

WYROK
z dnia 10 lutego 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 lutego 2021 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 stycznia 2021 r. przez wykonawcę

RAF-MAR Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Lutczy

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego

Gminę Dukla

orzeka:

uwzględnia odwołanie i nakazuje Gminie Dukla: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności odrzucenia oferty wykonawcy RAF-MAR Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym wezwanie wykonawcy RAF-MAR Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością do wyjaśnienia treści oferty zgodnie z wymaganiami art. 90 ustawy Prawo zamówień publicznych,

kosztami postępowania obciąża Gminę Dukla i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez RAF-MAR Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Gminy Dukla na rzecz RAF-MAR Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością kwotę 13 600 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 ze zm.) w związku z art. 92 ust. 2 ustawy z dnia

11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz. U.

z 2019 r. poz. 2020) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:.....

Sygn. akt: KIO 209/21

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Dukla prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „przebudowę skweru zielonego przy ul. Trakt Węgierski w Dukli” na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 z późn. zm.), w trybie przetargu nieograniczonego. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone

9 grudnia 2020 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 764135. Wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

II Stanowisko Odwołującego

Odwołujący – RAF-MAR Sp. z o.o. wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 1 oraz art. 90 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych poprzez ich nieprawidłowe zastosowanie oraz odrzucenie oferty Odwołującego ze względu na to, że w opinii Zamawiającego wysokość stawki za roboczogodzinę, którą zaoferował Odwołujący, jest niezgodna z treścią rozporządzenia Rady Ministrów z dnia

10 września 2019 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2020 r., podczas gdy przywołane podstawy faktyczne i prawne odrzucenia oferty Odwołującego są błędne, oferta Odwołującego jest zgodna z ustawą Prawo zamówień publicznych, zaś zaoferowana stawka została ustalona zgodnie z przepisami powszechnie obowiązującego prawa, w tym zgodnie z rozporządzeniem w sprawie stawki minimalnej,

2. art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz przejrzystości, w szczególności w związku z odrzuceniem oferty Odwołującego w oparciu o błędne podstawy faktyczne i prawne oraz zaniechaniem jej wyboru jako najkorzystniejszej w postępowaniu, podczas gdy oferta Odwołującego nie powinna zostać odrzucona oraz jest ofertą najkorzystniejszą w postępowaniu,

3. art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez brak podania pełnego i poprawnego uzasadnienia faktycznego przyczyn odrzucenia oferty Odwołującego, podczas gdy Zamawiający zobowiązany był do ich wskazania, oraz jako zarzuty ewentualne:

4. art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez brak wezwania do złożenia wyjaśnień treści oferty w zakresie stawki za roboczogodzinę zaoferowanej przez Odwołującego, podczas gdy, jeżeli Zamawiający miał jakiegokolwiek wątpliwości co do prawidłowości tej stawki (w szczególności co do tego czy jest to stawka netto czy brutto), to zobowiązany był do ich wyjaśnienia,

5. art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez brak wezwania do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny w zakresie stawki za roboczogodzinę zaoferowanej przez Odwołującego, podczas gdy w sytuacji, w której Zamawiający podejrzewał, że zaoferowana stawka jest rażąco niska, zobowiązany był wezwać Odwołującego do jej wyjaśnienia.

Odwołujący wniósł o:

1. rozpatrzenie odwołania i uwzględnienie go w całości oraz nakazanie Zamawiającemu:

a) unieważnienia czynności badania i oceny ofert, w tym czynności odrzucenia oferty Odwołującego,

b) dokonania ponownego badania i oceny ofert,

c) dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu,

ewentualnie, w przypadku nieuwzględnienia powyższych żądań:

d) wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie treści oferty lub w zakresie ceny dotyczących stawki za

roboczogodzinę.

2. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów na okoliczności wskazane w treści odwołania,

3. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, że zgodnie z postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia i wzoru umowy, wynagrodzenie za realizację przedmiotu zamówienia ma charakter ryczałtowy.

Zgodnie z załącznikiem nr 1 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia – formularz oferty wykonawcy zobowiązani byli do złożenia w tym formularzu oświadczenia woli o następującej treści: „1. Oferuje/my/ wykonanie przedmiotu zamówienia za: 1) cena brutto: ... PLN (słownie złotych: ... / 100), 2) ... % VAT – ... zł, 3) cena netto: ... PLN (słownie złotych: ... / 100),

4) w tym: a) przebudowa skweru: ... zł brutto, b) wykonanie instalacji sanitarnych: ... zł brutto, c) wykonanie instalacji elektrycznych: ... zł brutto.

2. Okres gwarancji na roboty budowlane wynosi: ... miesięcy.

3. Stawka roboczogodziny wynosi: ... zł/h.”

Zamawiający ustanowił dwa kryteria oceny ofert, tj. cenę (60%) oraz okres gwarancji na roboty budowlane (40%).

Termin składania ofert został wyznaczony na 5 stycznia 2021 r. W terminie tym oferty złożyło trzech wykonawców z cenami: Odwołujący – 401.055,37 złotych brutto, GOR-BUD s.c. – 429.282,72 złotych brutto, Usługi Wysokościowe K2 D. M. – 406 943,36 złotych brutto.

