

**WYROK**

**z dnia 30 listopada 2015 roku**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Justyna Tomkowska**

**Protokolant: Paweł Puchalski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 listopada 2015 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 listopada 2015 roku przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Instalacji Sanitarnych „INSBUD” Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Rudziniec z siedzibą w Rudzińcu**

przy udziale wykonawcy **P.U.S.H. "Pro-Aqua" A.M.M. J. Sp. j. w Staszowie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża **Odwołującego Przedsiębiorstwo Instalacji Sanitarnych „INSBUD” Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie** i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Przedsiębiorstwo Instalacji Sanitarnych „INSBUD” Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie** tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.2. zasądza od **Odwołującego Przedsiębiorstwa Instalacji Sanitarnych „INSBUD” Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie** na rzecz **Gminy Rudziniec z siedzibą**

**w Rudzińcu** kwotę **3 792 zł 20 gr** (słownie: trzy tysiące siedemset dziewięćdziesiąt dwa złote dwadzieścia groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu zastępstwa prawnego i dojazdu na posiedzenie Krajowej Izby Odwoławczej

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Gliwicach**.

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

W dniu 17 listopada 2015 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie art. 179 ust. 1 w zw. z art. 180 ust. 2 pkt 4) ustawy Prawa zamówień publicznych odwołanie złożył wykonawca - Przedsiębiorstwo Instalacji Sanitarnych "INSBUD" Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie (dalej jako „Odwołujący”). Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzi Zamawiający: Gmina Rudziniec. Określenie przedmiotu zamówienia: Budowa kanalizacji sanitarnej dla miejscowości Rudziniec – Etap II. Numer ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych: 2015-133775, z dnia 10 października 2015 roku.

Odwołanie złożono od czynności Zamawiającego niezgodnego z prawem odrzucenia oferty Odwołującego i wyboru jako najkorzystniejszej oferty spółki P.U.S.H. Pro - Aqua A.M.M. J. sp.j. z siedzibą w Staszowie. Czynności te są niezgodne z:

- art. 7 ust. 1, 2 i 3 w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty, która była najkorzystniejsza według kryteriów ustalonych przez Zamawiającego, prowadzenie postępowania przez Zamawiającego w sposób pozbawiony obiektywizmu i bezstronności - zamawiający prowadził postępowanie wyjaśniające dotyczące rażąco niskiej ceny, w taki sposób, aby narzucić Wykonawcy rażąco niską cenę, a nie pozwolić mu wykazać, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska. Wykonawca na wszystkie pytania odpowiadał w taki sposób, w jaki Zamawiający stawiał pytanie, natomiast Zamawiający wyciągnął z tych odpowiedzi wnioski, których przy logicznej ocenie wyjaśnień nie sposób wyprowadzić;
- art. 89 ust. 1 pkt. 4 w zw. z art. 90 ust. 1 pkt. 1 i 90 ust. 3 ustawy Pzp poprzez stwierdzenie, że oferta wykonawcy zawiera rażąco niską cenę, a wyjaśnienia Wykonawcy potwierdziły, że zaoferowana cena jest rażąco niska, w sytuacji, gdy Zamawiający na żadnym etapie postępowania wyjaśniającego nie domagał się od wykonawcy wyjaśnień odnośnie rażąco niskiej ceny, a informacje i wyjaśnienia, które Wykonawca przedstawił na żądanie Zamawiającego wykazywały że cena ofertowa jest skalkulowana w oparciu o rzeczywiste koszty wykonania zadania i nie ma zagrożenia dla prawidłowego wykonania zadania oraz że cena nie jest rażąco niska, a Wykonawca przy kalkulacji ceny ofertowej uwzględnił koszty pracy na poziomie ustalonym przepisami o minimalnym wynagrodzeniu;
- odrzucenie oferty z powodu rażąco niskiej ceny, w sytuacji, gdy cena wykonawcy nie jest rażąco niską ceną;
- art. 36 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp poprzez nieokreślenie w SIWZ warunku, że Wykonawcy mają obowiązek kalkulacji ceny ofertowej z uwzględnieniem kosztów pracy,

których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz.U. Nr 200, poz. 1679, z 2004 r. Nr 240, poz. 2407 oraz z 2005 r. Nr 157, poz. 1314),

Mając na uwadze powyższe Odwołujący wnosił o unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz nakazanie Zamawiającemu wybór oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Wykonawca wskazał, że ma interes w wniesieniu odwołania, z uwagi na fakt, iż w przypadku, gdyby Zamawiający postąpił zgodnie z przepisami prawa i przeprowadził rzetelnie postępowanie wyjaśniające odnośnie rażąco niskiej ceny, uwzględnił w SIWZ obowiązek kalkulacji przez Wykonawcy ceny ofertowej z uwzględnieniem kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz.U. Nr 200, poz. 1679, z 2004 r. Nr 240, poz. 2407 oraz z 2005 r. Nr 157, poz. 1314), uwzględnił udzielone wyjaśnienia przez wykonawcę, nie dokonał by odrzucenia oferty Wykonawcy jako złożonej z rażąco niską ceną, a dokonałby wyboru Wykonawcy jako, że jego oferta była najkorzystniejsza w postępowaniu.

W uzasadnieniu odwołania podniesiono, że Wykonawca złożył ofertę w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Rudziniec na zadanie: „Budowa kanalizacji sanitarnej w miejscowości Rud imec - Etap II”. Wykonawca za wykonanie przedmiotu zamówienia zaoferował cenę ryczałtową w wysokości 1 918 805,55 złotych. W postępowaniu obowiązywała cena ryczałtowa obliczona na rachunku ekonomicznym wykonawcy. Zamawiający określił w SIWZ, że podany przez niego przedmiar robót ma charakter przykładowy. Zamawiający nie domagał się kosztorysu szczegółowego ani kalkulacji uproszczonej.

