezwaniu nie wskazał bowiem konkretnych elementów świadczenia, które mogłyby wpływać na kalkulację ceny/kosztu, co stanowiłoby wspólny dla porównania kalkulacji element. Miało to wpływ na zakres informacji, jakie składali wykonawcy w wyjaśnieniach, co nie mogło jeszcze przesądzać o ich ocenie.

Odwołujący nie przedstawił dowodów, dla wykazania, iż kwoty wskazane w zestawieniu – szczegółowej kalkulacji ceny były niewiarygodne. Załączone do pisma uzupełniającego odwołanie dowody prezentowały oferty z rynku oraz koszty, jakie ponosi Odwołujący. Miały one wyłącznie charakter poglądowy. Nie są to natomiast dowody, które mogłyby podważać

kalkulację Wykonawcy opartą na odmiennych źródłach dostępu do materiałów, czy też uzyskanych ofertach podwykonawców części prac. Nie można również wnioskować z braku pełnego opisu zakresu oferty podwykonawcy, iż kalkulacja ceny nie jest pełna. Należy również zauważyć, iż wyjaśnienia w zakresie ceny miały zasadniczo dotyczyć elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, a nie zakresu świadczenia i ustalenia jego szczegółów. Jeden z elementów, które Odwołujący wskazał, jako istotny pod względem kosztów, tj. glikol został wprost wskazany w ofercie podwykonawcy. Wśród pozostałych czynników kosztowych zasadniczym elementem, na jakim skupił się Odwołujący była wysokość wynagrodzenia.

Zasadniczo wnioski, jakie formułował Odwołujący wobec kalkulacji prezentowanej w wyjaśnieniach Lebart wynikały z przyjęcia, iż wszystkie elementy świadczenia generujące koszty powinny być omówione w wyjaśnieniach i wykazane dowodami celem obalenia domniemania rażąco niskiej ceny. Takie podejście nie miało podstaw, gdyż w wezwaniu Zamawiający pozostawił wykonawcom swobodę w ustaleniu tych elementów, które miały decydować o niższym poziomie ceny, niż prezentowane było to w innych ofertach oraz w szacunku Zamawiającego.

Tym samym Izba uznała, iż Wykonawca mógł przyjąć odmiennie, niż uczynił to Odwołujący założenia kalkulacyjne, co jeszcze nie mogło przesądzać o braku rzetelności kalkulacji. Wykonawca w wyjaśnieniach wskazał założenia dotyczące kosztów pracowniczych w zakresie ilości roboczogodzin, czasu w jakim prace miałyby być wykonane oraz wysokości wynagrodzenia, co było pochodną założenia, iż prace powinny być wykonane w okresie ok. 5 miesięcy.

Analiza pozycji 25 szczegółowej kalkulacji prowadziła do pewnych niespójności, które Odwołujący prezentował w odniesieniu do stawki minimalnej wynagrodzenia, jednak nie było to wystarczające dla uznania, iż cena jest rażąco niska. Przyjmując metodologię liczenia kosztów pracodawcy, jaką prezentował Odwołującego dla trzech pracowników technicznych, niedoszacowanie miałyby wynieść ok. 5.000,00 zł. Różnica wynikające z odmiennego sposobu liczenia kosztu trzech pracowników nie była tak istotna, aby cena całkowita uznana została za rażąco niską, a to z tej przyczyny, iż znajdowała pokrycie w przyjętym poziomie zysku. Dalsze wyliczenia Odwołującego prezentowane w odniesieniu do średniego poziomu wynagrodzeń również nie miały waloru przesądzającego o ocenie wyjaśnień. Po pierwsze z załączonych do wyjaśnień dowodów wynika, iż ten poziom jest niższy niż wskazał to w przybliżeniu Wykonawca w wyjaśnieniach. Ponadto, dla uznania ceny za rażąco niską znaczenie miało ustalenie wysokości kosztów liczonych dla minimalnego poziomu wynagrodzeń, co zostało powyżej omówione.

Wykonawca w wyjaśnieniach nie odnosił się do kosztu, jaki będzie udziałem pracy dwóch kierowników, co wyjaśniał dopiero na rozprawie w związku z argumentami Odwołującego. Przyjęcie średniego poziomu wynagrodzeń, co miały prezentować dowody przedłożone przez Odwołującego, nie musiały mieć odniesienia do rzeczywistego kosztu tego Wykonawcy, gdyż kierownik budowy jest jednocześnie członkiem zarządu, co pozwala przyjąć, iż koszt udziału jego pracy został uwzględniony w innych pozycjach nie związanych z zatrudnieniem pracowników. Podobny wniosek można odnieść do drugiego kierownika, którego udział jest związany z pracami zlecanymi podwykonawcy.

Stwierdzone nieścisłości w wyjaśnieniach tylko w przypadku gdyby miały istotny wpływ na kalkulację ceny lub wysokość kosztów, co należy odnieść do ogólnej ceny brutto, która w tym zamówieniu ma charakter ryczałtowy, mogły uzasadniać tezę, iż wyjaśnienia były niedostateczne i nie obalały domniemania rażąco niskiej ceny.

Odwołujący chociaż szczegółowo analizował wyjaśnienia i przedstawił dowody pozyskane z rynku nie wykazał istnienia takiej okoliczności, która mogła uzasadniać przyjęcie, iż Wykonawca nie uwzględnił w kalkulacji kosztów elementu, który miałyby czynić cenę nierealną, tj. taką, która nie pozwala uznać, iż możliwe będzie zrealizowanie świadczenia bez straty dla Wykonawcy. Prezentowane wyliczenie kosztów, jakie Wykonawca przyjął dla ceny ryczałtowej stanowiło wynik indywidualnej analizy, dla której podważenia należałoby przedstawić obiektywnie zmieniające kalkulację czynniki cenotwórcze.

W świetle powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie przepisów § 8 ust. 2 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. poz. 2437). Izba zaliczyła do kosztów postępowania wpis wniesiony przez Odwołującego w wysokości 10.000,00 zł. oraz koszty Zamawiającego poniesione w związku z wynagrodzeniem pełnomocnika w wysokości wskazanej w rachunku przedłożonym przed zamknięciem rozprawy i obciążyła nimi Odwołującego.

**Przewodniczący: .....**