Po złożeniu ofert Zamawiający nie wzywał Odwołującego do wyjaśnienia treści jego oferty

w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych ani do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, lecz odrzucił ofertę Odwołującego i poinformował, że za najkorzystniejszą została uznana oferta złożona przez wykonawcę Usługi Wysokościowe K2, D. M.

Zamawiający przedstawił następujące uzasadnienie odrzucenia oferty Odwołującego: „Złożona oferta jest niezgodna z ustawą – Prawo zamówień publicznych, gdyż wskazana

w ofercie stawka godzinowa, której wartość przyjęto do ustalenia ceny jest niższa od minimalnej stawki godzinowej, ustalonej na podstawie Rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 10 września 2019 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2021 r. Minimalna stawka godzinowa obowiązująca od 1 stycznia 2021 r. wynosi 18,30 zł.”

Odwołujący nie zgodził się z odrzuceniem jego oferty ze względów podanych przez Zamawiającego.

Zamawiający jako podstawę odrzucenia oferty wskazał art. 89 ust. 1 pkt 1 oraz art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Już sama podstawa faktyczna i prawna odrzucenia oferty Odwołującego budzi sprzeciw, bo art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych dotyczy procedury wyjaśniania rażąco niskiej ceny i nie może stanowić podstawy odrzucenia oferty. Wskazanie art. 90 ust. 1 jest tym bardziej niezrozumiałe, że w stosunku do Odwołującego Zamawiający nie przeprowadził procedury wyjaśniania rażąco niskiej ceny, zaś przytoczona druga podstawa prawna, tj. art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, także nie dotyczy rażąco niskiej ceny, lecz niezgodności oferty z ustawą.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jest niezgodna z ustawą. Tymczasem w uzasadnieniu odrzucenia oferty Zamawiający powołał się na art. 89 ust. 1 pkt 1 i niezgodność oferty Odwołującego nie

z ustawą, lecz z rozporządzeniem w sprawie stawki minimalnej, które to rozporządzenie nie zostało wydane na podstawie ustawy Prawo zamówień publicznych i nie odnosi się do ustawy Prawo zamówień publicznych.

W orzecznictwie KIO oraz w doktrynie ugruntowany jest pogląd, iż art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych dotyczy niezgodności oferty z ustawą Prawo zamówień publicznych oraz aktami wykonawczymi do tej ustawy, a nie jakimikolwiek innymi ustawami. Tym samym nawet ewentualne zastosowanie przez wykonawcę wynagrodzenia niższego od przewidzianego w ustawie o minimalnym wynagrodzeniu za pracę, nie może stać się podstawą odrzucenia jego oferty w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający zatem nie mógł odrzucić oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych za niezgodność z rozporządzeniem w sprawie stawki minimalnej i już z tego powodu czynność odrzucenia oferty Odwołującego jest nieprawidłowa i powinna zostać unieważniona.

W uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego Zamawiający powołał też błędny akt prawny, wskazał bowiem na rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 10 września 2019 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2021 r., tymczasem prawidłowa nazwa to rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 10 września 2019 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2020 r., natomiast rozporządzenie to określało stawkę minimalną w roku 2020, która jest niższa niż stawka minimalna obowiązująca w roku 2021 r.

Odwołujący zakłada, że intencją Zamawiającego mogło być powołanie się na rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 15 września 2020 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2021 r., które zaczęło obowiązywać od 1 stycznia 2021 r. Zgodnie z § 2 tego rozporządzenia od dnia 1 stycznia 2021 r. minimalna stawka godzinowa wynosi 18,30 zł brutto, co po przeliczeniu daje ok. 13,40 zł netto.

Stanowisko Zamawiającego jakoby oferta Odwołującego była niezgodna z ww. rozporządzeniem w sprawie stawki minimalnej w 2021 r. musi zatem wynikać z błędnego przyjęcia, że stawka wskazana przez Odwołującego w formularzu ofertowym była stawką brutto, podczas gdy Odwołujący zaoferował stawkę 17 zł netto, co po przeliczeniu daje ok. 23 zł brutto, a więc więcej niż wynika to z rozporządzenia.

Z rozdziału XII ust. 1 specyfikacji istotnych warunków zamówienia wynika, że wykonawca określa cenę realizacji zamówienia poprzez wskazanie w formularzu ofertowym sporządzonym według wzoru stanowiącego załącznik nr 1 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia ceny ofertowej netto i brutto za realizację przedmiotu zamówienia. Natomiast w ust. 3 formularza ofertowego wykonawcy mieli wskazać stawkę za roboczogodzinę, przy czym ani formularz, ani specyfikacja istotnych warunków zamówienia nie wskazywały, że ma być to cena brutto. Obowiązek podania ceny netto i brutto dotyczył zatem wyłącznie ceny ofertowej, a nie stawki za roboczogodzinę. Odwołujący, zgodnie z wymogiem specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wskazał cenę ofertową netto oraz brutto, natomiast nie miał obowiązku rozróżniania ceny netto i brutto dla stawki za roboczogodzinę. Skoro przy wszystkich pozycjach cenowych, z wyjątkiem stawki za roboczogodzinę, Zamawiający wskazał wymóg podania ceny brutto, to logicznym wydaje się, że w ust. 3 formularza wykonawcy mieli wskazać wartość netto. *A contrario*, gdyby Zamawiający oczekiwał podania ceny brutto za roboczogodzinę, ujawniłby taki wymóg wprost w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w formularzu ofertowym lub we wzorze umowy stanowiącym załącznik nr 5 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia, tak jak to zrobił w przypadku pozostałych elementów cenowych.

