

WYROK

z dnia 1 lutego 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki
Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 1 lutego 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 stycznia 2022 r. przez wykonawcę

Integral sp. z o.o. w Rzeszowie

w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Mielec z siedzibą w Mielcu

przy udziale wykonawcy Multikop sp. z o.o. w Strzeszynie, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnić częściowo odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym:

a) wezwanie wykonawcy Multikop sp. z o.o. w Strzeszynie do wyjaśnienia odnośnie zakresu faktycznie wykonanych przez niego robót w zadaniu wskazanym w wykazie robót,

b) wezwanie wykonawcy Multikop sp. z o.o. w Strzeszynie w trybie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu,

2. w pozostałym zakresie oddala odwołanie,

3. kosztami postępowania obciąża Gminę Mielec z siedzibą w Mielcu w części % oraz wykonawcę Integral sp. z o.o. w Rzeszowie w części % i:

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10.000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Integral sp. z o.o. w Rzeszowie tytułem wpisu od odwołania,

3.2. zasądza od Gminy Mielec z siedzibą w Mielcu na rzecz wykonawcy Integral sp. z o.o. w Rzeszowie kwotę 6.800 zł 00 gr (słownie: sześć tysięcy osiemset złotych zero groszy).

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Gmina Mielec z siedzibą w Mielcu, zwana dalej „zamawiającym”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp” lub „Pzp”, którego przedmiotem jest „budowa kanalizacji sanitarnej w miejscowości Goleszów oraz budowa odcinka sieci wodociągowej”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych 7 grudnia 2021 r., nr 2021/BZP 00303241/01.

Wobec czynności i zaniechań zamawiającego w ww. postępowaniu w dniu 17 stycznia 2022 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wniósł odwołanie wykonawca Integral sp. z o.o. w Rzeszowie, zwany dalej „odwołującym”.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1) art. 224 ust. 4 Pzp polegające na zaniechaniu obowiązku żądania wyjaśnień w przypadku

zamówień na roboty budowlane, o których mowa w art. 224 ust. 1 Pzp, co najmniej w zakresie określonym w art. 224 ust. 3 pkt 4 i 6 Pzp;

2) art. 226 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp oraz w zw. z art. 58 § 1 i § 2 kodeksu cywilnego, art. 226 ust. 1 pkt 4-5 Pzp, art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp, oraz art. 226 ust. 1 pkt 10 Pzp polegające na:

i. - zaniechaniu odrzucenia oferty, w której MULTIKOP Sp. z o.o. nie zawarł informacji odnośnie konieczności powierzenia prac dotyczących branży elektrycznej, podczas gdy w złożonych wyjaśnieniach w postaci skanów umów o pracę, brak jest jakiegokolwiek pracownika zatrudnionego na stanowisku elektryka, a w złożonej ofercie Wykonawca nie wskazał, że ten zakres prac zamierza powierzyć podwykonawcy;

ii. - zaniechaniu odrzucenia oferty, w której wartość kosztów pracy przyjęta do ustalenia ceny jest niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej niezgodnej z przepisami ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2018 r. poz. 2177) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie;

iii. - przyjęciu wyjaśnień Wykonawcy bez ich analizy przez Zamawiającego, a zwłaszcza koincydencji podpisania przez 15 pracowników przedłożonych umów o pracę w tej samej dacie z początkiem grudnia 2021 r. i niezwrócenie uwagi, że na niektórych umowach poprawiana jest data z 2022 na 2021, a w świetle naruszenia wyżej przywołanego art. 224 ust. 3 pkt 6 Pzp niezażądania od MULTIKOP Sp. z o.o. kopii dokumentów ZUS ZUA potwierdzających fakt i rzeczywistą datę przesłania zgłoszenia pracowników do ZUS celem ustalenia czy w dacie składania ofert Wykonawca zatrudnił ww. pracowników, a

to czy posiadał zadeklarowane przez siebie i wymagane przez Zamawiającego zdolności techniczne i zawodowe;

iv. - oparciu się przy wyborze oferty na niekompletnym materiale dowodowym, który nie pozwalał na pełną ocenę przedstawionych umów o pracę bez wezwania do przedstawiania dokumentów ZUS ZUA oraz późniejszego przeprowadzenia dowodu z dokumentów ZUS ZUA, co naruszyło dyspozycję art. 116 Pzp w zw. z art. 118 Pzp w zakresie prawidłowego zbadania zdolności technicznej i zawodowej Zamawiającego MULTIKOP Sp. z o.o.

v. - zaniechaniu odrzucenia oferty MULTIKOP Sp. z o.o. pomimo, że zawierała błąd w postaci podania wartości sprzecznych z obowiązującym porządkiem prawnym w obliczaniu ceny / kosztu

3) art. 224 ust. 4 Pzp polegające na zaniechaniu obowiązku żądania wyjaśnień w przypadku zamówień na roboty budowlane, o których mowa w art. 224 ust. 1 Pzp, co najmniej w zakresie określonym w art. 224 ust. 3 pkt 4 i 6 Pzp, w konsekwencji czego Zamawiający dokonał wadliwej oceny na podstawie bezkrytycznego przyjęcia wyjaśnień MULTIKOP sp. z o.o., czego następstwem było uchybienie przepisom powyżej przywołanym,

4) art. 128 ust. 2 oraz ust. 4-5 Pzp w zw. z art. 118 ust. 3-4 Pzp, w zw. z § 9 ust. 1 pkt 1 Rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz art. 119 Pzp w zw. z art. 112 ust. 2 pkt 4 Pzp - brak weryfikacji doświadczenia MULTIKOP Sp. z o.o. przedstawionego w

wykazie robót budowlanych oraz załączonym poświadczeniu wykonania wystawionym przez Gminę Jodłowa poprzez uznanie przez Zamawiającego, że doświadczenie uzyskane w ramach Konsorcjum może być w całości zakwalifikowane jako doświadczenie jednego z Członków Konsorcjum jakim był MULTIKOP Sp. z o.o.,

5) art. 226 ust. 1 pkt 4 Pzp nakazuje Zamawiającemu odrzucenie oferty, w sytuacji, gdy na podstawie przepisów odrębnych niż Pzp złożona oferta jest nieważna. Pzp nie określa, na podstawie jakich innych przepisów oferta może być nieważna, nie zawiera również w tym zakresie żadnego ograniczenia, co oznacza, że norma obejmuje wszystkie przepisy powszechnie obowiązującego prawa,

6) art. 119 Pzp polegające na uznaniu przez zamawiającego, iż wykonawca MULTIKOP Sp. z o. o. posiada zasoby zawodowe pozwalające spełnić warunki udziału w postępowaniu przetargowym, o czym była mowa w powyższych zarzutach,

7) art. 16 ust. 1 pkt 1 p.z.p. poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1) unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty MULTIKOP sp. z o.o.;

2) wykonania czynności polegającej na wykluczeniu z udziału w postępowaniu MULTIKOP

sp. z o.o., względnie: wykonanie czynności polegającej na odrzuceniu oferty MULTIKOP sp. z o.o.

3) powtórzenia czynności badania i oceny ofert, z wyłączeniem oferty MULTIKOP sp. z o.o. i nakazania wyboru jako najkorzystniejszej oferty INTEGRAL sp. z o.o.; względnie

zobowiązanie zamawiającego do pozyskania od wykonawcy - MULTIKOP sp. z o.o. dokumentów ZUS ZUA oraz późniejszego przeprowadzenia dowodu z dokumentów ZUS ZUA oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert;

4) stwierdzenia naruszenia przepisów ustawy Pzp przywołanych w treści odwołania.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazał, że zamawiający zaniechał dokonania w postępowaniu podjęcia czynności żądania wyjaśnień w taki sposób, aby dały mu możliwość uzyskania jednoznacznych informacji dotyczących całości lub części oferty, jak również przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów oraz oświadczeń, które są nieprecyzyjne, niejasne, dwuznaczne, budzą wątpliwości interpretacyjne, tak aby możliwa była ocena, czy badana oferta w danym zakresie spełnia wymagania postawione przez zamawiającego. Odwołujący argumentował, że zamawiający wprawdzie wysłał pismo do MULTIKOP Sp. z o.o. z żądaniem wyjaśnień, natomiast po ich otrzymaniu nie dokonał analizy otrzymanych wyjaśnień oraz załączonych dowodów. Odwołujący wywiódł, że samo spojrzenie na przesłane załączniki w postaci skanu umów o pracę, powinno co najmniej wzbudzić wątpliwości zamawiającego, a zwłaszcza koincydencja podpisania umów o pracę w tej samej dacie przez 15 pracowników tj. z początkiem grudnia

2021 r. i niezwrócenie uwagi, że na niektórych umowach ewidentnie poprawiana jest data z

2022 na 2021, a w świetle naruszenia wyżej przywołanego art. 224 ust. 3 pkt 6 p.z.p (w przypadku umów o roboty budowlane zamawiający ma obowiązek zbadać zgodność z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego). Odwołujący podniósł, że zamawiający nie zażądał od MULTIKOP Sp. z o.o. kopii dokumentów ZUS ZUA wysłanych i podpisanych podpisem elektronicznym lub podpisem osobistym, potwierdzających fakt i rzeczywistą datę przesłania obowiązkowego zgłoszenia pracowników do ZUS, które to pracodawca musi wysłać najpóźniej w ciągu 7 dni od daty zawarcia umowy o pracę.