Dnia 12 listopada 2015 roku Odwołująca się spółka otrzymała pismo zawiadamiające wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty. Zamawiający dokonał wyboru oferty spółki P.U.S.H. Pro - Aqua A.M.M. J. sp.j. z siedzibą w Staszowie z ceną ofertową 2 324 700, 00 złotych i gwarancją udzieloną na 60 miesięcy.

Oferta Odwołującego została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w zw. z art. 91 ust 3 w zw. art. 91 ust. 1 pkt 1 Pzp. Zamawiający stwierdził, że zgodnie z wskazanym przepisem Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera ona rażąco niską oraz jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że cena zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,

W pierwszej kolejności wskazano, że Zamawiający na żadnym etapie badania i oceny ofert nie zwrócił się do Wykonawcy, aby ten wyjaśnił czy zaoferowana cena nie jest rażąco

niska, nie wskazał w piśmie co budzi jego wątpliwości w zakresie złożonej ceny. Zamawiający zwrócił się do Wykonawcy o podanie składników cenotwórczych zaoferowanej ceny oraz z zapytaniem czy jego kalkulacja ceny uwzględnia koszty pracy na poziomie wyższym niż wynikającym z ustawy o minimalnym wynagrodzeniu za pracę. W odpowiedzi na zapytanie Zamawiającego Wykonawca potwierdził, że przy kalkulacji ceny uwzględnił koszty pracy w wymiarze wyższym niż wynikającym z ustawy o minimalnym wynagrodzeniu i że stawka roboczogodziny wynosi 8 złotych netto (wypłacana do rąk pracownika), a kalkulacja ceny uwzględnia również koszty obciążeń publicznoprawnych i innych świadczeń wynikających z przepisów bhp jak np., odzieży roboczej. W ocenie Wykonawcy udzielił on wszystkich wyjaśnień, jakich domagał się Zamawiający. Gdyby Zamawiający zwrócił się do Wykonawcy z zapytaniem czy w przypadku uwzględnienia wymagania Ustawy PZP dotyczącego kalkulacji kosztów pracy na poziomie minimalnego wynagrodzenia Wykonawca potwierdza wykonanie zamówienia za zaoferowaną cenę Wykonawca udzieliłby Zamawiającemu stosownych wyjaśnień wykazujących, że zaoferowana cena jest ceną, za którą może wykonać zamówienie osiągając odpowiedni, założony zysk. Zamawiający jednak na żadnym etapie postępowania nie był zainteresowany wyjaśnieniami Wykonawcy odnośnie kalkulacji ceny w kontekście rażąco niskiej ceny.

W postępowaniu obowiązującą formą wynagrodzenia było wynagrodzenie ryczałtowe, co potwierdzają zapisy SIWZ w rozdziale dotyczącym sposobu obliczenia ceny. Zamawiający zastrzegł w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, że:

- a) obliczona przez wykonawcę ryczałtowa cena oferty powinna zawierać wszelkie koszty bezpośrednie i pośrednie jakie wykonawca uważa za niezbędne do poniesienia dla terminowego i prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia, zysk wykonawcy oraz wszelkie wymagane przepisami podatki i opłaty, a w szczególności VAT, Wykonawca winien uwzględnić przy określeniu ceny wszystkie posiadane informacje o przedmiocie zamówienia, a szczególnie informacje, wymagania i warunki podane w niniejszej specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
- b) cenę oferty należy obliczyć na podstawie dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót oraz warunków realizacji przedmiotu zamówienia,
- c) wykonawca obliczy cenę w oparciu o własną, opartą na rachunku ekonomicznym kalkulację ceny. Przedmiar robót należy traktować jako element pomocniczy.

Zamawiający w zapisach SIWZ dotyczących sposobu obliczenia ceny nie wskazał, że kalkulacja ceny ofertowej powinna uwzględniać koszty pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za prace ustalonego na podstawie art.2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002r. o minimalnym wynagrodzeniu za prace (Dz.U. nr 200, doz. 1679, z późn. zmianami). Zamawiający na etapie postępowania przetargowego nie wymagał załączenia do oferty ani kosztorysu szczegółowego ani

uproszczonego. Ryczałtowy charakter wynagrodzenia potwierdzają również zapisy rozdziału 21 umowy. W tym stanie rzeczy kalkulacja ceny ofertowej mogła nastąpić według uznania Wykonawcy, w tym również w oparciu o własne normatywy, wypracowane w trakcie 26 letniego doświadczenia firmy w branży kanalizacji sanitarnej. Należy wskazać, iż koszty pracy wymagające uwzględnienia minimalnego wynagrodzenia za pracę mogą odnosić się wyłącznie do kosztów pracy odnoszących się do wynagrodzenia za świadczenie pracy na podstawie umowy o pracę. Nawet po nowelizacji Ustawy Prawo zamówień publicznych w zakresie art. 90 ust. 1 zamawiający nie ma prawa wymusić na wykonawcy wykonywania przedmiotu zamówienia za pomocą pracowników etatowych, z wyłączeniem sytuacji, gdy w SIWZ zostanie przewidziane przez Zamawiającego jako kryterium oceny oferty wskaźnik zatrudnienia. W pozostałych przypadkach Wykonawca ma prawo posilkować się podwykonawcami, w stosunku do których nie ma obowiązku ustalenia wynagrodzenia z uwzględnieniem regulacji dotyczących minimalnego wynagrodzenia. W pierwszej kolejności należy wskazać, iż wykonawca nie ma instrumentów, aby wymusić na podwykonawcy kalkulowania w swojej ofercie wynagrodzenia z uwzględnieniem kosztów pracy powyżej minimalnego wynagrodzenia, po drugie w przeważającej części przypadków podwykonawcy rozliczają się za jednostkę miary roboty np., metr bieżący i w takiej sytuacji nie ma odniesienia w zakresie do kosztów robocizny, nie mówiąc już o kosztach pracy.