Tym samym Zamawiający błędnie ocenił stawkę Odwołującego za roboczogodzinę jako niezgodną z rozporządzeniem w sprawie stawki minimalnej w 2021 r., bowiem stawka 17 zł netto za godzinę zaproponowana przez Odwołującego jest o około 4 zł wyższa niż minimalna stawka godzinowa netto określona w tym rozporządzeniu. Nadto wynagrodzenie wskazane

w ofercie i wzorze umowy ma charakter ryczałtowy. Zamawiający wskazuje na to wprost w ust. 5 rozdziału XII specyfikacji istotnych warunków zamówienia: „umowa ryczałtowa.” Należy zatem uznać, że wysokość stawki za roboczogodzinę nie ma żadnego wpływu dla ustalenia wynagrodzenia Odwołującego.

W systemie prawa zamówień publicznych ugruntowała się zasada, zgodnie z którą zapisy

w specyfikacji istotnych warunków zamówienia muszą mieć charakter precyzyjny

i jednoznaczny, a wszelkie wątpliwości powstałe na tym tle muszą być rozstrzygane na korzyść wykonawcy, a wykonawcy nie mogą ponosić negatywnych konsekwencji w związku

z niezastosowaniem się do niejasnych wymagań, a wszelkie wątpliwości interpretacyjne w tym zakresie winny być rozstrzygane na korzyść wykonawców. Nie wolno więc odrzucić oferty wykonawcy z powodu nieprawidłowego wyliczenia ceny, jeżeli fakt ten był spowodowany wyłącznie winą zamawiającego, który tak przygotował specyfikację istotnych warunków zamówienia, że zawarty w nim sposób obliczenia ceny zawiera błędy. Biorąc pod uwagę, że rozbieżność interpretacji ust. 3 formularza ofertowego w zakresie stawki godzinowej wynika wyłącznie z faktu, że Zamawiający nie wskazał w dokumentacji przetargowej, czy oczekuje podania wartości netto czy brutto, wątpliwość tę należy interpretować na korzyść Odwołującego.

Istotne znaczenie ma również fakt, że stawka za roboczogodzinę, choć ujęta w formularzu oferty, nie stanowi jej istotnego elementu. Można nawet zaryzykować tezę, że w ogóle nie stanowi ona elementu oferty, bowiem w żaden sposób nie kreuje ona zobowiązania wykonawcy. Skoro wynagrodzenie należne wykonawcy i zakres prac są z góry określone, wynagrodzenie ma charakter ryczałtowy, a Zamawiający nie przewiduje realizacji dodatkowych prac lub prawa opcji, które byłyby rozliczane kosztorysowo na podstawie stawki za roboczogodzinę, to podanie tej stawki jest w istocie pozbawione znaczenia i ma wymiar wyłącznie informacyjny.

Zamawiający w ogóle nie odniósł się do całkowitej ceny oferty, lecz do stawki za roboczogodzinę, której minimalna wysokość i tak określana jest przepisami powszechnie obowiązującego prawa i jest niezależna od woli wykonawcy.

Zamawiający pomija również fakt, iż rozporządzenie w sprawie stawki minimalnej, na które powołuje się w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego, dotyczy wynagrodzenia wypłacanego wyłącznie osobom fizycznym, natomiast Odwołujący prowadzi działalność w formie spółki. Zamawiający

w specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie wskazał, że stawka za roboczogodzinę podana w pkt 3 formularza oferty ma dotyczyć osób fizycznych zatrudnionych u wykonawcy. Należy zatem przyjąć, że ta pozycja formularza oferty określa stawkę za roboczogodzinę

w ramach rozliczeń Odwołującego z Zamawiającym, a nie Odwołującego z jego pracownikami.

Tym samym zaoferowana przez Odwołującego stawka za roboczogodzinę 17 zł netto (ok. 23 zł brutto) jest wyższa niż wynika to z rozporządzenia w sprawie stawki minimalnej (tj. 13,40 zł netto i 18,30 zł brutto), a samo rozporządzenie to nie znajduje zastosowania do punktu 3. formularza oferty, a zatem Odwołujący teoretycznie mógłby podać tam nawet niższą stawkę niż wynika to z treści tego rozporządzenia.

Wobec powyższego sposób prowadzenia postępowania przez Zamawiającego narusza również inne zasady ustawy Prawo zamówień publicznych, w szczególności zasadę zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz przejrzystości – poczynwszy od nieprecyzyjnego sformułowania formularza ofertowego, którego negatywnymi skutkami Zamawiający próbuje obciążyć Odwołującego, poprzez lakoniczne, dwuzdaniowe uzasadnienie odrzucenia jego oferty, aż po wskazanie błędnych podstaw prawnych jej odrzucenia. Takie postępowanie nie tylko utrudnia Odwołującemu złożenie oferty w pełni zgodnej z oczekiwaniami Zamawiającego, ale również dochodzenia swoich praw za pomocą środków ochrony prawnej, bowiem to właśnie uzasadnienie decyzji o odrzuceniu oferty stanowi dla Odwołującego podstawę do wniesienia odwołania. Uzasadnienie przedstawione przez Zamawiającego *de facto* uniemożliwia Odwołującemu ustalenie prawdziwych podstaw faktycznych i prawnych dla odrzucenia jego oferty.