Odwołujący podniósł, że ma wezwanie zamawiającego w zakresie rażąco niskiej ceny, jak i potencjalnie mogącego wystąpić czynu nieuczciwej konkurencji, wykonawca powinien przedstawić stosowne wyczerpanie i kalkulacje. Odwołujący podniósł, że niezasadne są stwierdzenia zawarte w wyjaśnieniach, że stawka na poziomie 19,00 zł za roboczo-godzinę w kosztorysie z zakresu branży elektrycznej nie narusza przepisów o minimalnym wynagrodzeniu, ponieważ obowiązująca na dzień składania ofert wynosi 18,30 zł. Odwołujący podkreślał, że zarówno wykonawca, jak i zamawiający zdają sobie sprawę, że umowa zostanie zawarta po 1 stycznia 2022 r. w reżimie obowiązującej stawki 19,70 zł za roboczo-godzinę, a fakt ten jest znany od 14 września 2021 r.

Z ostrożności odwołujący wskazał, że nawet gdyby przyjąć, że jest to tylko stawka kosztorysowa to należy mieć na uwadze, że w ofercie wskazano koszty pośrednie (Kp) w wysokości 35% od roboczogodziny (R) oraz Zysk (Z) na poziomie 8% liczony od sumy R+Kp. Tym samym tak wyliczona stawka wyniesie 33,39:

Stawka brutto	stawka brutto +ZUS pracodawcy	Kp [%]	Kp	Z (R+Kp)	Z	Razem
19,00	22,90	35,00%	8,02	8,00%	2,47	33,39

Odwołujący podniósł, że przyjmując zatem, że pracodawca dochowa obligatoryjnych przepisów w zakresie prawa pracy jak i ubezpieczeń społecznych i pracownicy zrezygnowali z pracowniczych planów kapitałowych, to minimalny koszt ZUS pracodawcy (20,54%) wynosi 4,05 zł, co po zsumowaniu daje 23,75 zł za roboczogodzinę.

Odwołujący argumentował, że zważywszy na fakt, że w przedstawionych umowach o pracę, jako miejsce wykonywania pracy pracownicy mają wpisaną siedzibę pracodawcy przyjąć należy, że odległość, którą można sprawdzić choćby w google maps pomiędzy terenem budowy (realizacji zamówienia), a siedzibą pracodawcy wynosi 82 km, a czas przebycia drogi waha się od 1:30 h do 1:40 h. Zdaniem odwołującego nie jest zatem możliwe, aby pracownicy codziennie pokonywali taką odległość w obie strony bowiem naruszona zostałaby maksymalna liczba nadgodzin w roku tj. 476 godzin. Z racji braku szczegółowych danych posłużono się dla określenia kosztu związanego z zakwaterowaniem pracownika obowiązujących diet, który to wynosi 150% stawki diety (30,00 zł), tj. 45,00 zł (150% x 30,00 zł). Ponadto założono, że będą zakwaterowani tylko 4 dni w tygodniu a na początku, jak i końcu tygodnia pracownicy będą odpowiednio wyjeżdżać i wracać do siedziby pracodawcy. Zatem, według odwołującego koszt związany z zakwaterowaniem i dietą ostatecznie wynosi 13,13 zł za roboczogodzinę i wynika z wyliczenia:

koszt związany z zakwaterowaniem i dietą $(4 \times 45 / 32) + (4 \times 30 / 32) + (2 \times 30 / 16) = 13,13$.

Ponadto odwołujący wskazał, że pracownikom przysługuje ekwiwalent za pranie odzieży, który został wyliczony na poziomie 0,29 zł w rozliczeniu na roboczogodzinę, wyliczenia poniżej:

Zdaniem odwołującego aby policzyć ekwiwalent, trzeba zsumować wszystkie zmienne w odniesieniu do jednego cyklu prania. Odwołujący wskazał, że sposób liczenia przedstawia na przykładzie popularnej pralki Bosch WAN20040PL.

Deklarowane przez producenta dane dotyczące zużycia mediów znajdziemy zawsze na stronie producenta w sekcji „specyfikacja urządzenia”, „wydajność i zużycie” lub w instrukcji obsługi.

Odwołujący wskazał, że na podstawie powyższych informacji wynika, że zużycie energii w programie bawełna 60°C wynosi: 0,88 kWh przy pełnym załadunku i 0,7 kWh przy częściowym załadunku. Odwołujący podniósł, że odzież roboczą raczej pierze się oddzielnie, więc wziął pod uwagę tę drugą opcję. Cena energii elektrycznej dla gospodarstwa domowego wynosi u najpopularniejszego dostawcy 0,60 zł. Zatem koszt energii elektrycznej dla jednego cyklu prania wynosi 0,53 zł (0,7 kWh x 0,60 zł).

Odwołujący podniósł także, że z informacji producenta wynika, że pralka zużywa 9680 L wody rocznie, czyli podczas 220 cykli prania. Przeliczając to na jedno pranie wychodzą 44 L wody (9680 L / 220 cykle = 44). Ze względu na to, że ceny wody i ścieków podawane są w m³, odwołujący przeliczył jednostki: 44 L to 0,044 m³. Odwołujący wskazał, że przykładowo w zatwierdzonej taryfie dla zbiorowego zaopatrzenia w wodę i zbiorowego odprowadzania ścieków na terenie gminy Biecz dla Miejskiego Przedsiębiorstwa Gospodarki Komunalnej w Biecu Sp. z o.o. w 2021 r., obowiązują ceny:

- 6,98 zł brutto za m³ wody,
- 7,53 zł brutto za m³ odprowadzanych ścieków.

Zatem koszt zużycia wody na jeden cykl prania wynosi 0,31 zł (0,044 m³ x 6,98 zł). Koszt odprowadzenia ścieków z jednego cyklu prania wynosi 0,33 zł (0,044 m³ x 7,53 zł).

Odwołujący podniósł także, że aby poznać koszt amortyzacji dla jednego prania, należy wziąć pod uwagę cenę pralki. Odwołujący wskazał, że model z jego przykładu kosztuje

przeciętnie 1600 zł. Przyjmuje się, że żywotność pralki to 5 lat. Roczny koszt amortyzacji pralki to 320 zł (1600 zł / 5 lat). Miesięczny koszt to 26,67 zł (320 zł / 12 miesięcy). Przyjmując, że pracownik pierze 10 razy w miesiącu otrzymujemy koszt amortyzacji jednego cyklu prania w wysokości 2,67 zł (26,67 zł / 10 prań).

Następnie odwołujący wywiódł, że na rynku jest mnóstwo przeróżnych środków piorących. Od klasycznych proszków, poprzez płyny do prania, aż po kapsułki. Każdy używa czegoś innego, więc bardzo trudno jest zdecydować się na konkretny produkt. Odwołujący argumentował, że aby dokonać wyboru należy pokierować się doświadczeniem życiowym w odniesieniu do wysokości wynagrodzeń pracowników. Oznacza to, że osoby zarabiające najniższą krajową lub niewiele więcej, raczej nie mogą sobie pozwolić na drogie produkty do prania. Korzystają z tańszych środków, dostępnych w przeciętnych sklepach.

