Sygn. akt: KIO 2218/21

WYROK

z dnia 12 sierpnia 2021 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Danuta Dziubińska

Protokolant:Szymon Grzybowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 sierpnia 2021 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 lipca 2021 r. przez wykonawcę **Agencja Inwestycyjna TERRA Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością i Wspólnicy Spółka komandytowa** z siedzibą w Poznaniu, ul. Botaniczna 24/3, 60-586 Poznań w postępowaniu prowadzonym przez **Sąd Apelacyjny w Poznaniu**, ul. Trójpole 21, 61-693 Poznań

przy udziale wykonawcy **Cony Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą w Poznaniu, ul. Bonin 28/20, 60-658 Poznań zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **Oddala odwołanie**;
2. kosztami postępowania obciąża odwołującego**: Agencja Inwestycyjna TERRA Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością i Wspólnicy Spółka komandytowa** z siedzibą w Poznaniu**,** ul. Botaniczna 24/3, 60-586 Poznań, i:
   2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
   2.2. zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego: **Sąd Apelacyjny w Poznaniu, ul. Trójpole 21, 61-693 Poznań** kwotę 4 530 zł 20 gr (słownie: cztery tysiące pięćset trzydzieści złotych dwadzieścia groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika strony w kwocie 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) i kosztów związanych z dojazdem na wyznaczone posiedzenie i rozprawę w kwocie 930 zł 20 gr (słownie: dziewięćset trzydzieści złotych dwadzieścia groszy).

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (teks jednolity Dz. U. z 2021 r. poz. 1129) 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 2218/21

U z a s a d n i e n i e

Sąd Apelacyjny w Poznaniu (dalej: „Zamawiający") prowadzi na podstawie ustawy z 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) dalej: „Pzp" postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na świadczenie usługi pełnienia nadzoru inwestorskiego nad realizacją zadania pod nazwą „Budowa budynku dla Sądu Apelacyjnego w Poznaniu i XII Wydziału Gospodarczego Sądu Rejonowego Poznań – Stare Miasto w Poznaniu przy ul. St. Hejmowskiego 3", numer referencyjny: ZP-373-03/21. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, 2021/S 062157544.

Zamawiający 15 lipca 2021 roku poinformował o wyborze najkorzystniejszej oferty, złożonej przez wykonawcę CONY sp. z o.o. (dalej również: „Wykonawca"). Agencja Inwestycyjna Terra sp. z o.o. i Wspólnicy sp.k. z siedzibą w Poznaniu (dalej: „Odwołujący") wniosła odwołanie od tej czynności zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 224 ust. 6 ustawy Pzp, poprzez bezpodstawne uznanie, że wyjaśnienia dotyczące rażąco niskiej ceny złożone przez wykonawcę CONY sp. z o.o. uzasadniają podaną w ofercie cenę i w konsekwencji zaniechanie zastosowania art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, i odrzucenia oferty tego Wykonawcy, podczas gdy złożona przez wykonawcę CONY sp. z o.o. oferta i wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny nie udowadniają, że nie zaoferowano ceny rażąco niskiej. W wyniku wskazanego zaniechania Zamawiający dokonał wyboru oferty Wykonawcy, którego oferta powinna była zostać odrzucona i nie dokonał wyboru oferty Odwołującego.

Wskazując na powyższe Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i unieważnienie czynności Zamawiającego polegającej na dokonaniu badania ofert oraz dokonania wyboru oferty oraz nakazanie Zamawiającemu:

1)odrzucenie oferty Wykonawcy CONY sp. z o.o.,

2)powtórzenie czynności badania i oceny ofert,

3)dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty poprzez dokonanie wyboru oferty Odwołującego.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał m.in., że 21 maja 2021 roku Zamawiający wezwał CONY sp. z o.o. do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. 27 maja 2021 roku Wykonawca złożył wyjaśnienia, z których wynikało, że stawka godzinowa za świadczenie usług nadzoru inwestorskiego inspektorów nadzoru zaangażowanych w realizację zamówienia wynosi brutto 24 złote. Następnie, 2 lipca 2021 roku Zamawiający wezwał CONY sp. z o.o. do dodatkowego wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny, a 7 lipca 2021 roku Wykonawca potwierdził, że wskazana w ofercie stawka za godzinę pracy uwzględnia deklarowaną stawkę VAT w przedmiotowym postępowaniu. Czterech głównych specjalistów zadeklarowanych przez Wykonawcę złożyło oświadczenia, że „stawka za godzinę mojej pracy będzie wynosiła 24 zł brutto".