Uzasadnienie odrzucenia oferty Odwołującego zostało zawarte w trzech zdaniach, z czego niemal połowę stanowi tytuł rozporządzenia. Z pisma Zamawiającego wynika, że podstawę prawną odrzucenia oferty Odwołującego stanowi art. 89 ust. 1 pkt 1 oraz art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. W dalszej części Zamawiający zwraca uwagę, że wskazana w ofercie stawka godzinowa jest niższa od minimalnej stawki wskazanej w rozporządzeniu, bowiem ustawodawca określił ją na poziomie 18,30 zł. Uzasadnienie to należy zatem uznać za zbyt lakoniczne. Nadto jest ono błędne oraz wewnętrznie sprzeczne, gdyż art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych dotyczy procedury wyjaśniania rażąco niskiej ceny i w żadnym wypadku nie może stanowić podstawy odrzucenia oferty. Ponadto w stosunku do Odwołującego Zamawiający nie przeprowadził procedury wyjaśniania rażąco niskiej ceny, zaś przytoczona obok art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych podstawa prawna, tj. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych także nie dotyczy rażąco niskiej ceny. Konsekwencją takiego stanu rzeczy jest zaś to, że Odwołujący nie zna rzeczywistych powodów odrzucenia jego oferty.

Zgodnie z art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych Zamawiający ma obowiązek informować wykonawców o przyczynach odrzucenia oferty. Jak wynika

z jednolitego w tym zakresie orzecznictwa KIO, uzasadnienie faktyczne i prawne decyzji zamawiającego powinno wyczerpująco opisywać przyczyny stanowiące podstawę decyzji. Wykonawca musi mieć możliwość odniesienia się do argumentów przedstawionych

w uzasadnieniu w przypadku skorzystania ze środków ochrony prawnej. Uzasadnienie decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego przedstawione przez Zamawiającego nie spełnia wymagań, jakie stawia ustawa Prawo zamówień publicznych. Jest bardzo enigmatyczne, a wskazane podstawy prawne błędne i wewnętrznie sprzeczne.

Jeżeli Zamawiający miał wątpliwości, czy wartość wskazana przez Odwołującego w ust. 3 formularza ofertowego jest wartością netto czy brutto, zobowiązany był do wezwania Odwołującego do wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Z treści art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych wypływa nie tylko uprawnienie zamawiającego do wyjaśnienia treści złożonej oferty, lecz także zobowiązanie do takiego działania w celu rzetelnego przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Stanowisko takie znajduje szerokie poparcie w orzecznictwie, zgodnie z którym regulacja art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych powinna być rozpatrywana

w kategoriach kompetencji Zamawiającego, czyli prawa Zamawiającego do żądania wyjaśnień, jednakże połączonego z obowiązkiem zażądania tychże wyjaśnień celem wypełnienia obowiązku przeprowadzenia oceny ofert w sposób staranny i należyty. Zamawiający natomiast odrzucił ofertę Odwołującego z pominięciem wezwania do wyjaśnień, co, w

ocenie Odwołującego, stanowi rażąco naruszenie przepisów.

Z uwagi na fakt, że w uzasadnieniu decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego pojawił się również art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, można domniemywać, iż Zamawiający w stawce za roboczogodzinę dopatruje się rażąco niskiej ceny. Stąd też,

z ostrożności, Odwołujący wskazuje, że art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych nie ma zastosowania w kontekście stawki za roboczogodzinę, gdyż wynagrodzenie ma charakter ryczałtowy, stawka za roboczogodzinę nie służy w żaden sposób do jego obliczenia oraz nie jest punktowana w ramach przyjętych kryteriów oceny ofert. Nie jest tym samym istotnym składnikiem cenowym. Stąd, w okolicznościach niniejszej sprawy badaniu pod kątem rażąco niskiej ceny może podlegać jedynie całkowita cena oferty i ewentualnie wyodrębnione w formularzu ofertowym jej istotne elementy, takie jak przebudowa skweru, wykonanie instalacji sanitarnych oraz wykonanie instalacji elektrycznych.

Niemniej jednak gdyby uznać, że stawka za roboczogodzinę może podlegać badaniu pod kątem rażąco niskiej ceny, a w przypadku potwierdzenia, że jest ona rażąco niska – prowadzić do odrzucenia oferty – Zamawiający zobowiązany był wcześniej przeprowadzić takie badanie oraz wezwać Odwołującego do wyjaśnienia w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Z przepisu tego wynika bowiem wprost, iż jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu. W przypadku podejrzenia rażąco niskiej ceny, kosztu lub ich istotnej części składowej wykonawcy przysługuje szansa wyjaśnienia, jakie czynniki wpłynęły na podaną cenę lub koszt oferty, zanim zamawiający podejmie ewentualną decyzję o odrzuceniu jego oferty. Zamawiający nie może tego zrobić bez uprzedniego przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego. Zamawiający natomiast podał wśród podstaw prawnych odrzucenia art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, choć przepis ten dotyczy samej procedury wyjaśniania rażąco niskiej ceny, a nie odrzucenia oferty ze względu na rażąco niską cenę, z pominięciem wezwania Odwołującego do jakichkolwiek wyjaśnień. Oznacza to, że Zamawiający nie tylko powołał się na powyższy przepis bezzasadnie, ale również błędnie go zastosował.