Należy stwierdzić, iż stawka roboczogodziny wskazana przez Wykonawcę w kosztorysie szczegółowym będzie prawidłowa tylko wtedy, gdy zostały przyjęte prawidłowe normy czasochłonności. Z doświadczenia wykonawcy wynika, iż prace wskazane w kosztorysie są wykonywane znacznie szybciej niż z przyjętych norm czasu pracy wynikających z nakładów rzeczowych co oznacza, że pracownik w rzeczywistości otrzyma znacznie większą stawkę za godzinę pracy niż została skalkulowana w kosztorysie szczegółowym przedstawionym Zamawiającemu. W ocenie Wykonawcy jest to wartość dwukrotnie wyższa. Należy wskazać w tym miejscu, że kosztorys szczegółowy przy wynagrodzeniu ryczałtowym jest narzędziem służącym wykonawcy i domeną wykonawcy jest, w jaki sposób określi w nim składniki cenotwórcze. Wykonawca skalkulował w kosztorysie robociznę według nakładów rzeczowych według ilości godzin potrzebnych na wykonanie danej pracy, choć z jego wiedzy liczba ta powinna być o połowę mniejsza, co wówczas czyni kalkulację roboczogodziny na poziomie 16 złotych netto na godzinę.

Wykonawca wskazuje, iż obowiązującą formą wynagrodzenia wykonawcy było wynagrodzenie ryczałtowe. Utrwalone rozumienie wynagrodzenia ryczałtowego oznacza, że jest to wartość ryczałtowa, której sposób obliczenia pozostaje domeną wykonawcy i brak jest odniesień do poszczególnych czynników cenotwórczych czy cen jednostkowych. W sytuacji, gdy Zamawiający domagał się ceny ryczałtowej i nie wymagał kosztorysu ofertowego, w zakresie ceny ryczałtowej odniesienie w zakresie rażąco niskiej ceny wymaga odniesienia

do możliwości wykonania zamówienia w zakresie całej ceny, a nie poszczególnych składników.

Z uzasadnienia projektu zmiany ustawy Prawo zamówień publicznych w zakresie art. 90 ust. 1 (Druk 1653) wynika, iż obowiązek kalkulacji kosztów pracy z uwzględnieniem płacy minimalnej ma na celu ochronę wykonawców, którzy zatrudniają pracowników na podstawie umowy o pracę i są zmuszeni kalkulować pełne koszty pracy, łącznie z obciążeniami publicznoprawnymi. Dlatego też Zamawiający przed odrzuceniem oferty Wykonawcy powinien zwrócić się z pytaniem, czy zaoferowana cena nie jest rażąco niska biorąc pod uwagę obowiązek kalkulacji kosztów pracy w wysokości nie niższej od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę. Zupełnie aktualne w tym przedmiocie pozostaje stanowisko wyroku Zespołu Arbitrów z dnia 14 marca 2006 roku (sygn. akt UZP/ZO/O 686/06) *„Pojęcie „cena ryczałtowa” odnosi się do sytuacji, gdy wykonawca oferuje całość dzieła za określoną, sztywną cenę bez względu na sposób wyceny poszczególnych elementów zadania”*. Należy wobec tego przyjąć, wobec braku wymagania Zamawiającego do przedłożenia kosztorysu na etapie składania ofert, złożona na etapie wyjaśnień nie miała charakteru wiążącego. Zamawiający jednak nie przyjął wyjaśnień Wykonawcy, który w piśmie z dnia 10 listopada 2015 roku wyjaśnił, iż podtrzymuje możliwość wykonania zamówienia przy przyjęciu, że wysokość stawka roboczogodziny wynosi: netto 8 złotych plus narzuty, które wynikają z bezwzględnie obowiązujących przepisów prawa oraz że cena uwzględnia inne składniki kosztów pracy np. koszty odzieży ochronnej. Nie jest prawdą, że Wykonawca nie odniósł się do kwestii obowiązkowych narzutów, gdyż wskazał, że jego cena uwzględnia również wskazane narzuty, a te od kwoty 8 złotych netto określają przepisy prawa i są niezmiennie. W takiej sytuacji nie mamy do czynienia z rażąco niską ceną, przez którą należy rozumieć cenę, za którą nie jest możliwe wykonanie zamówienia lub która nie pokrywa wszystkich kosztów wykonania zamówienia.

Wykonawca wskazał, że przepisy Ustawy Prawo zamówień publicznych nie przewidują możliwości odrzucenia oferty tylko z tej przyczyny, że kalkulacja danych składników (elementów oferty) jest zaniżona (np. kosztów pracy). Odrzucenie oferty może nastąpić w sytuacji uznania przez zamawiającego, że łączna cena oferty jest rażąco niska. W toku badania ofert Zamawiający ani razu nie zwrócił się do Wykonawcy o wyjaśnienia czy zaoferowana cena (nie jej poszczególne składniki) nie jest rażąco niska. Zamawiający pytał się Wykonawcy o składniki kalkulacyjne ceny ofertowej, na które Wykonawca za każdym razem udzielał odpowiedzi, natomiast poza obszarem zainteresowania Zamawiającego było to, czy dane składniki ceny ofertowej mają wpływ na możliwość wykonania zadania w ramach zaoferowanej ceny. Wykonawca wskazuje, że jego cena nie jest rażąco niska i przyjęta kalkulacja robocizny uwzględnia wszelkie koszty oraz wynagrodzenie wyższe od