Odwołujący stwierdził, że przedmiotowe zlecenie polega w głównej mierze na czynnościach wykonywanych przez tych specjalistów (vide tabela kalkulacyjna Cony Sp. z o.o.). Nawet gdyby założyć, że wynagrodzenie osób deklarowanych przez Wykonawcę wynosić będzie 24 zł brutto to Wykonawca w związku z wypłatą takiego wynagrodzenia będzie zobowiązany ponieść wyższe koszty. W każdym jednak wypadku będzie to kwota wyższa niż deklarowane w wyjaśnieniach koszty w wysokości 24zł brutto (tj. uwzględniające Vat wynikający ze świadczenia usługi na rzecz Zamawiającego). Kwota ta dotyczy wysokiej klasy specjalistów, wykwalifikowanych zgodnie z wymaganiami Zamawiającego, więc sama wysokość stawki budzi też wątpliwości w kontekście minimalnego wynagrodzenia za pracę i minimalnej stawki godzinowej. Oświadczenie o stawce za godzinę pracy, będące wynagrodzeniem brutto osoby świadczącej pracę nie obejmuje pełnych kosztów ani pracodawcy (w przypadku świadczenia pracy na podstawie stosunku pracy), ani też przedsiębiorcy (w przypadku zlecenia przez Oferenta świadczenia usług na podstawie umowy cywilnoprawnej). Wykonawca przedstawiając Zamawiającemu w ofercie do kalkulacji stawkę 24 zł brutto za godzinę pracy specjalistów, nie uwzględnił zatem pełnych kosztów ich zatrudnienia, które będzie zobowiązany ponieść w związku z pełnieniem przez nich deklarowanych funkcji. W przypadku umów cywilnoprawnych konieczne byłoby doliczenia stawki podatku VAT (do umowy cywilnoprawnej), co przy założeniu oferowanej przez Wykonawcę pracochłonności musiałoby prowadzić do zwiększenia ceny oferty o ok. 40 000 zł. W przypadku zatrudnienia specjalistów na podstawie umów o pracę zaoferowana stawka nie uwzględnia natomiast kosztów pracodawcy związanych z zatrudnieniem. W obu przypadkach kwota oferty w tym zakresie jest zaniżona, a wyjaśnienia Wykonawcy nie są wystarczające i nie pozwalają ustalić Zamawiającemu, że zamówienie zostanie należycie wykonane. Uwzględniając stawkę VAT, którą zgodnie z oświadczeniem z 7 lipca 2021 roku Wykonawca uwzględnił w ofercie, wyjaśnienia nie pozwalają przyjąć, że stawka 24 zł za godzinę pracy specjalistów brutto będzie wystarczająca dla pokrycia kosztów związanych z ich zatrudnieniem. Taka ocena wynika wprost z matematycznego wyliczenia kosztów podatkowych i ubezpieczeniowych związanych ze świadczeniem pracy, niezależnie od podstawy tego stosunku prawnego (tj. zarówno w przypadku umów o pracę jak i w przypadku umów cywilnoprawnych). Z samych danych podanych przez Wykonawcę zarówno w ofercie jak i w wyjaśnieniach dotyczących rażąco niskiej ceny wynika, że realizacja zamówienia po zaoferowanej przez Oferenta cenie nie jest możliwa. Ostatecznie więc wyjaśnienia nie tylko nie uzasadniają podanej w ofercie ceny, ale wręcz przeciwnie – z wyjaśnień wynika, że kalkulacja kosztów dokonana przez Wykonawcę uniemożliwia wykonanie zamówienia po stawkach przez niego wskazanych zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa podatkowego.