Zdaniem odwołującego z uwagi na dużą popularność, do obliczeń można przyjąć proszek do prania Vizir do kolorowych tkanin w opakowaniu 1,35 kg. Według danych producenta takie opakowanie wystarczy na 18 prań. Średnia cena opakowania o takiej pojemności to 17 zł (skorzystano z porównywarki cen). Koszt proszku na jeden cykl prania wynosi 0,94 zł (17 zł / 18 prań).

Odwołujący podniósł także, że w wielu obliczeniach ekwiwalentu nie uwzględnia się kosztów pracy. Jednak zdaniem odwołującego warto to zrobić. Aby policzyć pracę, jaką pracownik wkłada w pranie, odwołujący przyjął pewne szacunki. Pracownik musi włożyć pranie, włączyć pralkę, wyjąć pranie, rozwiesić je i zdjąć. Te czynności mogą łącznie zająć około 20 minut dla jednego cyklu prania. Obowiązująca w 2021 r. minimalna stawka za godzinę pracy wynosi 18,30 zł brutto, więc w przeliczeniu na 20 minut, odwołujący otrzymał kwotę 6,10 zł (18,30 / 3).

Sumując całość, odwołujący otrzymał:

- Energia elektryczna: 0,53 zł
- Woda: 0,31 zł
- Ścieki: 0,33 zł
- Amortyzacja pralki: 2,67 zł
- Proszek do prania: 1,06 zł
- Praca: 6,10 zł

Łącznie: 11,00 zł za jeden cykl prania.

Następnie odwołujący pomnożył ten koszt przez miesięczną liczbę prań dla danego pracownika. Przykładowo odwołujący otrzymał następującą wysokość ekwiwalentu:

- dla pracownika, który pierze 4 razy w miesiącu (1 w tygodniu): 44,00 zł.

Do dalszych wyliczeń przyjął kwotę 44,00 zł i podzielił przez 150 roboczogodzin (1800 RbH / 12 miesięcy) / (efektywna liczba roboczogodzin). Zdaniem odwołującego, kwota ekwiwalentu do roboczogodziny wynosi więc: $44,00 / 150 = 0,29$

Zdaniem odwołującego, ostatecznie wartość roboczogodziny z uwzględnieniem obligatoryjnych przepisów wynosi:

rok	Stawka brutto	Stawka brutto + ZUS pracodawcy	koszt związany z zakwaterowaniem i dietą	ekwiwalent za pranie odzieży	Razem:
2022	19,70	23,75	13,13	0,29	37,17

Zdaniem odwołującego, w świetle powyższego bezsprzecznym jest fakt, że przyjęta

stawka nawet powiększona o koszty pośrednie i zysk Wykonawcy - MULTIKOP Sp. z o.o. jest rażąco niska i to zarówno w kosztorysie branży elektrycznej, jak i kosztorysie podstawowym, a nadto świadczy, że nie uwzględnia bezwzględnie obowiązujących przepisów prawa:

Według odwołującego powyższe świadczy także o naruszeniu art. 226 ust. 1 pkt 10 Pzp ponieważ Wykonawca MULTIKOP Sp. z o.o. przyjmując do kalkulacji wartości sprzeczne z obowiązującym porządkiem prawnym popełnił błąd w obliczaniu ceny / kosztu, a zatem jego oferta powinna zostać odrzucona przez Zamawiającego.

W dalszej kolejności odwołujący podniósł, że Następnym elementem, który „umknął” uwadze Zamawiającego, a w konsekwencji doprowadził do naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp oraz w zw. z art. 58 § 1 i § 2 kodeksu cywilnego jest konieczność powierzenia prac dotyczących branży elektrycznej podwykonawcom, ponieważ w momencie złożenia oferty MULTIKOP Sp. z o.o. nie posiadał pracownika zatrudnionego na stanowisku elektryka. Pełnomocnik MULTIKOP Sp. z o.o. de facto sam dokonał „auto denuncjacji” bowiem w przesłanych Zamawiającemu skanach umów o pracę brak jest jakiegokolwiek pracownika zatrudnionego na stanowisku elektryka, a w złożonej ofercie rzeczony Wykonawca nie wskazał, że zakres ten zamierza powierzyć podwykonawcy.

Według odwołującego, Zamawiający uchybił bezwzględnie obowiązującemu przepisowi zawartemu w art. 223 ust. 1 Pzp polegającemu na niewyjaśnieniu wskazywanego w wykazie robót budowlanych doświadczenia w aspekcie faktycznego udziału MULTIKOP Sp. z o.o. w realizacji określonych zadań. Brak weryfikacji doświadczenia, do którego odwoływał się Wykonawca w przedstawionym wykazie robót budowlanych oraz załączonemu poświadczeniu wykonania wystawionym przez Gminę Jodłowa pod wskazanym powyżej kątem lub bezrefleksyjne uznanie przez Zamawiającego, że doświadczenie uzyskane w ramach Konsorcjum może być w całości zakwalifikowane jako doświadczenie jednego z Członków Konsorcjum jakim był MULTIKOP Sp. z o.o. prowadzi w sposób bezpośredni do naruszenia art. 223 ust. 1 Pzp.

Odwołujący podniósł, że z niewiadomych przyczyn zamawiający nie wykluczył Wykonawcy z udziału w postępowaniu, dokonał wyboru oferty, którą należało odrzucić, i zaniechał wyeliminowania MULTIKOP Sp. z o.o. z udziału w postępowaniu.

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

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz wskazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca Multikop sp. z o.o. w Strzeszynie, zwany dalej również „przystępującym”. Złożył pismo procesowe z 31 stycznia 2022 r., w którym wniósł o oddalenie odwołania. W piśmie i w trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia specyfikacji warunków

zamówienia (SWZ), informację z otwarcia ofert, oferty, w tym ofertę przystępującego, wezwanie zamawiającego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 223 ustawy Pzp z dnia 3 stycznia 2022 r., wyjaśnienia przystępującego z dnia 10 stycznia 2022 r. wraz z

załącznikami, wykaz robót budowlanych złożony przez przystępującego wraz z poświadczeniem wykonania robót, zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej z 11 stycznia 2022 r., załączniki do odwołania, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dokumenty złożone przez strony i uczestnika w trakcie

posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

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

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

Stosownie do art. 128 ustawy Pzp:

4. Zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub złożonych podmiotowych środków dowodowych lub innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu.

5. Jeżeli złożone przez wykonawcę oświadczenie, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub podmiotowe środki dowodowe budzą wątpliwości zamawiającego, może on zwrócić się bezpośrednio do podmiotu, który jest w posiadaniu informacji lub dokumentów istotnych w tym zakresie dla oceny spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, kryteriów selekcji lub braku podstaw wykluczenia, o przedstawienie takich informacji lub dokumentów.

Stosownie do art. 224 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. poz. 2207) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie;

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

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

7) zgodności z przepisami z zakresu ochrony środowiska;

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

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

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

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

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

- 3) jest niezgodna z przepisami ustawy;
- 4) jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów;
- 7) została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;
- 10) zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu.

Ustalono, że przedmiotem zamówienia jest „budowa kanalizacji sanitarnej w miejscowości Goleszów oraz budowa odcinka sieci wodociągowej”.

Ustalono, że w pkt 6.1.4. SWZ zamawiający wskazał, że O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają określone przez zamawiającego warunki udziału w postępowaniu dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej. Zamawiający wskazał, że uzna warunek za spełniony:

- 1) Jeżeli Wykonawca wykaże się doświadczeniem w wykonaniu nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej jednej roboty budowlanej polegającej na budowie, sieci kanalizacyjnej o wartości nie mniejszej niż 4 000 000,00 zł brutto.

W wykazie robót budowlanych należy podać: nazwę urządzenia, wartość wszystkich robót budowlanych, datę wykonania zgodnie z protokołem odbioru, miejsce wykonania i podmiot, na rzecz których roboty te zostały wykonane, z załączeniem dowodów określających czy te roboty budowlane zostały wykonane należycie, w szczególności informacji o tym czy roboty zostały wykonane zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończone, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane były wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - inne dokumenty.