minimalnego wynagrodzenia za prace ustalonego na podstawie art.2 ust, 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002r, o minimalnym wynagrodzeniu za prace (Dz.U. nr 200. poz.1679, z późn. zmianami). Wykonawca jest w stanie zapewnić sprzęt i materiał i osiągnąć zakładany zysk. Zaoferowana cena nie jest ceną rażąco niską i nie grozi nieprawidłowym wykonaniem zamówienia, jak również nie jest tak, że oferta zawiera zaniżone koszty niektórych elementów. Cena, którą zaoferował wykonawca nie jest ceną, która nie uwzględnia rzeczywistych kosztów wytworzenia i nie została złożona, aby uniemożliwić innym wykonawcom dostęp do zamówienia. Spółka od 1990 roku funkcjonuje na rynku usług z branży zajmującej się budową kanalizacji sanitarnej. W chwili obecnej zatrudnia 90 pracowników na podstawie umowy o pracę, w zakresie niektórych robót posługuje się firmami podwykonawczymi, zawsze sprawdzonymi w zakresie wieloletniej współpracy. Spółka jest w stanie zaoferować korzystną cenę z uwagi na wypracowaną oszczędną technologię wykonywania robót, upusty cenowe na materiałach z racji składanych dużych zamówień w ramach dużego przerobu. Spółka posiada własną bazę sprzętową. Zamawiający w SIWZ wskazał, że kalkulacja ceny ma być oparta na rachunku ekonomicznym Wykonawcy, a przedmiary Zamawiającego nie są wiążące. Z tych względów za prawidłowe należy uznać stanowisko Wykonawcy, który na bazie własnego doświadczenia (25 lat) nie uwzględnił czasochłonności pracy podanej przez Zamawiającego, jednak Zamawiający nigdy nie pytał się Wykonawcy o sposób obliczenia ceny i w jaki sposób została obliczona.

Mając na uwadze powyższe Odwołujący wnoszą jak we wstępie .

**Na podstawie zebranego materiału dowodowego, tj. treści SIWZ, ofert złożonych w postępowaniu, dokumentów złożonych w wyniku wezwań Zamawiającego, wyjaśnień złożonych przez Wykonawców, materiałów złożonych na rozprawie i włączonych w poczet materiału dowodowego, stanowisk i oświadczeń Stron i Uczestnika postępowania zaprezentowanych pisemnie i w toku rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:**

Ustalono, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, Izba skierowała odwołanie na rozprawę.

Ustalono dalej, że wykonawca wnoszący odwołanie posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Nieprawidłowe dokonanie czynności badania i oceny, w tym odrzucenie oferty Odwołującego i dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty Przystępującego, potencjalne stwierdzenie naruszenia w tym zakresie przepisów ustawy Pzp



pozbawia Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia i podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz wykonywania zamówienia. Wypełnione zostały zatem materialnoprawne przesłanki do rozpoznania odwołania, wynikające z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Do postępowania odwoławczego przystąpienie po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca P.U.S.H. "Pro-Aqua" A.M.M. J. Sp. j. z siedzibą w Staszowie. Przystąpienie uznano za skuteczne.

Zamawiający i Przystępujący złożyli pisemne stanowiska, w których wnosili o oddalenie odwołania w całości.

### **Na podstawie dokumentacji postępowania Izba ustaliła, że:**

W dniu 14 października 2015 roku Zamawiający wezwał Odwołującego w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. W ramach wyjaśnień należało złożyć szczegółowy kosztorys. Do kosztorysu miało być załączone zestawie czynników cenotwórczych zawierające w szczególności dane: stawka roboczogodziny (w przypadku, gdy stawki są różne dla poszczególnych części kosztorysu, należy je wyspecyfikować), procentowy wskaźnik narzutów kosztów pośrednich, kosztów zakupu i zysku, zestawienie materiałów i sprzętu.

Odwołujący w wyznaczonym terminie przekazał szczegółowy kosztorys z zestawieniem czynników cenotwórczych. Z dokumentu wynikało, że wykonawca przyjął stawkę roboczogodziny w wysokości 8,00 zł.

9 listopada 2015 roku Zamawiający ponownie wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących ceny oferty. W wezwaniu zaznaczono, że jak wynika z kalkulacji, stawka roboczogodziny wynosi 8,00 zł, a po doliczeniu kosztów pośrednich w wysokości 5,5% wynosi 8,44 zł. Zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający oceniając ofertę, czy zawiera ona niską cenę, musi wziąć pod uwagę, że wartość kosztów pracy przyjętych do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie ustawy o minimalnym wynagrodzeniu za pracę. Przyjęta przez wykonawcę stawka wraz z narzutami jest niższa niż stawka wynikająca z minimalnego wynagrodzenia. W związku z powyższym Odwołujący był zobowiązany złożyć wyjaśnienia dotyczące stawki roboczogodziny przyjętej do kalkulacji ceny. Wyjaśnienia miały uwzględniać koszty wynagrodzenia wypłacane pracownikom, koszty obciążeń wynikające z konieczności odprowadzania stawek na ubezpieczenie społeczne oraz koszty wynikające z zapewnienia

pracownikom odpowiednich warunków wynikających z przepisów bhp, w tym dotyczących zapewnienia odzieży ochronnej.