Odwołujący podkreślił, że zgodnie z rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 15 września 2020 roku w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2021 r. aktualnie minimalne wynagrodzenie za pracę wynosi 2800 zł brutto, a minimalna stawka godzinowa 18,30 zł brutto, a z uwzględnieniem kosztów pracodawcy 22,06 zł, tzw. brutto, zaś z uwzględnieniem VAT 27,1338 zł. Zgodnie z ogólnodostępnymi informacjami od 1 stycznia 2022 roku minimalne wynagrodzenie ma wzrosnąć do 3000 zł brutto, a stawka godzinowa do 19,60 zł brutto i odpowiednio do ponad 23,60 zł brutto, z uwzględnieniem VAT ponad 29,028 zł. Zaoferowana przez Wykonawcę stawka 24 zł brutto za godzinę nie uwzględnia zatem kosztów pracodawcy (w przypadku umów o pracę) ani kosztów podatku VAT przy uwzględnieniu, że inspektorzy wskazali że stawka brutto za godzinę ich pracy wynosi 24 złote (w przypadku umów cywilnoprawnych). Na marginesie Odwołujący wskazał, że w przypadku wysoko wykwalifikowanych specjalistów stawka zbliżona do minimalnego wynagrodzenia za pracę lub nawet od niego niższa w żadnym razie nie gwarantuje należytego wykonania zobowiązania zgodnie z interesem Zamawiającego. W sytuacji wydatkowania środków publicznych Zamawiający powinien był dochować najwyższe staranności i podjąć działania mające na celu zbadanie ofert i rzetelnie, tak aby dokonać wyboru uwzględniającego interes Zamawiającego oraz interes publiczny. W konsekwencji Zamawiający powinien był zweryfikować ofertę wykonawcy CONY sp. z o.o. w zakresie rażąco niskiej ceny, uwzględniając obowiązujące w tym zakresie przepisy powszechnie obowiązujące, tak aby nie było wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego.

W dalszej kolejności Odwołujący stwierdził, że badanie pod względem rażąco niskiej ceny lub kosztu dotyczy nie tylko w sytuacji, gdy cena lub koszt wskazane w ofercie wydają się rażąco niskie i budzą wątpliwości zamawiającego, lecz także przypadku, gdy rażąco niskie wydają się ich istotne części składowe. Istotność części składowych należy interpretować jako istotność z punktu widzenia cenotwórczego. Zasadne jest zatem odnoszenie wartości danej części składowej do ceny ogółem. O rażąco niskiej cenie można również mówić, gdy rażąco niskie okażą się jedynie pewne ceny jednostkowe czy pewne ceny za poszczególne pojedyncze prace, niezależnie od tego, czy przekładają się na rażąco niską cenę w odniesieniu do całego zamówienia. Istotne, aby badanie cen jednostkowych dotyczyło wartości, które stanowią samodzielną podstawę rozliczania wynagrodzenia za wykonanie poszczególnych elementów składających się na zamówienie. Ustawodawca zobowiązuje zamawiających do odrzucania ofert wykonawców, którzy nie respektują zasad wynagradzania za pracę ustalonych w przepisach powszechnie obowiązujących. Przepis nie ingeruje w podstawy zatrudniania osób przez wykonawców ubiegających się o zamówienie. Nakazuje jedynie respektowanie poziomu wynagrodzenia wynikającego z przepisów o płacy minimalnej przy kalkulacji kosztorysów w ofertach. Oznacza to, że nawet przy zatrudnianiu osób na podstawie umowy cywilnoprawnej do obliczenia ceny oferty muszą być przyjęte kwoty wynagrodzeń minimalnych. Rozwiązanie to nie ingeruje w umowy wykonawców z zatrudnianymi osobami, odnosi się wyłącznie do kształtowania ceny oferty i eliminacji nierealnie niskich cen.

W podsumowaniu Odwołujący podał, że wyjaśnienia złożone przez CONY sp. z o.o. w zakresie rażąco niskiej ceny nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu, a tym samym budzą wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego. W konsekwencji oferta Oferenta CONY sp. z o.o. powinna była zostać odrzucona, a w wyniku oceny złożonych ofert za najkorzystniejszą powinna była zostać uznana oferta Odwołującego.

Pismem z 10 sierpnia 2021 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, oświadczając, że nie zgadza się z zarzutami Odwołującego i stwierdzając, że czynność wyboru oferty CONY sp. z o.o. została dokonana w sposób prawidłowy i zgodny z treścią SWZ.