Podczas rozprawy Odwołujący wyjaśnił, że wskazując na „cenę netto/brutto” miał na myśli podatek od towarów i usług oraz oświadczył, iż jest płatnikiem podatku od towarów i usług.

Odwołujący stwierdził też, iż zgodnie z przywołanym rozporządzeniem kwota 18,30 zł to stawka do umowy zlecenia, a nie umowy o pracę. Kwota minimalnego wynagrodzenia podzielona przez 168 godzin pracy miesięcznie daje wartość 16,66 zł brutto, przy czym w tym przypadku „kwota brutto” oznacza, iż jest to stawka uwzględniająca wszystkie koszty, np. ZUS.

III Stanowisko Zamawiającego

Ustosunkowując się do przedstawionych zarzutów Zamawiający wskazał, że w terminie składania ofert, który upłynął 5 stycznia 2021 r., złożone zostały trzy oferty: Odwołującego

z ceną 401.055,37 złotych brutto, GOR-BUD s.c. z ceną 429.282,72 złotych brutto, Usługi Wysokościowe K2 D. M. z ceną 406.943,36 złotych brutto, przy czym stawka roboczogodziny dla ofert wynosi odpowiednio: 17,00 zł, 19,00 zł i 18,30 zł. W związku

z powyższym oferta Odwołującego została odrzucona, gdyż od 1 stycznia 2021 roku stawka roboczogodziny wynosi 18,30 złotych, zgodnie z rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia

15 września 2020 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2021 r.

Zgodnie z wytycznymi kosztorysowania w skład ceny robocizny wchodzi następujące składniki kosztów pracy robotników zatrudnionych bezpośrednio przy wykonywaniu robót budowlanych: 1) płace zasadnicze według osobistego zaszerogowania, przyjmowane jako średnie ważone, 2) premie regulaminowe, 3) płace dodatkowe (np. za kierowanie brygadą, dodatki funkcyjne, stażowe itp.), 4) płace uzupełniające (np. wynagrodzenia za okres urlopu i inne płatne nieobecności w pracy, zasiłki chorobowe nierefundowane przez ZUS, odprawy emerytalne, nagrody jubileuszowe), 5) obowiązkowe obciążenia płac, np. z tytułu składek na rzecz ZUS, Fundusz Pracy, Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych, 6) odpisy na zakładowy fundusz świadczeń socjalnych, mieszkaniowy itp.

Zgodnie z rozdziałem III opisu przedmiotu zamówienia Zamawiający, stosownie do art. 29 ust. 3a ustawy Prawo zamówień publicznych, wymagał zatrudnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie umowy o pracę osób wykonujących czynności w zakresie realizacji zamówienia, których wykonanie zawiera cechy stosunku pracy, określone w art. 22 § 1 Kodeksu pracy. Zamawiający wymagał, aby czynności polegające na faktycznym wykonywaniu robót budowlanych związanych z wykonywaniem całego zamówienia, o ile nie są (będą) wykonywane przez daną osobę w ramach prowadzonej przez nią działalności gospodarczej, były wykonywane przez osoby zatrudnione przez wykonawcę, podwykonawcę na podstawie umowy o pracę w pełnym wymiarze czasu pracy. Rodzaj czynności (niezbędnych do wykonania zamówienia), co do których wykonania Zamawiający wymaga zatrudnienia na podstawie umowy o pracę przez wykonawcę lub podwykonawcę, osób wykonujących czynności w trakcie realizacji zamówienia: a) czynności pracownika budowlanego obejmującego cały zakres rzeczowy robót budowlanych opisanych w projekcie budowlano-wykonawczym, przedmiarze robót i Szczegółowej Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót. Zapis ten ma przeniesie do załącznika nr 5 – wzór umowy – § 6 ust. 26.

W roku 2021 minimalne wynagrodzenie osiągnęło kwotę 2.800,00 zł brutto, wraz ze wzrostem wynagrodzenia minimalnego wzrosła również minimalna stawka godzinowa, która od stycznia 2021 roku wynosi 18,30 zł brutto.

W rozdziale XI ust. 6 pkt 3 specyfikacji istotnych warunków zamówienia – opis sposobu przygotowywania ofert, Zamawiający żądał od wykonawców, aby kosztorys ofertowy sporządzony na podstawie przedmiaru robót zgodnie z rozporządzeniem Ministra Infrastruktury z dnia 18 maja 2004 r. w sprawie określenia metod i podstaw sporządzania kosztorysu inwestorskiego, obliczania planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno-użytkowym, wszelkie ingerencje w pozycje katalogowe norm kosztorysowych będą skutkować odrzuceniem oferty jako niezgodnej ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Stanowisko Zamawiającego znajduje oparcie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej m.in. w wyroku z dnia 1 września 2020 r., sygn. akt KIO 1763/20.

Zamawiający zobowiązany jest przestrzegać przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych w prowadzonych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, jak również działać zgodnie z literą prawa i przestrzegać pozostałych obowiązujących przepisów prawnych.