W odpowiedzi wykonawca wyjaśnił, że kalkulacja ceny ofertowej uwzględnia wartość kosztów pracy w kwotach przewyższających minimalne wynagrodzenie ustalone na podstawie odrębnych przepisów. Potwierdzono możliwość wykonania zamówienia przy przyjętej kalkulacji kosztów wynagrodzenia. Oświadczone, że cena uwzględnia wynagrodzenie wypłacane pracownikom, koszty obciążeń wynikających z konieczności odprowadzania składki ZUS oraz koszty wynikające z konieczności zapewnienia przez pracodawcę przepisów BHP, w tym odzieży ochronnej. Podana stawka 8,00 zł jest wartością odpowiadającą wynagrodzeniu bez podatku i obowiązkowego obciążenia ZUS (wypłacane do rąk pracownika). Wykonawca zaznaczył, że wybór metody kalkulacji stawki koszty robocizny zależy od uznania przedsiębiorcy oraz posiadanych informacji dotyczących charakteru składników, które powinien przyjąć do kalkulacji kosztów. Wykonawca prowadzi działalność gospodarczą w zakresie prac instalacyjnych (kanalizacja sanitarna) od 1990 roku utrzymując przeciętne zatrudnienie na poziomie 90 pracowników. Nigdy nie było w historii spółki, aby wynagrodzenie jakiegokolwiek pracownika nie zostało zaspokojone w całości, czy w części, nie było też takiej sytuacji, aby wypłata wynagrodzeń następowała nieterminowo. Dotyczy to również zobowiązań publicznoprawnych z tytułu PIT od pracowników czy ZUS. Firma posiada ugruntowaną politykę zatrudnienia, posiada też pełną wiedzę dotyczącą wysokości i charakteru ewentualnych składników kosztów pracy (dotyczy to płac uzupełniających, odpisów na zakładowy fundusz świadczeń socjalnych – w spółce brak, płac dodatkowych i uzupełniających) i z tych względów podana w kosztorysie ofertowym wartość kosztów pracy nie jest ani przeszacowana, ani nie jest niedoszacowana i jest wyższa od wartości obowiązującej płacy minimalnej. Podkreślono, że wykonawca w ofercie następujące części zadania zamierza powierzyć podwykonawcom: roboty sieciowe, roboty inżynierskie, roboty elektryczne, roboty drogowe i brukarskie, roboty towarzyszące. Takie rozwiązanie pozwala na skalkulowanie stawki roboczogodziny na poziomie 8 zł netto, gdyż na podstawie zawartych umów z podwykonawcami rozliczenie następuje obmiarowo za wykonanie prac (cena za metr wykonanej roboty). Ponadto wskazano, że umowa o pracę nie jest jedyną dopuszczalną i przewidywaną przez wykonawcę podstawą wykonywania pracy przy realizacji zamówienia. Jednocześnie podkreślono, że Zamawiający w SIWZ nie wymagał, aby zamówienie wykonywane było wyłącznie przez personel zatrudniony na umowę o pracę. Dodatkowo, brak jest w przepisach ustawy Pzp przepisu pozwalającego odrzucić ofertę wykonawcy w przypadku, gdy kalkulacja kosztów pracy wykazuje, że koszty pracy są niższe niż wynikające z przepisów o minimalnym wynagrodzeniu.

Zamawiający przesyłając wykonawcom zawiadomienie o wyborze poinformował o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4, art. 90 ust. 1 pkt 1 i ust. 3 ustawy Pzp, ponieważ oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, co potwierdza dokonana ocena wyjaśnień wykonawcy wraz z dostarczonymi dowodami.

W uzasadnieniu podniesiono, że wykonawca zaoferował za realizację zamówienia cenę w wysokości 1 986 043,28 zł. Cena ta była niższa o ponad 30% zarówno od wartości zamówienia, jak i średniej arytmetycznej złożonych ofert. W związku z powyższym wykonawca został wezwany do złożenia wyjaśnień. Z wyjaśnień wynika, że wykonawca przyjął do kalkulacji ceny stawkę wynoszącą 8,00 zł, a po doliczeniu kosztów pośrednich w wysokości 5,5% wynosi 8,44 zł. W związku z tym wykonawca został wezwany do złożenia wyjaśnień dotyczących stawki roboczogodziny przyjętej do kalkulacji ceny. Zamawiający przytoczył treść złożonych wyjaśnień i jednocześnie stwierdził, że wykonawca nie przedstawił w jaki sposób skalkulował koszty obciążeń wynikających z konieczności odprowadzania składek na ubezpieczenie społeczne oraz koszty wynikające z zapewnienia pracownikom odpowiednich warunków wynikających z przepisów BHP. Zgodnie z art. 90 ust. 2 ustawy Pzp, to na wykonawcy ciąży obowiązek udowodnienia, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Zamawiający oceniając, czy oferta taką cenę zawiera musi wziąć pod uwagę, że wartość kosztów pracy przyjęta do ustalenia ceny bez względu na sposób zatrudnienia nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalanego na podstawie odrębnych przepisów. Dokonana ocena wyjaśnień wskazuje, że wykonawca skalkulował koszty pracy na poziomie niższym od minimalnego wynagrodzenia i nie wyjaśnił w sposób wiarygodny i wyczerpujący okoliczności uzasadniających zastosowanie kosztów pracy poniżej minimalnego wynagrodzenia za pracę. Co więcej z wyjaśnień wynika, że w zakresie podwykonawstwa Wykonawca nie zbadał, czy wynagrodzenie pracowników podwykonawcy nie będzie niższe od minimalnego wynagrodzenia za pracę.

**Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:**

Odwołanie nie mogło zostać uwzględnione.

Z uwag natury ogólnej zauważyć należy, iż zgodnie z art. 89 ust.1 pkt 4 ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, która zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Możliwość zastosowania przywołanego przepisu poprzedzona być musi wyczerpaniem przez Zamawiającego procedury wyjaśniającej cenę, którą reguluje art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Ze stanowiska doktryny oraz orzecznictwa wynika, że procedura

wyjaśniająca nie może być pominięta (tak wyrok ETS z 22 czerwca 1989 r., sygn. C-103/88). Jeżeli wyjaśnienia nie zostaną złożone lub z ich treści wynika, że mamy do czynienia z rażąco niską ceną, ofertę należy odrzucić na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.