W uzasadnieniu swojego stanowiska Zamawiający podał m.in., że Inspektorzy nadzoru są osobami pełniącymi samodzielne funkcje w budownictwie zgodnie z ustawą Prawo budowlane wraz z rozporządzeniami wykonawczymi do tej ustawy. Stosownie do § 5 ust. 8 wzoru umowy w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego: „Zamawiający, zgodnie z art. 95 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych wymaga zatrudnienia na podstawie umowy o pracę przez Wykonawcę lub Podwykonawcę wszystkich osób wykonujących prace w trakcie realizacji Przedmiotu Umowy w zakresie całego zakresu prac objętych Umową, za wyjątkiem osób pełniących

samodzielne funkcje techniczne w budownictwie". Tym samym Wykonawca nie ma obowiązku zatrudniania inspektorów nadzoru budowlanego na podstawie umowy o pracę, a w efekcie koszty po stronie pracodawcy nie muszą występować.

Następnie Zamawiający zauważył, iż Odwołujący błędnie twierdzi, że do umowy cywilnoprawnej zawsze powinno się doliczać podatek od towarów i usług, powołując się na bliżej nieokreślone przepisy prawa podatkowego. Stanowisko Odwołującego w tym zakresie jest bezpodstawne i całkowicie nieuzasadnione. Nie każda bowiem umowa cywilnoprawna jest obciążona VAT, który w przypadku umów pomiędzy Wykonawcą, a inspektorami nadzoru zależy od tego czy prowadzą oni działalność gospodarczą i są objęci powyższym podatkiem. Inspektorzy nadzoru w swoich oświadczeniach z dnia 30 kwietnia 2021r. załączonych do wyjaśnień Wykonawcy z 27 maja 2021 r. wskazali, że stawka ich wynagrodzenia będzie wynosiła 24 złote brutto za jedną godzinę pracy. Następnie Wykonawca w swoim piśmie z dnia 7 lipca 2021r. oświadczył, że w deklarowanej roboczogodzinie brutto uwzględnił stawkę VAT.

W tym stanie rzeczy w ocenie Zamawiającego należy uznać, że art. 224 ust. 3 pkt 4) Pzp nie znajduje zastosowania. Przepis ten bowiem dotyczy sytuacji gdy sam Odwołujący jako płatnik odprowadza za pracownika do właściwych organów podatki oraz składki na ubezpieczenia społeczne i zdrowotne, a w przedmiotowym przypadku (prowadzenie jednoosobowej działalności gospodarczej przez inspektora nadzoru) to sam podatnik (inspektor nadzoru) rozlicza się z Urzędem Skarbowym i Zakładem Ubezpieczeń Społecznych. Innymi słowy przepis dotyczący wymogu określenia wynagrodzenia wyższego niż minimalne wynagrodzenie za pracę dotyczy obciążeń publicznoprawnych, które ponosi sam pracodawca, nie dotyczy zaś umów z inspektorami nadzoru, którzy prowadzą jednoosobowe działalności gospodarcze, wystawiają na Wykonawcę faktury VAT, a jednocześnie samodzielnie ponoszą wszelkie koszty swojej działalności.

Zamawiający stwierdził, że wbrew stanowisku Odwołującego kwota 24 złote brutto, jest wyższa niż minimalne wynagrodzenie za pracę określone rozporządzeniem, zgodnie z którym minimalna stawka wynagrodzenia za pracę wynosi 18,30 złotych brutto, a nawet przy założeniu, że do tej kwoty należy doliczyć podatek VAT w stawce 23%, wynagrodzenie wynosiłoby 22,50 złotych brutto. Wykonawca zatem zaoferował kwotę wyższą niż minimalne wynagrodzenie określone rozporządzeniem. Odwołujący swoje błędne wyliczenia przeprowadził po doliczeniu kosztów pracodawcy, zapominając jednak, że w przypadku wystawiania przez inspektorów nadzoru faktur VAT takie nie występują. Bezzasadne są wyliczenia Odwołującego odnoszące się do przewidywanych ustawowych minimalnych cen w 2022 r. Zamawiający bada oferty w oparciu o aktualnie obowiązujące przepisy prawa, a w § 10 ust. 1 pkt 1.10 wzoru umowy Zamawiający przewidział waloryzację wynagrodzenia w przypadku zmiany wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę, co też pozostaje w zgodzie z art. 436 pkt 4) lit. b) ustawy Pzp.