Ustalono także, że w pkt 8.4. SWZ zamawiający wskazał, że wezwie wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 5 dni od dnia wezwania, podmiotowych środków dowodowych, aktualnych na dzień złożenia.

Podmiotowe środki dowodowe wymagane od Wykonawcy, o których mowa powyżej obejmują: (...)

- 4) Wykaz robót budowlanych wykonanych nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich rodzaju, wartości, daty i miejsca wykonania oraz podmiotów, na rzecz których roboty te zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających, czy te roboty budowlane zostały wykonane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane zostały wykonywane, a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - inne odpowiednie dokumenty - zgodnie z Załącznikiem nr 4 do SWZ.

W pkt 16 SWZ zamawiający wskazał, że

16.1. Obowiązującą formą wynagrodzenia za wykonanie przez Wykonawcę przedmiotu zamówienia będzie wynagrodzenie kosztorysowe wskazane w Formularzu ofertowym stanowiącym Załącznik nr 1 do SWZ . .

16.2. Cena oferty winna być obliczona na podstawie przedmiarów robót w kosztorysie ofertowym z wyszczególnieniem zastosowanych w kosztorysie ofertowym składników cenotwórczych (stawka r-g w zł; Kp - koszty pośrednie w % od R i S; Kz - koszty zakupu w % od M; Z- zysk w % od R, S, Kp).

Ustalono także, że w rozdziale 25 SWZ zamawiający przewidział, co następuje:

KLAUZULA ZATRUDNIENIA

25.1. Stosownie do treści art. 95 ustawy PZP Zamawiający wymaga zatrudnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie umowy o pracę, w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. - Kodeks pracy (Dz. U. z 2020 r. poz. 1320 z późn. zm.), osób wykonujących czynności związane z przedmiotem zamówienia, tj. robotników budowlanych.

Wykonawca lub podwykonawca będzie zatrudniał wyżej wymienione osoby w całym okresie realizacji zamówienia. W przypadku rozwiązania stosunku pracy przed zakończeniem tego okresu, zobowiązuje się do niezwłocznego zatrudnienia na to miejsce innej osoby.

25.2. Sposób dokumentowania zatrudnienia osób, o których mowa w art. 95 Pzp:

- a) Wykonawca, w terminie do 7 dni od dnia zawarcia umowy dostarczy Zamawiającemu kompletną listę pracowników przeznaczonych do realizacji zamówienia wraz ze wskazaniem czynności, jakie osoby te będą wykonywać oraz informacją o sposobie zatrudnienia tych osób.
- b) Wykonawca zobowiązany jest do informowania Zamawiającego o każdym przypadku zmiany osób wykonujących czynności przy realizacji zamówienia lub zmiany sposobu zatrudnienia tych osób, nie później niż w terminie 3 dni od dokonania takiej zmiany.
- c) Wykonawca zobowiązuje się, że Pracownicy wykonujący przedmiot umowy wskazani w liście pracowników przeznaczonych do realizacji zamówienia będą w okresie realizacji umowy zatrudnieni na podstawie umowy o pracę w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. -Kodeks pracy (Dz. U. z 2020 r. poz. 1320 z późn. zm.).

25.3. Uprawnienia zamawiającego w zakresie kontroli spełniania przez wykonawcę wymagań, o których mowa w art. 95 ustawy pzp, oraz sankcji z tytułu niespełnienia tych wymagań:

a) Zamawiający zastrzega sobie prawo do kontrolowania wypełniania przez Wykonawcę obowiązku zatrudnienia na podstawie umowy o pracę w szczególności poprzez zlecenie kontroli Państwowej Inspekcji Pracy lub żądanie przedłożenia do wglądu dokumentów potwierdzających zatrudnienie na podstawie umowy pracę osób wykonujących czynności przy realizacji zamówienia.

b) Zamawiający dopuszcza możliwość zmiany osób, przy pomocy, których Wykonawca świadczyć będzie przedmiot umowy, na inne posiadające co najmniej taką samą wiedzę, doświadczenie i kwalifikacje opisane w SWZ z zachowaniem wymogów dotyczących zatrudniania na podstawie umowy o pracę.

c) Za niedopełnienie wymogu obowiązku zatrudniania Pracowników świadczących przedmiot umowy na podstawie umowy o pracę w rozumieniu przepisów Kodeksu Pracy, Wykonawca zapłaci Zamawiającemu kary umowne w wysokości po 500,00 złotych za każdy dzień roboczy, w którym osoba niezatrudniona przez Wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie umowy o pracę wykonywała czynności przy realizacji zamówienia. Rodzaje czynności, których dotyczą wymagania zatrudnienia na podstawie umowy o pracę zostały wymienione poniżej w pkt 25.4.

d) Wykonawca, w trakcie realizacji umowy na każde wezwanie Zamawiającego zobowiązuje się przedstawić bieżące dokumenty potwierdzające, że Przedmiot Umowy jest wykonywany przez osoby będące zatrudnione na podstawie umowy o pracę w szczególności:

- 1) oświadczenia zatrudnionego pracownika,
- 2) oświadczenia wykonawcy lub podwykonawcy o zatrudnieniu pracownika na podstawie umowy o pracę,
- 3) poświadczoną za zgodność z oryginałem kopii umowy o pracę zatrudnionego pracownika,
- 4) innych dokumentów,

- zawierających informacje, w tym dane osobowe, niezbędne do weryfikacji zatrudnienia na podstawie umowy o pracę, w szczególności imię i nazwisko zatrudnionego pracownika, datę zawarcia umowy o pracę, rodzaj umowy o pracę i zakres obowiązków pracownika.

e) Wykonawca zobowiązany jest do wprowadzenia w umowach z podwykonawcami stosownych zapisów, zobowiązujących do zatrudnienia na podstawie umowy o pracę, przez cały okres realizacji zamówienia, wszystkich osób wykonujących czynności

wymienione w poniżej w pkt 25.4 oraz umożliwiających Zamawiającemu przeprowadzenie kontroli realizacji tego obowiązku.

25.4. Rodzaje czynności niezbędne do realizacji zamówienia, których dotyczą wymagania zatrudnienia na podstawie umowy o pracę przez wykonawcę lub podwykonawcę osób wykonujących czynności w trakcie realizacji zamówienia: wykonywanie prac fizycznych przy realizacji robót budowlanych, operatorzy sprzętu i prace fizyczne instalacyjno - montażowe objęte zakresem zamówienia.

(obowiązek ten nie dotyczy sytuacji, gdy prace te będą wykonywane samodzielnie i osobiście przez osoby fizyczne prowadzące działalność gospodarczą w postaci tzw.

samozatrudnienia jako podwykonawcy).

Ustalono także, że zamawiający ustalił wartość szacunkową zamówienia w dniu 29 listopada 2021 r. na kwotę 5.666.479,35 zł (por. pkt 2 protokołu postępowania).

Ustalono także, że do upływu terminu składania ofert do zamawiającego wpłynęły następujące oferty:

- 1) przystępującego z ceną brutto 4.155.611,10 zł,
- 2) odwołującego z ceną brutto 4.425.463,22 zł,
- 3) wykonawcy Przedsiębiorstwo Budowlane „BUDOMONT” Sp. z o.o. ul. Przy Torze 1,35-205 Rzeszów z ceną brutto 4 812 862,42 zł,
- 4) wykonawcy ATB Przedsiębiorstwo Budowlano Inżynieryjne T. A. ul. Kościuszki 68,28-200 Staszów z ceną brutto 5.174.212,81 zł,
- 5) konsorcjum Lider : BCJ Firma Instalacyjno-Budowlana Sp. z o.o. ul. Piekarska 14,39-400 Tarnobrzeg, Partner: Przedsiębiorstwo Instalacyjno -Budowlane BCJ A. B.J. C. Sp.j. ul. Piekarska 12, 39-400 Tarnobrzeg z ceną brutto 5.842.500,00 zł,
- 6) konsorcjum Lider: ADMA Zakład Remontowo Budowlany M. A. ul. Kościuszki 64,28-200 Staszów, Partner: Przedsiębiorstwo Budowlano Inżynieryjne ADMA Sp. z o.o. ul. Kościuszki 64z ceną brutto 6.086.998,60 zł,
- 7) wykonawcy Wod-Gaz Zakład Robót Inżynieryjno - Transportowych C. S. Suchowola 74a,28-130 Stopnica z ceną brutto 6.790.139,03 zł.