Automatyczne przyjmowanie, wyłącznie na podstawie kryterium arytmetycznego, że cena poniżej pewnego poziomu jest ceną rażąco niską, jest niedopuszczalne. Ocena, czy zaferowana cena jest niewiarygodna, dokonywana jest w świetle złożonych przez wykonawcę wyjaśnień, gdy w okolicznościach sprawy zachodziły podstawy do wszczęcia takiej procedury wyjaśniającej.

Samo pojęcie rażąco niskiej ceny w ustawie Pzp nie jest zdefiniowane. Przyjmuje się za orzecznictwem europejskim, orzecznictwem sądów okręgowych, KIO oraz doktryną, iż za cenę rażąco niską uważana jest cena nierealistyczna, niewiarygodna w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień i innych ofert (tak np. wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 28 kwietnia 2008 r., sygn. akt XIX Ga 128/08). W wyroku z dnia 28 marca 2013 roku KIO przyjęła, że o cenie rażąco niskiej można mówić, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę za podaną cenę byłoby nieopłacalne (sygn. akt KIO 592/13). O zjawisku rażąco niskiej ceny będziemy mówili, kiedy cena w stosunku do przedmiotu zamówienia będzie ceną odbiegającą od jego wartości, a różnica ta nie będzie uzasadniona obiektywnymi względami pozwalającymi wykonawcy bez strat i finansowania wykonania zamówienia z innych źródeł niż wynagrodzenie umowne, to zamówienie wykonać (tak KIO w wyroku z dnia 4 sierpnia 2011 r., sygn. akt KIO 1562/11).

Z kolei art. 90 ust. 1 ustawy Pzp regulujący instytucję wyjaśnień ma na celu ustalenie, czy oferta zawiera rażąco niską cenę. Zamawiający korzystając z tej regulacji, w sytuacji, kiedy cena oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami, w szczególności kiedy cena jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej wszystkich cen złożonych w postępowaniu, zwraca się do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Zamawiający, oceniając wyjaśnienia, bierze pod uwagę obiektywne czynniki, w szczególności oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonania zamówienia dostępne dla wykonawcy, oryginalność projektu wykonawcy, koszty pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wpływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów. Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zamawiający powinien pozyskać jednoznaczne wyjaśnienia od

wykonawcy i dopiero w wyniku oceny tych wyjaśnień podjąć dalsze decyzje, w tym o wyborze oferty (wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 8.04.2009 r., sygn. Akt XII Ca 59/09).

Wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień ma obowiązek podać Zamawiającemu okoliczności uzasadniające obniżenie ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia lub też innych czynników, do których odnosi się wezwanie Zamawiającego. Niewątpliwie przy ocenie wyjaśnień uwzględnić należy treść samego wezwania wystosowanego przez Zamawiającego. Zauważyć jednak należy, iż wezwanie to nie musi być szczegółowo rozpisane. Zamawiający oceniając czy może mieć do czynienia z rażąco niską ceną, niejednokrotnie, formułując wezwanie, nie jest przecież w stanie przewidzieć, jakie okoliczności lub czynniki mogą wpływać na wysokość ceny oferty. Fakt wystosowania wezwania o charakterze ogólnego, jako otwartego pytania, nie zwalnia wykonawcy z obowiązku szczegółowego przedstawienia składowych ceny i opisanie czynników, które o wysokości tej ceny zadecydowały. W przedmiotowej sprawie, w ocenie składu orzekającego Izby szczegółowość wezwań była wystarczająca. W każdym z wezwań Zamawiający określił podstawę prawną, z którą związane jest wystosowanie wezwania. Wykonawca wiedział więc (a przynajmniej jako profesjonalista, powinien był wiedzieć), że wątpliwości Zamawiającego związane są z możliwością wystąpienia ceny rażąco niskiej. Pierwsze z wezwań związane było z obowiązkiem złożenia kosztorysu szczegółowego i w ocenie Izby nie mogło być bardziej rozbudowane, ponieważ Zamawiający nie znał w danym momencie założeń wyceny oferty przez Wykonawcę. Drugie z wezwań było bardzo szczegółowe, po analizie otrzymanego kosztorysu Zamawiający precyzyjnie określił jakie składniki wyceny budzą jego wątpliwości i do jakich elementów cenotwórczych wykonawca winien się odnieść.

Zamawiający, gdy otrzyma odpowiedź na swoje wezwanie kierowane do wykonawcy w trybie art. 90 ust. 1 Pzp, powinien poddać ją bardzo wnikliwej analizie. Przede wszystkim w pierwszej kolejności powinien ustalić czy taką odpowiedź można w ogóle uznać za wyjaśnienia składane przez wykonawcę w trybie art. 90 ust. 1 Pzp. Nie każde bowiem pismo składane w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego może być uznane za takie wyjaśnienia. Prawidłowo złożone wyjaśnienia muszą spełniać wymagania określone w art. 90 ust. 1 Pzp i pozwalać Zamawiającemu na dokonanie oceny w takim zakresie jak wynika to z art. 90 ust. 2 Pzp. Nie jest zatem wystarczające nazwanie pisma „wyjaśnieniami” czy powołanie się w jego treści na art. 90 ust. 1 Pzp. Dla uzasadnienia takiego twierdzenia można przywołać orzeczenie KIO z dnia 12 października 2009 r. (sygn. akt: KIO/UZP 1415/09) oraz orzeczenie KIO z dnia 17 marca 2009 r. (sygn. akt: KIO/UZP 262/09).