Zdaniem Zamawiającego okoliczność, iż wymaga zatrudnienia specjalistów, nie pozostaje w bezpośredniej korelacji z faktem wyższego wynagrodzenia niż minimalne. Przy kalkulacji ceny nie można abstrahować od podstawowych zasad ekonomii, m.in. podaży i popytu, a także od pozostałych właściwych dla danego wykonawcy cechach, które wpływają na obniżenie ceny. Wykonawca w swoich pismach z 27 maja 2021r. oraz z 7 lipca 2021r. w przekonaniu Zamawiającego obalił domniemanie rażąco niskiej ceny. Wyjaśnienia były rzeczowe i konkretne, jasne i spójne, poparte dowodami. Zamawiający nie miał żadnego powodu, co więcej nie był uprawniony do kwestionowania oświadczeń inspektorów nadzoru, że wykonają swoją pracę za stawkę roboczogodziny 24 złotych brutto. Nie jest to wyłącznie oświadczenie Wykonawcy, ale samych inspektorów nadzoru, a skoro twierdzą, że pracę za takie wynagrodzenie wykonają, to Zamawiający pozostaje w usprawiedliwionym przekonaniu, że zadanie inwestycyjne zostanie zrealizowane prawidłowo z zachowaniem zasad należytego wynagrodzenia za pracę. Nadto Wykonawca w sposób przekonujący wskazał na inne czynniki powodujące obniżenie ceny, tj. m.in. posiadanie własnych środków transportu z instalacją LPG, posiadanie własnego zaplecza sprzętowo-biurowego. Przystępujący wykazał również, że równolegle posiada inne zlecenia nadzoru i usługi tożsame na terenie okolic Poznania, zatem koszty stałe jest w stanie rozłożyć na większą ilość kontraktów. Nadto w szczegółowej kalkulacji w sposób rzetelny Wykonawca przedstawił koszty realizacji, wykazując jednocześnie swój zysk na przedmiotowym zadaniu inwestycyjnym. Cenę oferowaną przez Wykonawcę należało zatem uznać za realną i wiarygodną, pozwalającą wykonać umowę w sprawie zamówienia publicznego w sposób należyty przy jednoczesnym osiągnięciu zysku przez Wykonawcę.

W podsumowaniu Zamawiający stwierdził, że wybór jako najkorzystniejszej oferty Wykonawcy w przedmiotowym postępowaniu został dokonany w sposób prawidłowy i zgodny z przepisami prawa, a odwołanie jest bezzasadne.

Wykonawca Cony Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu (dalej: „Przystępujący"),wypełniając wymogi ustawowe, zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, stając się jego uczestnikiem.

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania złożonej przez Zamawiającego, w tym pisma zawierające wezwanie Przystępującego do wyjaśnień ceny oraz udzielonych wyjaśnień.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając odwołanie, uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska Stron i Przystępującego, a także zgromadzone dowody, ustaliła i zważyła co następuje:

Odwołanie nie zawiera braków formalnych. Wpis w prawidłowej wysokości został wniesiony w ustawowym terminie. Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp.

Wykazując swoje uprawnienie do skorzystania ze środków ochrony prawnej Odwołujący wskazał, że jego oferta została oceniona jako następna po ofercie wykonawcy CONY sp. z o.o., a zatem w wyniku uwzględnienia odwołania uzyska on przedmiotowe zamówienie. Brak pozyskania zamówienia w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp skutkuje powstaniem po stronie Odwołującego szkody w postaci utracenia zysku z realizacji zamówienia oraz utracenia kosztów poniesionych przez Odwołującego w związku z udziałem w tym postępowaniu.

W ocenie Izby Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do skorzystania w postępowaniu ze środków ochrony prawnej. Zostały wypełnione przesłanki, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący jest zainteresowany pozyskaniem zamówienia i w tym celu złożył ofertę. W przypadku potwierdzenia się zarzutów odwołania, miałby szansę uzyskać zamówienie.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie. Nie potwierdziły się bowiem zarzuty odwołania, w granicach których

Izba orzeka.

Zgodnie z art. 224 ust. 1 - 6 ustawy Pzp:

1. Jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych.

2. W przypadku gdy cena całkowita oferty złożonej w terminie jest niższa o co najmniej 30% od:

1) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia;

2) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania, w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych, zamawiający może zwrócić się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1.