Ustalono również, że zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia kwotę 4.500.000 zł brutto (por. informacja z otwarcia ofert i o kwocie przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia, w dokumentacji postępowania przekazanej przez zamawiającego na nośniku elektronicznym).

Ustalono, że przystępujący w pkt 10 formularza ofertowego złożył oświadczenie, że nie zamierza powierzyć wykonania żadnej części przedmiotu zamówienia podwykonawcy.

Ustalono ponadto, że przystępujący załączył do swej oferty kosztorys ofertowy na budowę sieci kanalizacji sanitarnej grawitacyjnej i tłocznej wraz z przepompowniami ścieków oraz budowa odcinków sieci wodociągowej w msc. Golezów gm. Mielec na kwotę 4.085.018,98 zł. W kosztorysie tym ujawnił następujące stawki:

Stawka r-g: 21,00 zł

Narzuty: Koszty pośrednie 35,00%R+ 35,00%S

Zysk 8,00%(R+Kp(R))+8,00%S+10,00%Kp(S)

VAT 23,00%.

Przystępujący załączył także do oferty kosztorys ofertowy na budowę przyłączy elektroenergetycznych kablowych NN 0,4 kV do przepompowni ścieków na kwotę 70 592,12 zł. W kosztorysie tym ujawnił następujące stawki:

Stawka r-g: 19,00 zł

Narzuty: Koszty pośrednie 35,00%R+ 35,00%S

Zysk 8,00%(R+Kp(R))+8,00%(S+Kp(S))

VAT 23,00%.

W dalszej kolejności ustalono, że celem wykazania warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia przystępujący złożył wykaz robót budowlanych. W wykazie tym wskazał, że Multikop sp. z o.o. posiada doświadczenie uzyskane na inwestycji pn. Zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych w ramach zadania pn. „Budowa oczyszczalni ścieków oraz budowa części kanalizacji sanitarnej w Gminie Jodłowa w zakresie Kontrakt I Zadanie B o wartości umowy 8.231.790,01 zł brutto zdobyte w okresie od 12.2018 r. do 02.2020 r. podczas wykonywania ww. robót na rzecz Gminy Jodłowa. Do wykazu załączono poświadczenie Gminy Jodłowa z 6 maja 2020 r., w którym inwestor oświadcza, że Multikop sp. z o.o. realizowała jako partner w konsorcjum zadanie pn. Zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych w ramach zadania pn. Budowa oczyszczalni ścieków oraz budowa części kanalizacji sanitarnej w Gminie Jodłowa w zakresie Kontrakt I Zadanie B. Całkowita wartość robót budowlanych brutto 8.231.790,01 zł. Prace wykonano zgodnie z zasadami sztuki budowlanej oraz prawidłowo ukończone.

Ustalono również, że pismem 3 stycznia 2022 r. r. zamawiający, działając na podstawie art. 223 ustawy Pzp zażądał od przystępującego złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty. W treści wezwania zamawiający wskazał, co następuje.

Przesłana przez Państwa oferta stanowi przesłanki odrzucenia tj. art. 226 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 58 § 1 kc. Złożona oferta zawiera nieprawdziwe oświadczenie w pkt. D ppkt.10, w którym oświadczone że: „nie zamierzamy powierzać do podwykonania żadnej części niniejszego zamówienia...”. Powyższe oświadczenie oznacza, że potencjalny Wykonawca dysponuje osobami zdolnymi do realizacji zamówienia, a zamówienie wykona siłami własnymi.

Z dostępnego sprawozdania finansowego, jak i sprawozdania z działalności Państwa firmy za 2020 r. bezspornie wynika, że oferent nie zatrudnia żadnych osób oraz nie posiada żadnego majątku trwałego (rzeczowe aktywa trwałe)

Bezspornym jest również fakt naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo Zamówień Publicznych, w zw. z art. 224 ust. 3 pkt 4 ustawy Prawo Zamówień Publicznych Oferta, w której wartość kosztów pracy przyjęta do ustalenia ceny jest 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. poz. 2177) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie (art. 224 ust. 3 pkt 4; por. też KIO 527/19) podlega odrzuceniu. Nie ulega wątpliwości, że wskazana stawka rg na poziomie 19,00 zł jest niższa od stawki wskazanej w § 2 rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 14 września 2021 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2022 r. będącego delegacją art. 2 ust. 5 przywołanej powyżej ustawy, a skoro potencjalne powierzenie zamówienia nastąpi w 2022 r. to przyjęta stawka jest rażąco niska i będzie niezgodna z obowiązującym prawem oraz może spełniać znamiona czynu nieuczciwej konkurencji jeśli Państwa oferta zostałaby wybrana w przedmiotowym postępowaniu. (kosztorys ofertowy na Budowa przyłączy elektroenergetycznych kablowych NN 0,4 kV do przepompowni ścieków).

Ustalono, że w odpowiedzi na ww. wezwanie przystępujący złożył wyjaśnienia z dnia 10 stycznia 2022 r. W wyjaśnieniach tych wskazał, co następuje. Jeśli chodzi o przesłankę odrzucenia oferty wskazaną w art. 226 ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (dalej: „Pzp”) której spełnienie Zamawiający upatruje w braku zatrudnienia osób w spółce Multikop sp. z o.o. oraz w braku majątku trwałego, to wyjaśniam, że powyższa informacja wynika ze sprawozdania finansowego za rok 2020, tj. obejmujący okres od 1 stycznia do 31 grudnia 2020 r. Powyższe sprawozdanie finansowe nie

odzwierciedla bieżącej sytuacji Wykonawcy - a podkreślić należy, że oferta w Postępowaniu została złożona w dniu 28 grudnia 2021 r., czyli niemal po upływie roku od końca okresu obrotowego objętego sprawozdaniem finansowym Wykonawcy za 2020 r. Wyjaśniam, że Wykonawca zatrudnia aktualnie 16 pracowników (ten stan zatrudnienia był aktualny także w dniu złożenia oferty Zamawiającemu, tj. 28 grudnia 2021 r.). Na dowód powyższego przedkładam przykładowe (zanonimizowane) umowy o pracę wraz z zaświadczeniem o niezaleganiu z opłacaniem składek.

Jeśli chodzi o sprzęt, to zwracam uwagę, że wniosek o braku sprzętu Zamawiający

wywodzi - podobnie jak miało to miejsce w przypadku personelu - ze sprawozdania finansowego z 2020 r., a zatem dokumentu, który nie odzwierciedla aktualnego stanu rzeczy. Ponadto zaznaczam, że Zamawiający nie postawił w SWZ żadnego wymogu dysponowania określonym sprzętem (nie było takiego warunku udziału w postępowaniu, jak również Zamawiający nie wymagał wykazu sprzętu). Wykonawca posiada sprzęt konieczny do prawidłowej realizacji zamówienia w postaci pojazdów, koparek itp., którym dysponuje na podstawie umów najmu lub użyczenia. Powyższe umowy zostały zawarte w okresie wcześniejszym, na potrzeby prowadzenia bieżącej działalności Wykonawcy (a nie wyłącznie na potrzeby realizacji zamówienia objętego niniejszym Postępowaniem), w związku z czym umowie takiej nie sposób przyznać jest przymiotu umowy podwykonawczej. Nadto wartość tych umów (poniżej 50.000 złotych) nie zobowiązuje Wykonawcy do zgłaszania tych umów Zamawiającemu.

Jeśli chodzi o rzekome naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 224 ust. 3 pkt 4 pzp poprzez przyjęcie w ofercie kosztów pracy poniżej minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, to informuję, że pracownicy zatrudnieni u Wykonawcy i skierowani do realizacji zamówienia otrzymują wynagrodzenie zgodne z przepisami ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę, o czym świadczą choćby przedłożone do niniejszego pisma umowy o pracę.