W konsekwencji wyjaśnienia wykonawcy składane w trybie art. 90 ust. 1 Pzp Zamawiający powinien badać nie tylko poprzez zsumowanie podanych w nim kwot (o ile

takowe w ogóle są podane), ale i poprzez realność poczynionych założeń co do czasochłonności pracy, co do rzeczywistości i zgodności z prawem stawek wynagrodzenia oraz do realnego kosztu czynności do zrealizowania celem osiągnięcia przedmiotu zamówienia.

W przedmiotowym postępowaniu stwierdzić należy, że Odwołujący w odpowiedzi na pierwsze wezwanie Zamawiającego przedstawił jedynie kosztorys szczegółowy, nie załączył do tego dokumentu żadnych dodatkowych materiałów, wyjaśnień własnych, z których wynikałoby dlaczego cena jego oferty odbiega od innych i jakie przyjęte założenia uzasadniają takie oszczędności. W wyjaśnieniach złożonych na drugie wezwanie Zamawiającego, Odwołujący przedstawił dość szczegółowe stwierdzenia, ale były to jedynie własne deklaracje (oświadczenia wykonawcy), nie poparte żadnymi dowodami. Zastrzec od razu należy, że do wyjaśnień nie muszą być złożone „materialne” dowody, czy też jakiegokolwiek wyliczenia ale w przypadku, jeśli wyjaśnienia wykonawcy nie wskazują na indywidualne, dostępne wyłącznie tylko temu wykonawcy uwarunkowania, uzasadniające wysokość zaoferowanej ceny, należy uznać, że wyjaśnienia spełniające wymagania przepisów ustawy Pzp, w ogóle nie zostały złożone. Wykonawca bowiem w udzielanych wyjaśnieniach powinien udowodnić Zamawiającemu, że jego cena ofertowa jest realna, wiarygodna, tzn. że z tytułu realizacji zamówienia i pozyskanego za nie wynagrodzenia, przy zachowaniu należytej staranności nie będzie ponosił strat. W ocenie składu orzekającego Izby okoliczności takich w swoich wyjaśnieniach wykonawca Odwołujący nie przedstawił.

Choć złożone wyjaśnienia dotyczą kosztów tego konkretnego postępowania, nie odnoszą szczegółowo się do wielu czynników kosztotwórczych, które powinny być uwzględnione w prawidłowo sporządzonej kalkulacji. Odwołujący w wyjaśnieniach nie przedstawił żadnej argumentacji dlaczego przyjęte przez niego założenia uznać należałoby za prawidłowe. Odwołujący, w złożonych wyjaśnieniach nie oszacował w żaden sposób pracochłonności, która pozwoliłaby stwierdzić, że przyjęte przez niego założenia co do możliwości wykonania określonych prac przez określoną liczbę pracowników przy przyjętych nakładach rzeczowych są uzasadnione. Wykonawca dopiero na rozprawie złożył inne dokumenty, w tym kolejną kalkulację, która potwierdzać miała prawidłowość wykonanej przez niego wyceny. Moment złożenia materiału dowodowego, z punktu oceny, czy w postępowaniu mamy do czynienia z rażąco niską ceną oferty, należy uznać za spóźniony. W postępowaniu odwoławczym Izba ocenia jedynie prawidłowość działań Zamawiającego. Ten podmiot zaś oceniał złożone wyjaśnienia bez żadnych materiałów dodatkowych pochodzących od wykonawcy. Skoro zaś Odwołujący był w stanie złożyć materiały te na rozprawie przed Izbą (a w większości są to materiały związane z bieżącą działalnością wykonawcy, których uzyskanie nie rodziło większych trudności), to mógł to uczynić

wcześniej, składając wyjaśnienia Zamawiającemu. Materiały te nie mogły zatem stanowić dowodu, że cena oferty Odwołującego nie jest rażąco niska.

W złożonych wyjaśnieniach znajdują się jedynie twierdzenia wykonawcy, że potwierdza on możliwość wykonania zamówienia przy przyjętej kalkulacji kosztów wynagrodzenia i że cena uwzględnia koszty obciążeń ponoszonych przy wypłacie tego wynagrodzenia. Nie wskazano w jakich elementach oferty koszty te zostały ujęte, w jakiej wysokości i czy rzeczywiście wysokość ta odpowiada najniższemu wynagrodzeniu za pracę, a przede wszystkim, że przewidziana stawka uzasadnia wysokość ceny oferty. Zdaniem Izby nie były potrzebne jakiegokolwiek wytyczne Zamawiającego, że wykonawca powinien takie informacje przedstawić. To wykonawca jest odpowiedzialny za formalny i materialny sposób przedstawienia wyjaśnień. Zamawiający w wezwaniu zwrócił uwagę, że zastanawiająca jest stawka roboczogodziny w odniesieniu do najniższego wynagrodzenia za pracę. Jeżeli zaś zdaniem Wykonawcy kalkulacja była prawidłowa, to należało wskazać jej elementy, które tę tezę potwierdzają.

Odwołujący podkreślał, że jest doświadczonym podmiotem w branży, z wieloletnim doświadczeniem i ma ugruntowaną politykę zatrudniania. Izba nie wątpi w zapewnienia i doświadczenie wykonawcy, jednakże w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, nie sprostął on obowiązkowi złożenia wyczerpujących wyjaśnień. Odwołujący wskazywał na korzystanie z podwykonawców, z którymi przyjął inny sposób rozliczania niż stawka roboczogodziny (obmiar za wykonane prace). Nie istniało nic prostszego niż złożenie przykładowej umowy z takim podwykonawcą, która potwierdziłaby oświadczenie wykonawcy. Izba zwraca uwagę, że część wyjaśnień, w punktach gdzie odnoszą się one do informacji wrażliwych dla przedsiębiorcy, może być przecież objęta klauzulą tajemnicy przedsiębiorstwa.