Wprowadzenie przez ustawodawcę minimalnej stawki godzinowej spowodowało wzrost oczekiwań płacowych pracowników w segmencie m.in. robót budowlanych, realizując postulat godziwego wynagrodzenia za wykonaną pracę. Pracownicy, nawet nieposiadający specjalistycznego przygotowania zawodowego, przestali być zainteresowani wykonywaniem pracy w tzw. szarej strefie i uzyskali możliwość zatrudnienia za minimalnym wynagrodzeniem/ lub minimalną stawką godzinową. Wysokość wynagrodzenia minimalnego wynagrodzenia dla pracowników za godzinę pracy mniejsza od określonej obowiązującymi przepisami powoduje, że inni wykonawcy stosujący się do tej regulacji byli w sytuacji krzywdzącej, bowiem chcąc dochować przepisów obowiązującego prawa podali aktualną wysokość wynagrodzenia minimalnego za godzinę pracy, co z kolei sprawiło, że oferta drugiego w rankingu ofert wykonawcy była o 5.887,99 zł wyższa od oferty wykonawcy stosującego obowiązujące prawo. Takie działanie sprawia, że dwie kolejne oferty nie są równoważne, bowiem nie biorą pod uwagę tych samych podstaw obliczenia ceny.

III Ustalenia Izby

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Izba ustaliła także, iż stan faktyczny postępowania w zakresie postawionych zarzutów odwołania nie jest sporny między Stronami. Został on opisany powyżej.

W odwołaniu Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 89 ust. 1 pkt 1 oraz art. 90 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych poprzez ich nieprawidłowe zastosowanie oraz odrzucenie oferty Odwołującego ze względu na to, że w opinii Zamawiającego wysokość stawki za roboczogodzinę, którą zaoferował Odwołujący, jest niezgodna z treścią rozporządzenia w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w roku 2020 (2021), podczas gdy przywołane podstawy faktyczne i prawne odrzucenia oferty Odwołującego są błędne, oferta Odwołującego jest zgodna z ustawą Prawo zamówień publicznych, zaś zaoferowana stawka została ustalona zgodnie z przepisami powszechnie obowiązującego prawa, w tym zgodnie z rozporządzeniem w sprawie stawki minimalnej,

2. art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz przejrzystości, w szczególności w związku z odrzuceniem oferty Odwołującego w oparciu o błędne podstawy faktyczne i prawne oraz zaniechaniem jej wyboru jako najkorzystniejszej w postępowaniu, podczas gdy oferta Odwołującego nie powinna zostać odrzucona oraz jest ofertą najkorzystniejszą w postępowaniu,

3. art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez brak podania pełnego i poprawnego uzasadnienia faktycznego przyczyn odrzucenia oferty Odwołującego, podczas gdy Zamawiający zobowiązany był do ich wskazania, oraz jako zarzuty ewentualne:

4. art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez brak wezwania do złożenia wyjaśnień treści oferty w zakresie stawki za roboczogodzinę zaoferowanej przez Odwołującego, podczas gdy, jeżeli Zamawiający miał jakiegokolwiek wątpliwości co do prawidłowości tej stawki (w szczególności co do tego czy jest to stawka netto czy brutto), to zobowiązany był do ich wyjaśnienia,

5. art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez brak wezwania do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny w zakresie stawki za roboczogodzinę zaoferowanej przez Odwołującego, podczas gdy w sytuacji, w której Zamawiający podejrzewał, że zaoferowana stawka jest rażąco niska, zobowiązany był wezwać Odwołującego do jej wyjaśnienia.

Przywołane przepisy stanowią:

Art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych: „Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.”

Art. 7 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych: „Zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.”

Art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych: „W toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.”

Art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych: „Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jest niezgodna z ustawą”.

Art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych: „Jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie

z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, w szczególności w zakresie:

1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, 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 2018 r.);

2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów;

3) wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;

4) wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska;

5) powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.”

Art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych: „Zamawiający informuje niezwłocznie wszystkich wykonawców o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, powodach odrzucenia oferty, a w przypadkach, o których mowa w art. 89 ust. 4 i 5, braku równoważności lub braku spełniania wymagań dotyczących wydajności lub funkcjonalności – podając uzasadnienie faktyczne i prawne.”

Po zapoznaniu się z przedmiotem sporu oraz argumentacją Stron, w oparciu o stan faktyczny ustalony na podstawie dokumentacji postępowania przetargowego przedstawionej przez Zamawiającego oraz stanowisk Stron przedstawionych w pismach procesowych i podczas rozprawy Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Jak wynika z pisma Zamawiającego z 11 stycznia 2021 r., odrzucił on ofertę Odwołującego powołując się na art. 89 ust. 1 pkt 1 oraz art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, w uzasadnieniu wskazując, że: „Złożona oferta jest

niezgodna z ustawą – Prawo zamówień publicznych, gdyż wskazana w ofercie stawka godzinowa, której wartość przyjęto do ustalenia ceny jest niższa od minimalnej stawki godzinowej, ustalonej na podstawie Rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 10 września 2019 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2021 r. Minimalna stawka godzinowa obowiązująca od 1 stycznia 2021 r. wynosi 18,30 zł.”

Pomimo przywołania w uzasadnieniu „rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 10 września 2019 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2021 r.” w opinii Izby należy przyjąć – co zrobił też Odwołujący – że Zamawiający odnosił się do rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 15 września 2020 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2021 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 1596). Rozporządzenie to wskazuje, że od dnia 1 stycznia 2021 r. ustala się minimalne wynagrodzenie za pracę w wysokości 2800 zł (§ 1) oraz minimalną stawkę godzinową w wysokości 18,30 zł (§ 2).