3. Wyjaśnienia, o których mowa w ust. 1, mogą dotyczyć w szczególności:

1) zarządzania procesem produkcji, świadczonych usług lub metody budowy;

2) wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków dostaw, usług albo związanych z realizacją robót budowlanych;

3) oryginalności dostaw, usług lub robót budowlanych oferowanych przez wykonawcę;

4) zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz.U. z 2020 r.) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie;

5) zgodności z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej;

6) zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;

7) zgodności z przepisami z zakresu ochrony środowiska;

8) wypełniania obowiązków związanych z powierzeniem wykonania części zamówienia podwykonawcy.

4. W przypadku zamówień na roboty budowlane lub usługi, zamawiający jest obowiązany żądać wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, co najmniej w zakresie określonym w ust. 3 pkt 4 i 6.

5. Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.

6. Odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu.

Z przepisu tego wynika, że ciężar dowodu, że oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej, obciąża wykonawcę wezwanego do złożenia wyjaśnień. Zachowuje aktualność stanowisko, że wezwanie do wyjaśnień ceny ustanawia domniemanie istnienia w ofercie rażąco niskiej ceny, które wykonawca wezwany do wyjaśnień, dla uniknięcia odrzucenia jego oferty, powinien obalić.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.*

W rozpoznawanej sprawie przedmiot sporu dotyczy ceny za roboczogodzinę pracy inspektorów nadzoru przewidzianej przez Przystępującego w kwocie 24 złote brutto.

Ze stanowiska prezentowanego przez Odwołującego wynika, że jest to cena, która z uwagi na przedmiot zamówienia może być oceniana samodzielnie, jako istotna część składowa, niezależnie od tego czy przekłada się na rażąco niską cenę w odniesieniu do całego zamówienia, bowiem dotyczy wynagrodzenia specjalistów dedykowanych do realizacji zamówienia. Zdaniem Odwołującego cena 24 zł za roboczogodzinę pracy inspektorów nadzoru nie uwzględnia kosztów pracodawcy i obciążeń publicznoprawnych, a przez to jest ceną rażąco niską. Natomiast zdaniem Zamawiającego i Przystępującego nie jest to cena rażąco niska.

Na wstępie zaznaczenia wymaga, iż cena rażąco niska to w szczególności taka, która jest nierealistyczna, nie pozwala na należyte wykonanie za nią przedmiotu zamówienia, została zaoferowana poniżej kosztów wytworzenia robót, dostaw czy usług. W przypadku uznania przez zamawiającego, że cena oferty wykonawcy jest rażąco niska lub powzięcia przez zamawiającego wątpliwości w tym zakresie, każdorazowo przed odrzuceniem oferty, jest on zobowiązany do skierowania do wykonawcy, który ją złożył, wezwania do wyjaśnień w zakresie ceny oferty. Odrzucenie oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp musi być bowiem poprzedzone takim wystąpieniem i rzetelną analizą otrzymanych wyjaśnień oraz złożonych przez wykonawcę dowodów. W sytuacji, gdy wykonawca wyjaśnia Zamawiającemu części składowe zaoferowanej ceny, złożenie kalkulacji cenowej, czy też zestawienia kosztów jest w pełni uzasadnione. To wykonawca ponosi ryzyko udzielenia nierzetelnych wyjaśnień w ramach procedury wyjaśnień ceny wszczętej na postawie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp. W przypadku stwierdzenia w wyniku analizy przeprowadzonej przez zamawiającego, że wyjaśnienia są zbyt ogólnikowe, przez co, zgodnie z ukształtowanym orzecznictwem, które zachowuje aktualność, są traktowane tak, jakby nie były złożone, lub nie uzasadniają podanej w ofercie ceny, zamawiający jest zobowiązany do odrzucenia oferty tego wykonawcy.

Izba dokonuje oceny dokonanej przez zamawiającego analizy otrzymanych wyjaśnień i poprawności wniosków z niej płynących. Oceny rzetelności kalkulacji ceny oferty dokonuje się z uwzględnieniem okoliczności związanych z

konkretnym postępowaniem o udzielenie zamówienia oraz możliwości indywidualnych kalkulacji wykonawcy, tj. uwzględniających zarówno przedmiot zamówienia, jak i charakterystyczne dla wykonawcy sprzyjające okoliczności, pozwalające na poczynienie oszczędności, przy jednoczesnym zapewnieniu należytego wykonania zamówienia.