Zamawiający nie kwestionował również możliwości wykonywania pracy tylko przy uwzględnieniu umów o pracę. Izba zgadza się z twierdzeniami Odwołującego, że umowa o pracę nie jest jedyną dopuszczalną przez prawo podstawą wykonywania określonych obowiązków, jednakże jeżeli właśnie określona polityka kadrowa była przyczyną niższej ceny wykonawcy, to taki element należało odpowiednio wykazać i przedstawić w wartościach liczbowych. Na marginesie Izba zauważa, iż nie można w tej części zgodzić się z twierdzeniami Zamawiającego, że wykonawca powinien badać w jaki sposób obowiązek uwzględnienia wynagrodzenia na poziomie co najmniej najniższego wynagrodzenia, realizują jego podwykonawcy. W ocenie Izby takie badanie może być dalece utrudnione i niezasadne, w sytuacji gdy art. 90 ust. 1 ustawy Pzp odnosi się do obowiązków wykonawcy, a nie dalszych uczestników procesu budowlanego.

Odwołujący na rozprawie podnosił również, że przyjęte w przedmiarze robót nakłady rzeczowe były zawyżone i przedstawił na rozprawie nową kalkulację, w której zweryfikował

owe nakłady, przy zachowaniu tych samych podstaw kosztorysowych. Izba przypomina, że zgodnie z zapisami SIWZ w tym postępowaniu, przedmiary robót miały charakter pomocniczy, a jeżeli wykonawcy uważali, że nakłady rzeczowe nie odpowiadają rzeczywistej pracy do wykonania, to kalkulacja mogła już uwzględniać ten element przy składaniu wyjaśnień Zamawiającemu.

Izba nie podziela także stanowiska Odwołującego, że podstawą odrzucenia oferty, z uwagi na przyjęty przy umowie sposób rozliczania (ryczałt z niewielkim elementem kosztorysu), nie może być kalkulacja kosztów pracy, jako że jest to tylko jeden z elementów mających wpływ na wysokość ceny. Izba wielokrotnie w swoim orzecznictwie zwracała uwagę (także przy stosowaniu wynagrodzenia o charakterze ryczałtowym), że każde z postępowań o udzielenie zamówienia publicznego posiada pewną specyfikę i tę specyfikę należy ocenić. Może zdarzyć się, że o cenie rażąco niskiej zdecyduje tylko jeden z elementów oferty. Co więcej, obecne brzmienie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, które odnosi się do konieczności uwzględnienia w kalkulacji kosztów wynagrodzenia równających się najniższemu wynagrodzeniu za pracę określone na podstawie odrębnych przepisów, w ocenie składu orzekającego Izby, może być takim samodzielnym elementem, który zadecyduje o zaniżeniu ceny oferty, jeżeli wykonawca nie wykaże, że jego kalkulacja opiera się na prawidłowych założeniach.

W ocenie Izby złożone wyjaśnienia nie miały charakteru kompleksowego i rzeczowego. Odwołujący nie udowodnił Zamawiającemu, że zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia. Jednocześnie zauważyć należy, że Odwołujący, zgodnie z obowiązującymi przepisami, nie sprostął ciężarowi dowodowemu. Na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, argumentacja Odwołującego nie była poparta konkretnymi faktami. Zdaniem składu orzekającego Izby złożone Zamawiającemu wyjaśnienia nie były na tyle szczegółowe i wyczerpujące, aby można je było ocenić w inny sposób niż uczynił to Zamawiający. Za nieuzasadnione należy uznać zarzuty Odwołującego, że Zamawiający nie domagał się od wykonawcy wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Z punktu widzenia skierowania przez Zamawiającego dwóch wezwań w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp do Odwołującego, zarzut ten staje się całkowicie niezrozumiały.

Zdaniem składu orzekającego Odwołujący nie pokazał w jakim stopniu wymienione przez niego w wyjaśnieniach czynniki pozwoliły mu na obniżenie ceny. Z tych powodów właśnie, w ocenie Izby, Zamawiający w sposób prawidłowy ocenił złożone wyjaśnienia jako niewystarczające. Izba stwierdza, że Zamawiający należycie dokonał oceny wyjaśnień



przyjmując, że wezwany Wykonawca nie wykazał, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

Odwołujący zarzucił także naruszenie art. 36 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp przez brak ukształtowania w SIWZ wymagania, aby wykonawcy mieli obowiązek kalkulacji ceny ofertowej z uwzględnieniem kosztów pracy nie niższych niż dla minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie odrębnych przepisów. Jak słusznie zauważył w piśmie procesowym Przystępujący, zarzut ten przede wszystkim należałoby uznać za spóźniony, ponieważ zapisy SIWZ kwestionowane mogą być w określonych przez przepisy ustawy Pzp terminach liczonych od udostępnienia SIWZ lub ogłoszenia o zamówieniu. Niezależnie od powyższego, Izba nie podziela stanowiska Odwołującego, że zapisy SIWZ muszą zawierać jakieś szczegółowe uregulowania zagadnienia kalkulacji ceny oferty przy uwzględnieniu najniższego wynagrodzenia. Z treści art. 90 ust. 1 ustawy Pzp ten obowiązek został nałożony na każdego wykonawcę, bez względu na to jakie zapisy znalazły się w SIWZ.

Mając na uwadze powyższe ustalenia i stanowisko składu orzekającego, Izba nie dopatrzyła się naruszenia przepisów wymienionych przez Odwołującego w petitum odwołania i orzekła jak w sentencji. Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie, a czynności lub zaniechania Zamawiającego nie miały i nie mogły mieć wpływu na wynik postępowania. Zamawiający nie naruszył zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego określonych w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, tj. zasady równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 pkt 1) oraz ust. 4 w zw. z § 3 pkt 2) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

**Przewodniczący:**