W dalszej kolejności wskazuję, że stawka wynagrodzenia w wysokości 19,00 zł/h (dotycząca wyłącznie kosztorysu ofertowego dotyczącego wykonania zasilania energetycznego) przekracza minimalną stawkę wynagrodzenia obowiązującą w dniu złożenia oferty. Należy bowiem mieć na uwadze, że minimalna stawka godzinowego wynagrodzenia za pracę w 2021 r. (czyli w roku, w którym Wykonawca złożył ofertę w Postępowaniu) wynosiła 18,30 zł/h. Biorąc pod uwagę fakt, że oferta została złożona w 2021 r., a zatem w roku, w którym obowiązywała stawka 18,30 zł/h, Wykonawca był w pełni uprawniony do przyjęcia powyższej stawki, nie naruszył przepisów o minimalnym wynagrodzeniu za pracę, a jego oferta nie jest obciążona rażąco niską ceną. Żadne powszechnie obowiązujące przepisy nie obligowały Wykonawcy do przyjęcia stawki wynagrodzenia minimalnego obowiązującego w 2022 r. Ponadto, zgodnie z art. 436 pkt 4 lit. b tiret drugie Pzp, obowiązkiem Zamawiającego, w przypadku umów zawieranych na czas dłuższy niż 12 miesięcy, jest zawrzeć w umowie w sprawie zamówienia publicznej zasady zmiany wynagrodzenia należnego wykonawcy, w przypadku zmiany wysokości wynagrodzenia minimalnego za pracę. Jest to przepis wyrażający normę imperatywną, co oznacza, że Zamawiający nie może go wyłączyć. Wprawdzie w § 15 załącznika nr 6 do SWZ - wzoru umowy - nie sposób odnaleźć podstawy prawnej pozwalającej na zmianę umowy z uwagi na zmianę przepisów dotyczących minimalnego wynagrodzenia za pracę, to jednak z uwagi na imperatywny charakter normy zawartej w art. 436 pkt 4 lit. b tiret drugie Pzp, niewątpliwie strony umowy w sprawie zamówienia publicznego mogłyby dokonać zmiany tej umowy w zakresie wynagrodzenia wykonawcy, gdyby zmiana taka wynikała ze zmiany przepisów dot. wynagrodzenia minimalnego. Wykonawca zwraca jednak uwagę, że w kosztorysie ogólnym przewidział stawkę roboczogodziny na poziomie 21 zł/h, co sprawia, że jego oferta nie tylko jest zgodna z przepisami odnoszącymi się do minimalnego wynagrodzenia za pracę, ale pokrywa i przewyższa także koszt wynagrodzeń pracowników na rok 2022. W związku z powyższym, prawdopodobnym jest także to, że Wykonawca nie będzie zmuszony do zwracania się do Zamawiającego (przynajmniej w 2022 roku) z wnioskiem o zmianę wynagrodzenia ze względu na wzrost kosztów zatrudnienia.

Nadto zaznaczam, że cena ofertowa Wykonawcy nie odbiega od cen ofertowych pozostałych wykonawców, jak również od kwoty, jaką Zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia (oferta Wykonawcy jest o ok. 8% niższa od środków Zamawiającego). Powyższe okoliczności świadczą o tym, że oferta Wykonawcy zawiera realną, rynkową cenę, nie zawiera ceny rażąco niskiej, pozwala na należyłą realizację zamówienia publicznego i gwarantuje Wykonawcy godziwy zysk.

Do wyjaśnień przystępujący załączył umowy o pracę oraz zaświadczenie o niezaleganiu w opłacaniu składek na ubezpieczenia społeczne.

Następnie ustalono, że pismem z 11 stycznia 2022 r., zamawiający zawiadomił

odwołującego o wyborze oferty przystępującego jako najkorzystniejszej.

Odwołanie zasługuje częściowo na uwzględnienie.

Zasadny okazał się zarzut zaniechania wezwania przystępującego do wyjaśnień w trybie art. 224 ust. 1 w zw. z art. 224 ust. 3 pkt 4 i 6 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał w odwołaniu na istnienie szeregu wątpliwości co do prawidłowości wyliczenia przez przystępującego ceny ofertowej, w szczególności w kontekście nie uwzględnienia w cenie ofertowej przepisów o minimalnym wynagrodzeniu za pracę. Odwołujący przedstawił w tym zakresie w odwołaniu i na rozprawie szczegółowe wyliczenia. Podkreślenia wymagało, że Krajowa Izba Odwoławcza, zarządzeniami z dnia 26 stycznia 2022 r., działając na podstawie art. 536 ustawy Pzp i § 26 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 30 grudnia 2020 r. w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz. U. z 2020 r. poz. 2453) zobowiązała zarówno zamawiającego jak i przystępującego do złożenia pism procesowych zawierających ustosunkowanie się do zarzutów przedstawionych w odwołaniu.

Po zapoznaniu się z odpowiedzią na odwołanie i pismem procesowym przystępującego z dnia 31 stycznia 2022 r. Izba stwierdziła, że zarówno zamawiający jak i przystępujący nie odnieśli się szczegółowo do stanowiska odwołującego i nie rozwiali wątpliwości, na jakie odwołujący zwracał uwagę w odwołaniu. Zamawiający odnosząc się do szerokich wywodów i wyliczeń odwołującego ograniczył się jedynie do stwierdzenia, że wyliczenia te są „czystą konfabulacją odwołującego”. Tego rodzaju stwierdzenie nie można było uznać za realizację zobowiązania Izby do ustosunkowania się do merytorycznych zarzutów odwołującego. Z kolei przystępujący w swym piśmie procesowym de facto ograniczył się do poparcia swoich wyjaśnień z dnia 10 stycznia 2022 r., z którymi odwołujący podjął szeroką i merytoryczną polemikę. Prawidłowe wykonanie zobowiązania Izby wymagało odniesienia się przystępującego do argumentów strony przeciwnej wskazujących na braki i błędy wyjaśnień, a nie powtórzenia tez wynikających z tych wyjaśnień.

Izba nie przesądza, że sposób kalkulowania minimalnych kosztów, jaki odwołujący przedstawił w odwołaniu i na rozprawie jest właściwy i miarodajny również dla przystępującego. Jednak w sytuacji zwrócenia uwagi odwołującego na istniejące wątpliwości, które w toku postępowania odwoławczego przez stronę przeciwną nie zostały rozwiane, koniecznym okazało się poznanie założeń co do ofertowania, jakimi kierował się przystępujący i dowodów na prawidłowość takich założeń.

Wobec powyższego w ocenie Izby koniecznym okazało się powtórzenie czynności badania i oceny ofert i wezwanie przystępującego w trybie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp do wyjaśnienia prawidłowości kalkulacji ceny ofertowej, w tym przedstawienia dowodów.

Izba uznała za niezasadne dalej idące żądanie odwołującego, który - w okolicznościach danej sprawy - domagał się nakazania zamawiającemu odrzucenia oferty przystępującego jako sprzecznej z ustawą, obarczonej błędem w obliczeniu ceny, czy nieważnej na podstawie odrębnych przepisów.

Izba podkreśla akcentowany w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości jak również samej Izby pogląd, że zamawiający nie może automatycznie odrzucić oferty wykonawcy z powodu zaoferowania przez niego ceny rażąco niskiej, bez umożliwienia mu złożenia stosownych wyjaśnień. Europejski Trybunał Sprawiedliwości wyraził pogląd „Art. 29 ust. 5 Dyrektywy Rady 71/305, od stosowania którego Kraje Członkowskie nie mogą odstąpić w żadnym istotnym stopniu, zakazuje Krajom Członkowskim wprowadzania przepisów, które wymagają automatycznej dyskwalifikacji ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia, według kryterium arytmetycznego, zobowiązuje natomiast zamawiającego do zastosowania procedury analizy ofert, przewidzianej w tej dyrektywie, która daje oferentowi sposobność przedstawienia wyjaśnień. (Wyrok ETS z dnia 18.06.1991 r. w sprawie C - 295/89 („Impresa Dona Alfonso”). Stanowisko Trybunału znajduje odzwierciedlenie w ustawie Pzp, która stanowi w art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, że „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”. Zatem niedopuszczalne jest automatyczne ustalenie przez zamawiającego, iż zaoferowano cenę

noszącą znamiona ceny rażąco niskiej bez umożliwienia wykonawcy złożenia stosownych wyjaśnień. Nie ulegało zaś wątpliwości Izby, że zamawiający nie wzywał przystępującego do złożenia wyjaśnień obrazujących sposób kalkulowania ceny (art. 224 ust. 1 ustawy Pzp), o czym będzie mowa poniżej. Zatem żądanie odrzucenia jego oferty należało ocenić jako przedwczesne.