Tymczasem Odwołujący w formularzu oferty, w punkcie 3. wskazał, że „stawka roboczogodziny wynosi: 17,00 zł/h.”

W rozdziale III ust. 1 specyfikacji istotnych warunków zamówienia „Opis przedmiotu zamówienia” Zamawiający wskazał, że stosownie do art. 29 ust. 3a ustawy Prawo zamówień publicznych, wymaga zatrudnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie umowy o pracę osób wykonujących czynności w zakresie realizacji zamówienia, których wykonanie zawiera cechy stosunku pracy, określone w art. 22 § 1 Kodeksu pracy. Zamawiający wymaga, aby czynności polegające na faktycznym wykonywaniu robót budowlanych związanych z wykonywaniem całego zamówienia, o ile nie są (będą) wykonywane przez daną osobę w ramach prowadzonej przez nią działalności gospodarczej, były wykonywane przez osoby zatrudnione przez wykonawcę, podwykonawcę na podstawie umowy o pracę w pełnym wymiarze czasu pracy. Rodzaj czynności (niezbędnych do wykonania zamówienia), co do których wykonania Zamawiający wymaga zatrudnienia na podstawie umowy o pracę przez wykonawcę lub podwykonawcę, osób wykonujących czynności w trakcie realizacji zamówienia: a) czynności pracownika budowlanego obejmujące cały zakres rzeczowy robót budowlanych opisanych w projekcie budowlano-wykonawczym, przedmiarze robót i Szczegółowej Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót.

Termin składania ofert upłynął 5 stycznia 2021 r., zamówienie również ma być wykonywane

w 2021 r., zatem w chwili składania ofert wykonawcom znane były lub powinny być znane powyższe przepisy, będą też miały zastosowanie do wynagradzania pracowników wykonawcy.

Zamawiający, odrzucając ofertę, powołał się na art. 89 ust. 1 pkt 1 i art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Jak podniósł Odwołujący, z przyjętej interpretacji art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, stanowiącego, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jest niezgodna z ustawą, wynika, że określenie „ustawa” odnosi się do ustawy Prawo zamówień publicznych. Jest to stwierdzenie zgodne ze stanowiskiem orzecznictwa i przyjętą praktyką, jakkolwiek w niektórych przypadkach w praktyce zdarza się, że przepis ten rozciąga się na przepisy innych ustaw – jeśli oferta nie może być przyjęta ze względu na swoją sprzeczność

z przepisami, a jednocześnie nie zachodzi przesłanka nieważności oferty, o której mowa w art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Prawo zamówień publicznych, jak też nie ma możliwości zastosowania innego przepisu ustawy Prawo zamówień publicznych.

W niniejszej sprawie jednak taka okoliczność nie zachodzi.

Zamawiający bowiem powołał się w uzasadnieniu odrzucenia oferty na art. 89 ust. 1 pkt 1 i art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, lecz z całości jego stanowiska można wywnioskować, że rzeczywistą podstawą odrzucenia oferty jest stwierdzenie przez niego, że w związku ze wskazaną w ofercie stawką roboczogodziny 17 złotych uznał, że stawka ta nie pokrywa nawet kosztów wynagrodzenia pracowników, wskazanych w ww. rozporządzeniu, przez co cena oferty jest zbyt niska w stosunku do rzeczywistych kosztów, jakie powinny zostać w niej wycenione, tj. art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Należy jednak przyznać rację Odwołującemu, że, zgodnie z obowiązującą w zamówieniach publicznych procedurą, nie można odrzucić oferty wykonawcy bez przeprowadzenia procedury wyjaśniającej poziom ceny oferty opisanej w art. 90 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Z art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych wynika bowiem wprost, że jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się (zamawiającemu) rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów (tu np. wskazane przepisy ww. rozporządzenia), zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, w szczególności w zakresie:

1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, 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 2018 r.);

2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów;

3) wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;

4) wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska;

5) powierzonym wykonania części zamówienia podwykonawcy.

Użyte w przepisie określenie „zwraca się o udzielenie wyjaśnień” jest tzw. trybem pozornie opisowym, który faktycznie określa obowiązek zamawiającego. Bez powyższego wezwania do wyjaśnień i ich późniejszej oceny zamawiający nie może oferty odrzucić, nawet jeśli cena oferty nie tylko wydaje mu się rażąco niska i niegodna z przepisami, ale jest o tym przekonany już na podstawie samej oferty.

Na wymóg (obowiązek) wezwania w tym zakresie wskazuje także Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej w wyroku z 29 marca 2012 r. w sprawie C-599/10, w którym stwierdza, że „artykuł 55 dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi należy interpretować w ten sposób, że, wymaga on istnienia w ustawodawstwie krajowym przepisu (...) który przewiduje zasadniczo, że wówczas gdy kandydat proponuje cenę rażąco niską, instytucja zamawiająca kieruje do niego na piśmie żądanie udzielenia wyjaśnienia swej propozycji ceny. Do sądu krajowego należy dokonanie weryfikacji, czy w świetle całości dostępnych mu akt sprawy żądanie udzielenia wyjaśnienia pozwoliło danemu kandydatowi w wystarczającym stopniu wyjaśnić składowe elementy jego oferty. Artykuł 55 dyrektywy 2004/18 sprzeciwia się stanowisku instytucji zamawiającej, wedle którego nie ma ona obowiązku żądania od kandydata udzielenia wyjaśnienia rażąco niskiej ceny.” Powyższe ma zastosowanie także do stanu prawnego ustalonego dyrektywą Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającą dyrektywę 2004/18/WE.