W okolicznościach rozpatrywanej sprawy zauważenia wymaga, że Przystępującypismem z 21 maja 2021 r. został wezwany przez Zamawiającego do złożenia wyjaśnień przy jednoczesnym wskazaniu, że cena całkowita jego oferty jest niższa o ponad 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania i średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10 ustawy Pzp. W wezwaniu Zamawiający podał m.in., iż oczekuje wyjaśnień, dowodów w szczególności w postaci szczegółowej kalkulacji ceny ofertowej, dotyczącej podstawowych elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny poprzez wypełnienie załącznika nr 1, w którym wymagał podania m.in. stawki roboczogodziny, ilości godzin pracy wraz z czasem dojazdu dla każdego inspektora nadzoru, uwzględniające czynności nadzoru wykonywane poza placem budowy wynikające z postanowień umowy, kalkulacje kosztów dojazdu, koszty utrzymania biura, koszt podatków i składek ZUS, koszty ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej, wysokość zysku, inne koszty (jeżeli występują, wskazać jakie). Z wezwania wynika, że wykonawca powinien udokumentować, że składowe oferowanej ceny są realne, racjonalne i umożliwiają prawidłowe wykonanie przedmiotu zamówienia.

Odwołujący złożył wyjaśnienia wraz z wypełnionym według wzoru opracowanego przez Zamawiającego załącznikiem w postaci kalkulacji kosztów oraz dowodami. Następnie pismem z 2 lipca 2021 r. Zamawiający wystąpił do Przystępującego z prośbą o potwierdzenie, że w przyjętej stawce 24 zł za godzinę pracy wskazanych inspektorów nadzoru została doliczona deklarowana stawka VAT. W piśmie z 7 lipca 2021 r. Przystępujący potwierdził, że we wskazanej przez niego stawce 24 zł brutto za godzinę pracy doliczył deklarowaną stawkę VAT.

Zamawiający uznał otrzymane wyjaśnienia za wystarczające do obalenia domniemania istnienia w ofercie Wykonawcy rażąco niskiej ceny.

W ocenie Izby należy podzielić stanowisko Zamawiającego w przedmiocie oceny otrzymanych od Odwołującego wyjaśnień.

Nie jest sporne, że Zmawiający nie wymagał, aby osoby pełniące samodzielne funkcje techniczne w budownictwie były zatrudnione przez Wykonawcę na umowę o pracę. Zgodnie z art. 12 ust. 1 pkt 4 ustawy z 7 lipca 1994 r. - Prawo budowlane (tj. Dz.U. z 2020 poz. 1333) inspektorzy nadzoru inwestorskiego są osobami pełniącymi samodzielne funkcje w budownictwie. Oznacza to, że Przystępujący nie był obowiązany do zatrudniania tych osób na podstawie umowy o pracę.

Jak wynika z treści wyjaśnień oraz stanowiska Przystępującego na rozprawie, osoby, których wynagrodzenia dotyczy spór, będą zatrudnione na umowę współpracy, są to osoby prowadzące samodzielnie działalność gospodarczą, które samodzielnie ponoszą koszty obciążeń publiczno-prawnych.

Z kalkulacji kosztów załączonych do wyjaśnień wynika, że stawka 24 zł za roboczogodzinę pracy inspektora nie dotyczy inspektorów nadzoru wszystkich branż. Występują także wyższe stawki.

Do wyjaśnień z 27 maja 2021 r. zostały dołączone cztery oświadczenia osób, które wskazały, że jeżeli przedmiotowe zamówienie zostanie udzielone Cony Sp. z o.o. będą wchodziły w skład zespołu wykonującego zamówienie na stanowisku inspektora wskazanej przez nie branży za stawkę za godzinę ich pracy w wysokości 24 zł brutto. W oświadczeniu zostało zamieszczone zobowiązanie tych osób do nie ujawniania zasad współpracy osobom trzecim.

Stawka w tej wysokości, nawet po odjęciu podatku od towarów i usług w maksymalnej wysokości, jest stawką wyższą niż minimalna stawka wynikająca z § 2 rozporządzenia Rady Ministrów z 15 września 2020 r. w sprawie minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz minimalnej stawki godzinowej w 2021 r. (Dz.U. z 2020 poz. 1596), która wynosi 18,30 zł. Nie jest to więc stawka, która byłaby niezgodna z obowiązującymi w tym zakresie przepisami prawa.

Wskazuje to, że Zamawiający zasadnie uznał, iż Przystępujący wykazał, że przyjęta w kalkulacji oferty stawka za godzinę pracy jest realistyczna i nie narusza obowiązujących przepisów prawa.

W ocenie Izby Odwołujący nie wykazał, że stawka ta nie jest możliwa do zastosowania dla tej grupy specjalistów. Bez wątpienia chodzi o wykwalifikowane osoby, jednak nie zostało wykazane, aby nie było możliwe, aby w ramach umowy współpracy osoby te nie mogły zgodzić się pracować za sporną stawkę. Złożony przez Odwołującego wydruk bez wskazania, z jakiej strony pochodzi, dotyczący minimalnej stawki kalkulacyjnej wynagrodzenia w budownictwie w 2021 r., z którego wynika, że wynosi ono 23,43 zł, nie może być uznany za dowód obalający oświadczenia własne ww. osób zainteresowanych wykonaniem przedmiotowych usług. Również podniesiony na rozprawie argument, że Odwołujący przewidział dla tych osób wyższą stawkę, nie może przekonać, że nie jest możliwe pozyskanie osób do współpracy za niższą stawkę, niż przewidział Odwołujący, np. w przypadku zaistnienia okoliczności, o których mowa w wyjaśnieniach Przystępującego. Jak słusznie zauważył Zamawiający ceny wyznaczane są nie tylko poprzez fakt zatrudniania specjalistów, ale także m.in. poprzez ogólną sytuację gospodarczą panującą w danej branży i jej otoczeniu biznesowym, postęp technologiczno-organizacyjny oraz obecność i funkcjonowanie uczciwej konkurencji podmiotów racjonalnie na nim działających.

Nadto zauważenia wymaga, że wyjaśnienia Przystępującego w pełni odpowiadają na wezwanie Zamawiającego, zawierają wycenę wszystkich wymaganych przez Zamawiającego składników wyceny, w tym dojazdów, utrzymania biura, obciążeń publiczno-prawnych, ubezpieczeń, a także zysk i rezerwę na nieprzewidziane zdarzenia. W wyjaśnieniach znalazły się m.in. informacje dotyczące posiadanego przez Wykonawcę portfela zleceń oraz możliwości optymalizacji zatrudnienia, jak też negocjonowania konkurencyjnych stawek. Całkowita cena oferty nie jest kwestionowana przez Odwołującego.

W związku z tym należy uznać, że Zamawiający zasadnie uznał, że Przystępujący złożył adekwatne do wezwania wyjaśnienia, sporna stawka wynagrodzenia jest zgodna z obowiązującymi przepisami, uznając je za wystarczające do obalenia domniemania istnienia w ofercie rażąco niskiej ceny. Tym samym zarzuty odwołania nie potwierdziły się. Nie wystąpiła wskazana w odwołaniu przesłanka odrzucenia oferty Przystępującego. W konsekwencji nie zostało wykazane, aby wybór jej oferty był niezgodny z prawem.

Zgodnie z przepisem art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, *Izba uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców.* W analizowanej sprawie nie stwierdzono zarzucanego przez Odwołującego naruszenia przepisów ustawy Pzp, które miałoby wpływ na wynik postępowania, co musiało skutkować oddaleniem odwołania.

Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 553 zdanie pierwsze ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

Zgodnie z art. 557 ustawy Pzp, *w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego.* W analizowanej Izba oddaliła odwołanie. W związku z tym odpowiedzialność za wynik postępowania ponosi Odwołujący, który został obciążony kosztami postępowania, na które składał się uiszczony przez niego wpis od odwołania oraz wynagrodzenie pełnomocnika Zamawiającego na podstawie faktury złożonej przez niego przed zamknięciem rozprawy oraz koszty dojazdu strony na posiedzenie i rozprawę.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 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) w wysokości przewidzianej w ww. rozporządzeniu.

Przewodniczący:……..……...