Zdaniem Izby odrzucenie oferty, nawet z powołaniem się na przepisy o odrzucaniu ofert z powodu niezgodności z ustawą, błędu w obliczeniu ceny, czy nieważności na podstawie odrębnych przepisów, w sytuacji, w której zarzuty te de facto sprowadzały się do niedoszacowania ceny ofertowej przystępującego, stanowiłoby obejście przepisu art. 224 ustawy Pzp i miałyby charakter zakazanego, automatycznego odrzucenia oferty z powodu zaniżenia ceny, bez umożliwienia wykonawcy złożenia stosownych wyjaśnień.

Izba podzieliła stanowisko przystępującego, że wezwanie zamawiającego z 3 stycznia 2022 r. nie stanowiło wezwania do złożenia wyjaśnień ceny ofertowej w trybie art. 224 ust. 1 Pzp. Jak wynikało literalnie z treści analizowanego wezwania, zostało ono wystosowane w na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp. Analiza wezwania prowadziła do wniosku, że zamawiającego interesowały wyłącznie dwa wskazane przez niego aspekty i to w wąskim zakresie. Do takiego wezwania przystępujący się zastosował. Zdaniem Izby wykonawca nie może ponosić negatywnych skutków niezastosowania się wezwania zamawiającego kierowanego w trybie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, w sytuacji gdy takie wezwanie nie zostało do niego wystosowane. Zasadnym okazało się więc nakazanie zamawiającemu kompleksowego wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w trybie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, co wynika z pkt 1 sentencji wyroku. Zarzuty naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 3, 4, 7, 10 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego podlegały zatem oddaleniu.

Chybiony okazał się zarzut dotyczący zaniechania przez zamawiającego czynności wezwania przystępującego do złożenia dowodów z dokumentów ZUS ZUA odnoszących się do pracowników przystępującego.

Podkreślenia wymagało, że zamawiający ma prawo żądać od wykonawców złożenia takich dokumentów, które zostały opisane w dokumentach zamówienia. Ponadto dokumenty podmiotowe żądane w SWZ powinny mieścić się w katalogu dokumentów wynikających z rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, wydane na podstawie art. 128 ust. 6 ustawy Pzp

Izba stwierdziła, że odwołujący w odwołaniu ani na rozprawie nie wskazał jakiegokolwiek postanowienia z dokumentów zamówienia, z którego wynikałby obowiązek złożenia przez wykonawców w tym postępowaniu dokumentów ZUS ZUA na etapie oceny ofert. Przepis art. 224 ust. 1 w zw. z art. 224 ust. 3 pkt 6 ustawy Pzp, na jaki powołał się odwołujący, odnosi się do prawa żądania przez zamawiającego złożenia przez wykonawcę wyjaśnień i dowodów od wykonawców. Uszło jednak uwadze odwołującego, że zamawiający co do zasady nie może narzucać wykonawcy środków dowodowych, jakimi wykonawca chce posłużyć się w odpowiedzi na takie wezwanie.

Co do zarzutu niewłaściwej oceny umów o pracę, złożonych przez przystępującego przy piśmie z dnia 10 stycznia 2022 r., w pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że rzeczywiście na niektórych umowach o pracę data ich zawarcia była zmieniana. Jednakże zamawiający w dokumentach zamówienia nie wymagał, aby wykonawcy, w momencie ofertowania, zatrudniali jakichkolwiek pracowników na podstawie umowy o pracę. Uszło uwadze odwołującego, że zamawiający w pkt 25. 1 SWZ wskazał, że:

Stosownie do treści art. 95 ustawy PZP Zamawiający wymaga zatrudnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie umowy o pracę, w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. - Kodeks pracy (Dz. U. z 2020 r. poz. 1320 z późn. zm.), osób wykonujących czynności związane z przedmiotem zamówienia, tj. robotników budowlanych.

Wykonawca lub podwykonawca będzie zatrudniał wyżej wymienione osoby w całym okresie realizacji zamówienia. W przypadku rozwiązania stosunku pracy przed zakończeniem tego okresu, zobowiązuje się do niezwłocznego zatrudnienia na to miejsce innej osoby.

Jak wynikało z przywołanego postanowienia, robotnicy budowlalni rzeczywiście będą musieli być zatrudnieni przez wykonawcę na podstawie umowy o pracę, ale dopiero „w

całym okresie realizacji zamówienia". W tej sytuacji kwestia istnienia lub nie, na moment

ofertowania, umów o pracę łączących przystępującego z robotnikami posiadała drugorzędne znaczenie. Znaczenie posiadał zaś fakt, czy koszty zatrudnienia wynikające z ewentualnie zawartych umów zostały skalkulowane w cenie ofertowej, co powinno być ocenione kompleksowo w ramach wyjaśnień, jakie przystępujący zobowiązany będzie złożyć w trybie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp.

Chybione okazały się zarzuty dotyczące zaniechania odrzucenia oferty przystępującego

z powodu braku zatrudniania przez niego elektryka w momencie ofertowania, przy

jednoczesnym złożeniu oświadczenia o wykonaniu całości robót siłami własnymi.

Izba stwierdziła, że z żadnego postanowienia SWZ nie wynikało, aby wykonawca miał obowiązek zatrudnić elektryka na podstawie umowy o pracę już w momencie ofertowania. Jak wskazano powyżej, zamawiający w pkt 25.1 SWZ wskazał, że robotnicy mają być zatrudnieni na podstawie umowy o pracę w momencie realizacji robót, a nie na etapie ofertowania. Zamawiający nie sformułował też w SWZ warunku, aby wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia, dysponował w momencie ofertowania osobą elektryka. Jak wynikało z pkt 6.1.4.2 SWZ, zamawiający wymagał od wykonawców, aby na moment ofertowania dysponowali jedynie osobą posiadającą uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci instalacji wodociągowych i kanalizacyjnych bez ograniczeń.

Ponadto dostrzeżenia wymagało, że zamawiający w pkt 9.10 SWZ zastrzegł, że nie żąda

wskazania przez wykonawcę, w ofercie, części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom, którzy nie są podmiotami udostępniającymi zasoby, oraz podania nazw ewentualnych podwykonawców. Wobec takiej treści dokumentów zamówienia, przystępujący, działając w zaufaniu do nich, nie musiał ujawniać zamiaru zatrudniania ewentualnego podwykonawcy-elektryka w ofercie.

Wobec powyższego okoliczność, iż w umowach o pracę złożonych przez przystępującego przy piśmie z 10 stycznia 2022 r. próżno było szukać elektryka i jednocześnie nie przewidział on, iż powierzy w tym zakresie prace podwykonawcy, nie mogła świadczyć o niezgodności oferty przystępującego z dokumentami zamówienia. Zarzut podlegał zatem oddaleniu.

Zasadny okazał się zarzut zaniechania przez zamawiającego czynności wezwania przystępującego do udzielenia wyjaśnień, za jaką część zadania referencyjnego ujawnionego w wykazie robót odpowiadał przystępujący - Multikop sp. z o.o.

Celem wykazania warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia przystępujący złożył wykaz robót budowlanych. W wykazie tym wskazał, że Multikop sp. z o.o. posiada doświadczenie uzyskane na inwestycji pn. Zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych w ramach zadania pn. „Budowa oczyszczalni ścieków oraz budowa części kanalizacji sanitarnej w Gminie Jodłowa w zakresie Kontrakt I Zadanie B o wartości umowy 8.231.790,01 zł brutto zdobyte w okresie od 12.2018 r. do 02.2020 r. podczas wykonywania ww. robót na rzecz Gminy Jodłowa. Do wykazu załączono poświadczenie Gminy Jodłowa z 6 maja 2020 r., w którym inwestor oświadcza, że Multikop sp. z o.o. realizowała jako partner w konsorcjum zadanie pn. Zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych w ramach zadania pn. Budowa oczyszczalni ścieków oraz budowa części kanalizacji sanitarnej w Gminie Jodłowa w zakresie Kontrakt I Zadanie B. Całkowita wartość robót budowlanych brutto 8.231.790,01 zł. Prace wykonano zgodnie z zasadami sztuki budowlanej oraz prawidłowo ukończone.