Przepis art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych zresztą w punkcie 1. wyraźnie odnosi się do 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", do których odniósł się też Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty, jako obowiązkowego elementu wyjaśnień.

Tym samym, niezależnie od stwierdzenia, czy przekonanie Zamawiającego o nieprawidłowym obliczeniu ceny ze względu na wskazanie stawki roboczogodziny w wysokości 17 złotych jest uzasadnione, czy też nie, zobowiązany jest on zastosować procedurę wyjaśnień określoną w art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, dokonać oceny złożonych wyjaśnień, o której mowa w art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych i dopiero na tej podstawie podjąć decyzję o odrzuceniu lub nieodrzuconiu oferty Odwołującego. Zaniechanie tej procedury jest istotnym błędem proceduralnym, który nie może zostać zaakceptowany.

Co zaś do zastosowania w tym przypadku również art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, jest to już decyzją Zamawiającego, zależną od tego, o jaki zakres wyjaśnień się zwróci do Odwołującego, tj. czy będzie on dotyczył samego poziomu ceny (podejrzenia wystąpienia ceny rażąco niskiej) i nie będzie wykraczał poza zakres normowany art. 90 ustawy Prawo zamówień publicznych, czy też będzie szerszy. Wyjaśnienia, o których mowa w art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, są bowiem również wyjaśnieniami treści oferty, lecz wyspecjalizowanymi, tj. odnoszącymi się do poziomu ceny, natomiast art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych dotyczy całości treści oferty.

Co zaś do zarzutu naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, który nakłada na zamawiającego obowiązek informacyjny w zakresie wykonawców, których oferty zostały odrzucone i powodach odrzucenia ofert oraz konieczność podania uzasadnienia faktycznego i prawnego, Izba stwierdziła, że uzasadnienie rzeczywiście jest lakoniczne i zawiera wskazane przez Odwołującego błędy merytoryczne. Niemniej jednak oddaje intencje Zamawiającego i, pomimo postawionych zarzutów w tym zakresie, zostało przez Odwołującego zrozumiane. Czym innym bowiem jest fakt, że podstawy odrzucenia – faktyczne lub prawne – są nieprawidłowe lub dany wykonawca się z nimi nie zgadza, a czym innym brak jasności wskazania przez zamawiającego motywów jego działania.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557 i art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych oraz § 2 ust. 2 pkt 2, § 5, § 7 ust. 1 pkt 3 lit. a 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).

Zgodnie z dyspozycją art. 557 ustawy Prawo zamówień publicznych w wyroku oraz

w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego.

Zgodnie z art. 575 ustawy Prawo zamówień publicznych strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku.

Z § 2 ust. 1 pkt 2 ww. rozporządzenia wynika, że wysokość wpisu wnoszonego

w postępowaniu o udzielenie zamówienia na dostawy i usługi o wartości równej progom unijnym lub przekraczającej progi unijne, o których mowa w art. 3 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, wynosi 15.000 złotych.

Zgodnie z § 5 rozporządzenia do kosztów postępowania odwoławczego, zalicza się:

1) wpis, obejmujący:

a) wynagrodzenia, wydatki i opłaty Urzędu związane z organizacją i obsługą postępowań odwoławczych, archiwizacją dokumentów oraz szkoleniami członków Izby,

b) wynagrodzenie i zwrot wydatków poniesionych przez biegłych, jeżeli dowód z opinii biegłego został dopuszczony przez Izbę z urzędu, oraz tłumaczy, w przypadku, o którym mowa w ustawie,

c) koszty przeprowadzenia innych dowodów w postępowaniu odwoławczym niż dowód z opinii biegłego, dopuszczonych przez Izbę z urzędu;

2) uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego, a w okolicznościach, o których mowa odpowiednio w , oraz i pkt 4, koszty uczestnika postępowania odwoławczego, który przystąpił po stronie zamawiającego i wniósł sprzeciw, w wysokości określonej na podstawie rachunków lub spisu kosztów, złożonych do akt sprawy, obejmujące:

a) koszty związane z dojazdem na wyznaczone posiedzenie lub rozprawę,

b) wynagrodzenie i wydatki jednego pełnomocnika, jednak nieprzekraczające łącznie kwoty 3600 złotych,

c) wynagrodzenie biegłych oraz zwrot poniesionych przez nich wydatków, jeżeli dowód z opinii biegłego został dopuszczony przez Izbę na wniosek strony lub uczestnika postępowania odwoławczego,

d) inne uzasadnione wydatki, w tym koszty przeprowadzenia innych dowodów w postępowaniu odwoławczym niż dowód z opinii biegłego, dopuszczonych przez Izbę na wniosek strony lub uczestnika postępowania odwoławczego.

Z kolei § 7 ust. 1 pkt 1 ww. rozporządzenia stanowi, że w przypadku uwzględnienia odwołania przez Izbę w całości, koszty ponosi zamawiający; w takim przypadku Izba zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego równowartość kwoty wpisu oraz koszty, o których mowa w rozporządzenia.

W związku z powyższym Izba uwzględniła uiszczone przez Odwołującego wpis w wysokości 10.000 złotych oraz koszty wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego w wysokości 3.600 złotych.

Przewodniczący:.....