Przypomnienia wymagało, że zgodnie z § 9 ust. 3. rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, Jeżeli wykonawca powołuje się na doświadczenie w realizacji robót budowlanych, dostaw lub usług, wykonywanych wspólnie z innymi wykonawcami, wykaz, o którym mowa w ust. 1 pkt 1, dotyczy robót budowlanych, w których wykonaniu wykonawca ten bezpośrednio uczestniczył.

Jak wynikało z ww. dokumentów, przystępujący powołał się na zadanie zrealizowane przez niego w konsorcjum złożonym z kilku wykonawców. Z treści złożonego wykazu robót ani poświadczenia nie wynikało jednoznacznie, czy ujawniona tam kwota ponad 8 mln złotych dotyczyła robót budowlanych, w których wykonaniu przystępujący bezpośrednio uczestniczył. W tej sytuacji odwołujący słusznie dostrzegł, że zamawiający zaniechał

wyjaśnienia tej kwestii.

Bezzasadne okazało się powoływanie się zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie na rozmowę telefoniczną przeprowadzoną z pracownikiem Urzędu Gminy Jodłowa. Po pierwsze, oświadczenie zamawiającego o przeprowadzeniu takiej rozmowy pozostało gołosłowne i nie zostało poparte żadnym dowodem. Po drugie, przypomnienia wymagało, że zgodnie z przepisem art. 20 ust. 1 ustawy Pzp, Postępowanie o udzielenie zamówienia, z zastrzeżeniem wyjątków przewidzianych w ustawie, prowadzi się pisemnie. Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie i w trakcie rozprawy nie wskazał żadnego przepisu ustawy Pzp, który uprawniałby go do odstąpienia od zasady pisemności przy czynności weryfikacji doświadczenia wykonawcy u inwestora. Wobec powyższego ewentualne działania zamawiającego, nawet jeśli zostały wykonane, co nie zostało wykazane, należało uznać za bezskuteczne.

Za spóźnione należało uznać złożenie przez przystępującego faktur na rozprawie, mających udokumentować wartości tych robót referencyjnych, za jakie przystępujący bezpośrednio odpowiadał. Wykazanie warunku udziału w postępowaniu następuje w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przed zamawiającym, a nie w toku postępowania odwoławczego przez Izbę. Treść złożonych faktur nie mogła więc zmienić oceny Izby co do niewykazania przez przystępującego warunku udziału w postępowaniu przed zamawiającym. Wobec powyższego Izba nakazała zamawiającemu wezwanie przystępującego do złożenia stosownych wyjaśnień w tym zakresie.

Na marginesie dostrzeżenia wymaga, że zgodnie z art. 128 ust. 5 ustawy Pzp, jeżeli złożone przez wykonawcę oświadczenie, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub podmiotowe środki dowodowe budzą wątpliwości zamawiającego, może on zwrócić się bezpośrednio do podmiotu, który jest w posiadaniu informacji lub dokumentów istotnych w tym zakresie dla oceny spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, kryteriów selekcji lub braku podstaw wykluczenia, o przedstawienie takich informacji lub dokumentów. Zamawiający może zatem, niezależnie od obowiązku wezwania przystępującego do złożenia stosownych wyjaśnień, zwrócić się do Urzędu Gminy Jodłowa, celem potwierdzenia wartości robót referencyjnych, w których wykonaniu przystępujący bezpośrednio uczestniczył. Fakt wystosowania takiego pisma i udzielonej odpowiedzi powinien być udokumentowany i stawić załącznik do protokołu postępowania.

Izba, działając na podstawie art. 541 Pzp, postanowiła oddalić wniosek odwołującego o przeprowadzenie dowodu z dokumentów ZUS ZUA z uwagi na ich niezłożenie.

Izba, działając na podstawie art. 541 Pzp, postanowiła oddalić wniosek odwołującego o przeprowadzenie dowodu z przesłuchania świadków wskazanych w odwołaniu z uwagi na brak danych umożliwiających wezwanie świadków na rozprawę, a także z powodu niewskazania faktów, które miały być wykazane wnioskowanym dowodem.

Stosownie do art. 553 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t. jedn. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.), o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie. Orzeczenie Izby, o którym mowa w pkt 1 i 2 sentencji, miało charakter merytoryczny, gdyż odnosiło się do częściowego uwzględnienia i oddalenia odwołania. Z kolei orzeczenie Izby zawarte w pkt 3 sentencji miało charakter formalny, gdyż dotyczyło kosztów postępowania, a zatem było postanowieniem. O tym, że orzeczenie o kosztach zawarte w wyroku Izby jest postanowieniem przesądził Sąd Najwyższy w uchwale z 8 grudnia 2005 r. III CZP 109/05 (OSN 2006/11/182). Z powołanego przepisu art. 553 ust. 1 ustawy Pzp wynika zakaz wydawania przez Izbę orzeczenia o charakterze merytorycznym w innej formie aniżeli wyrok. Z uwagi zatem na zbieg w jednym orzeczeniu rozstrzygnięć o charakterze merytorycznym (pkt 1, 2 sentencji) i formalnym (pkt 3 sentencji), całe orzeczenie musiało przybrać postać wyroku.

Zgodnie z przepisem art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców. W analizowanej sprawie stwierdzone naruszenia ustawy Pzp, mogą mieć istotny wpływ na wynik postępowania, co skutkowało częściowym uwzględnieniem odwołania.

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

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

W konsekwencji Izba nakazała zamawiającemu dokonanie unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w sposób opisany w pkt 1 sentencji.

Wobec powyższego, na podstawie art. 554 ust. 1 pkt 1 i art. 554 ust. 3 pkt 1 ustawy

Pzp, orzeczono jak w pkt 1 sentencji.

Odnosnie żądań, których Izba nie podzieliła, na podstawie art. 554 ust. 2 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 2 sentencji. Stosownie do przywoływanego przepisu, w przypadku uwzględnienia odwołania w części, w sentencji wyroku Izba wskazuje, które zarzuty uznała za uzasadnione, a które za nieuzasadnione.

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

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

Stosownie do § 7 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):

2. W przypadku uwzględnienia odwołania przez Izbę w części, koszty ponoszą:

- 1) odwołujący i zamawiający, jeżeli w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił żaden wykonawca albo uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów przedstawionych w odwołaniu w całości albo w części, albo

3. W przypadku, o którym mowa w ust. 2 pkt 1 i 2, Izba rozdziela:

- 1) wpis stosunkowo, zasądzając odpowiednio od zamawiającego albo uczestnika postępowania odwoławczego wnoszącego sprzeciw na rzecz odwołującego kwotę, której wysokość ustali, obliczając proporcję liczby zarzutów przedstawionych w odwołaniu, które Izba uwzględniła, do liczby zarzutów, których Izba nie uwzględniła;
- 2) koszty, o których mowa w § 5 pkt 2, w sposób określony w pkt 1 lub znosi te koszty wzajemnie między odwołującym i odpowiednio zamawiającym albo uczestnikiem postępowania odwoławczego wnoszącym sprzeciw.

W analizowanej sprawie odwołanie okazało się zasadne w połowie. Odpowiedzialność za wynik postępowania ponosił zatem odwołujący w części 1/2 i zamawiający w części 1/2. Na koszty postępowania składał się wpis od odwołania uiszczony przez odwołującego w kwocie 10.000 zł, oraz koszty poniesione przez odwołującego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3.600,00 zł, ustalone na podstawie rachunku złożonego do akt sprawy (łącznie 13.600 zł).

Odwołujący poniósł dotychczas koszty postępowania odwoławczego w wysokości 13.600 zł tytułem wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika, tymczasem odpowiadał za nie jedynie do wysokości 6.800 zł (13.600 zł x 1/2). Wobec powyższego Izba zasądziła od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 6.800 zł (13.600 zł - 6.800 zł), stanowiącą różnicę pomiędzy kosztami poniesionymi dotychczas przez odwołującego a kosztami postępowania, za jakie odpowiadał w świetle jego wyniku.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 557 oraz art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 7 ust. 2 pkt 1 oraz § 7 ust. 3 pkt 1 i 2 w zw. z § 5 pkt 1 oraz pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: