Sygn. akt: KIO 2586/22

WYROK

z dnia 19 października 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marek Bienias

Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 października 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 października 2022 r. przez wykonawcę PROKOM Construction Sp. z o. o. z siedzibą w Sosnowcu w postępowaniu prowadzonym przez Miasto Łódź - Zarząd Inwestycji Miejskich w Łodzi,

przy udziale wykonawcy PILAMIS spółka z ograniczoną odpowiedzialnością sp.k. z siedzibą w Łodzi, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie

zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę PROKOM Construction Sp. z o. o. z siedzibą w Sosnowcu i

2.1. Zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę PROKOM Construction Sp. z o. o. z siedzibą w Sosnowcu, tytułem wpisu

od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. 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 2586/22

Zamawiający - Miasto Łódź - Zarząd Inwestycji Miejskich w Łodzi - prowadzi postępowanie

o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. "Pełnienie

nadzoru nad realizacją robót oraz zarządzaniem Kontraktem pn.: „Kompleksowa

modernizacja linii tramwajowej w ul. Konstantynowskiej na odcinku od ul. Krakowskiej do granic miasta wraz z infrastrukturą towarzyszącą (w trybie zaprojektuj i wybuduj)" Inżynier Kontraktu", Znak sprawy: ZIM- DZ.2621.15.2022. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 3 czerwca 2022 r., numer 2022/S 107-299720.

W dniu 3 października 2022 r. wykonawca PROKOM Construction Sp. z o. o. z siedzibą w Sosnowcu wniósł odwołanie wobec następujących czynności i zaniechań Zamawiającego:

1. czynności wyboru oferty Pilamis Sp. z o.o. Sp.k. z siedzibą w Łodzi, pomimo że to oferta Odwołującego powinna zostać wybrana jako najkorzystniejsza;

2. czynności odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp w związku z niezasadnym przyjęciem przez Zamawiającego, że oferta Odwołującego zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu z mówienia oraz, że złożone przez Odwołującego wyjaśnienia co do sposobu kalkulacji ceny oferty wraz lz dowodami nie uzasadniają ceny podanej w ofercie, pomimo że Odwołujący w sposób dostateczny wyjaśnił i potwierdził zasadność i realność zaoferowanej przez siebie ceny oraz przedstawił dowody;

3. zaniechania czynności wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie sposobu kalkulacji ceny na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, w sytuacji, w której Zamawiający pomimo złożenia przez Odwołującego wyczerpujących wyjaśnień powziął wątpliwości w zakresie przyjętych wyliczeń i założeń dla określenia ceny oferty Odwołującego.

W związku z powyższym Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie poniższych

przepisów:

1. art. 226
ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego w związku z niezasadnym przyjęciem, że oferta Odwołującego zawiera rażąco niską ofercie w stosunku do przedmiotu zamówienia, oraz że złożone przez Odwołującego wyjaśnienia w zakresie sposobu kalkulacji ceny oferty wraz z dowodami nie uzasadniają ceny podanej w ofercie, pomimo że Odwołujący w sposób dostateczny wyjaśnił i potwierdził zasadność i realność zaoferowanej przez siebie ceny oraz przedstawił na potwierdzenie powyższego dowody;

2. art. 224
ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie czynności wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie sposobu kalkulacji ceny, w sytuacji w której Zamawiający pomimo złożenia przez Odwołującego wyczerpujących wyjaśnień oraz dowodów powziął nowe wątpliwości w zakresie przyjętych wyliczeń i założeń dla określenia ceny oferty Odwołującego.

Opierając się na przedstawionych zarzutach Odwołujący wniósł o:

1) unieważnienie czynności wyboru oferty Pilamis Sp. z o.o. Sp.k. z siedzibą w Łodzi jako oferty najkorzystniejszej; oraz

2) unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp; oraz

3) dokonanie ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego; ewentualnie także

4) ewentualnie wezwanie Odwołującego do złożenia kolejnych wyjaśnień w zakresie sposobu kalkulacji ceny oferty;

5) dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący wskazał, że:

I. Stan faktyczny

1. Zamawiający prowadzi postępowanie pn. "Pełnienie nadzoru nad realizacją robót oraz zarządzaniem Kontraktem pn.: ,,Kompleksowa modernizacja linii tramwajowej w ul. Konstantynowskiej na odcinku od ul. Krakowskiej do granic miasta wraz z infrastrukturą towarzyszącą (w trybie zaprojektuj i wybuduj)" Inżynier Kontraktu", Znak sprawy: ZIM-DZ.2621.15.2022 (dalej: "Postępowanie"). Przedmiotem zamówienia są usługi.

2. Zamawiający określił w SWZ szczegółowy zakres obowiązków Inżyniera Kontraktu - m.in. w Rozdziale IV.2-OPZ.

3. Z kolei w Rozdziale IV.3 określono ogólne wymagania, w tym między innymi co do: 3.1 Biuro Inżyniera Kontraktu (. ..) powinno znajdować się znajdować się dla zadania 1 na terenie Łodzi, w odległości nie większej niż 5 km od siedziby Zamawiającego; posiadać salę konferencyjną mogącą pomieścić minimum 20 osób; Inżynier Kontraktu musi pokryć wszystkie koszty bieżące, związane z funkcjonowaniem biura;

Sposoby raportowania - pkt 3.2 , 3.3 oraz inne parametry w dalszej części Rozdziału.

W następstwie pytań i odpowiedzi Zamawiający wprowadził wymóg zapewnienia Samochodu dla Zamawiającego.

4. W dalszej części SWZ - w pkt IV.7 Zamawiający określił, że Wykonawca zobowiązany jest do zatrudnienia na podstawie umowy o pracę przy realizacji przedmiotu umowy osób wykonujących następujące czynności: Inżynier Kontraktu i Inspektor ds. Rozliczeń.

5. W Rozdziale XIV Zamawiający bardzo ogólnie określił opis sposobu prz gotowania oferty, w tym w pkt 3 wskazał, że: Dokumenty, dla których Zamawiający określił wzory w formie formularzy załączonych do niniejszej SWZ, winny być wypełnione zgodnie z tymi wzorami, co do treści oraz opisu kolumn i wierszy. Wzory te zawierają minimalny katalog wymaganych informacji - wykonawca winien podać wszystkie niezbędne informacje pozwalające na ocenę jego oferty.

6. W pkt XIV.IV.1 Zamawiający wprowadził Formularz Oferty - sporząd4ony zgodnie ze wzorem stanowiącym Załącznik nr 2 w którym oczekiwał

podania jedynie Ceny ryczałtowej brutto.

7. Co ma szczególne znaczenie dla sprawy, Zamawiający w Rozdziale

XVII SWZ wskazał Sposób obliczenia ceny, gdzie po pierwsze wskazał, że 1. Ceną

ofertową wymienioną w Formularzu ofertowym jest cena całkowita brutto za wykonanie zamówienia. W dalszej części tego Rozdziału wskazano, że 2.

Wykonawca winien we własnym zakresie wycenić zakres prac objęty p/2edmiotem zamówienia tj. wszelkie niezbędne materiały, koszty robocizny i inne koszty, o których owa w pkt 3, w sposób umożliwiający jego realizację zgodnie z powszechnie obowiązującymi przepisami prawa oraz wymaganiami Zamawiającego. Ponadto Zamawiający wyraźnie określił, że cena ma mieć charakter ryczałtowy i powinna zawierać koszty pośrednie i bezpośrednie oraz zysk Wykonawcy.

8. Podobnie także w projektowanych postanowieniach umownych wskazano

par. 7.1, że Całkowite wynagrodzenie Inżyniera Kontraktu, za pełnienie obowiązków określonych w niniejszej Umowie (Cena Umowna) wynosi (. ..). Zaś w punkcie 2 zapisano: Wynagrodzenie określone w ust. 1 jest wynagrodzeniem ryczałtowym i obejmuje wykonywanie wszystkich czynności objętych zakresem obowiązków Inżyniera Kontraktu w ramach Umowy, niezależnie od poniesionych przez niego kosztów (. ..). Zatem Zamawiający nie określił elementów ceny, wskazując że

wynagrodzenie Wykonawcy ma charakter ryczałtowy.

Dowód: SWZ - w aktach postępowania

9. W postępowaniu złożono 4 (cztery) oferty. Rozkład cen i ich stosunek do średniej arytmetycznej wszystkich cen oraz budżetu Zamawiającego prezentował się następująco:

L. P.	Wykonawca	Cena brutto [w PLN]:	Stosunek do arytmetycznej	Stosunek do budżetu Zamawiającego:
1.	Biuro Usług Inwestycyjnych Ciechański & Haładaj Sp. j.	987 382,50	126%	114%
2.	Odwołujący - PROKOM Construction Sp. z o.o.	567 030,00	73%	65%
3.	Pilamis Sp. z o.o. Sp. k.	784 740,00	106%	91%
4.	BAUMARK Sp. z o.o. oraz R.S. P.H.U."BAUMARK" - Odrzucona	968 010,00	-	-
średnia ofert niepodlegających odrzuceniu: 1-3:		779 717,50		
Kwota przeznaczona przez Zamawiającego:		861 000,00		

Dowód: zbiorcze zestawienie ofert - w aktach postępowania

10. Zamawiający w dniu 21 lipca 2022 r. wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie sposobu kalkulacji ceny oferty. Zamawiający wymagał złożenia wyjaśnień Kalkulacji wszystkich kosztów mających zasadnicze znaczenia

dla określenia wartości ceny brutto, w szczególności w zakresie:: zarządzania procesem świadczonych usług, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków usług, oryginalności usług oferowanych przez Wykonawcę,

zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy - zakaz kalkulowania cen poniżej minimalnego wynagrodzenia za pracę, zgodności z prawem (pomoc

publiczna), zgodności z prawem (prawo pracy i zabezpieczenia społecznego), zgodności z prawem (ochrona środowiska), Koszty ogólne i niezbędne do realizacji oraz zysk.

Dowód: wezwanie do złożenia wyjaśnień z dnia 21 lipca 2022 r. - w aktach postępowania

11. Odwołujący pismem z dnia 27 lipca 2022 złożył wyjaśnienia wraz z dowodami, w których wskazał na sposób kalkulacji wynagrodzenia pracowników (przedstawiając szczegółową kalkulację - tabelę wykonaną na potrzeby przygotowania oferty), dane wyjściowe do wyliczeń, przewidywane ilości dniówek, koszty administracji, koszty transportu, koszty obsługi oraz wskazał na ryzyka kontraktowe.

Dowód: wyjaśnienia z dnia 27 lipca 2022 r. - w aktach postępowania

12. Zamawiający w dniu 21 września 2022 r. poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w zw. z art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, tj. z uwagi na rzekome złożenie przez Odwołującego oferty, która zawiera cenę rażąco niską.

Dowód: informacja o wyborze oferty- w aktach postępowania

13. Odwołujący nie zgadza się z decyzją Zamawiającego wskazując, że została podjęta z naruszeniem przepisów prawa. Oferta Odwołującego zawiera cenę

realną oraz cenę rynkową, co potwierdza m.in. fakt, iż po pierwsze nie różni się ona od innych ofert złożonych w postępowaniu o więcej niż 30% (w odniesieniu do średniej ofert niepodlegających odrzuceniu stanowi ~73% średniej). Nadto różnica pomiędzy ofertą Odwołującego a kolejną ofertą w Postępowaniu, wybraną jako najkorzystniejsza również mieści się w przedziale poniżej 30% (~28% tańsza). Tylko z powyższego wynika, że Odwołujący zaoferował cenę rynkową, zaś to Zamawiający dysponował przeszacowaną wartością zamówienia.

14. Odwołujący stoi na stanowisku, że złożone przez niego wyjaśnienia w sposób

dostateczny potwierdzają założenia kalkulacyjne oferty oraz realność przyjętych stawek. W sytuacji: w której Zamawiający miał wątpliwości co do wyceny

poszczególnych pozycji miał możliwość wezwania Odwołującego do złożenia

dodatkowych wyjaśnień w trybie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp. Zaniechanie działań w tym zakresie pozbawiło Odwołującego szansy obrony przyjętych wyliczeń oraz wyjaśnienia wątpliwości które Zamawiający przedstawił tylko w

zawiadomieniu o odrzuceniu I ofert. Zamawiający podjął arbitralną i nieuzasadnioną decyzję o eliminacji z Postępowania wykonawcy, który jest w stanie wykonać należycie cenę za wskazaną w ofercie kwotę oraz jest ewentualnie gotowy szczegółowo wyjaśnić wątpliwości Zamawiającego wskazane z uzasadnieniu odrzuceni oferty.

II. Uzasadnienie zarzutu odwołania

Wprowadzenie

15. Słowem wstępu wskazać należy, że zarówno w ustawie Pzp, jak równi ż w żadnym innym akcie obowiązującego prawa, nie została zawarta definicja ceny rażąco niskiej. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej wykształciło się,

przyjmowane przez lata, stanowisko, że rażąco niska cena to cena, która jest (i) nierynkowa, oraz (ii) cena, która nie pozwala na pokrycie kosztów wykonania

zamówienia (cena nierealna).

16. Izba w wyroku z dnia 16 września 2020 r . (KIO1969/20) orzekła, że: „Przepisy nie definiują pojęcia rażąco niskiej ceny, Jednak w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej za ofertę z rażąco niską ceną uznaje się taką, która zawiera cenę niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień, tj. cenę wskazującą na fakt wykonania zamówienia poniżej kosztów

wytworzenia przedmiotu zamówienia. Co istotne o tym, czy mamy do czynienia z ceną rażąco niską, decyduje każdorazowo badanie, czy jest ona realna, ti.

każdorazowe odniesienie danej ceny do konkretnego przedmiotu zamówienia,

jego specyfiki oraz rynku danego rodzaju zamówienia."

17. Podnoszone są również stanowiska, zgodnie z którymi: "Co do zasady rażąco niską będzie cena niepokrywająca średniego jednostkowego kosztu zmiennego wykonania, czyli pogarszająca wynik finansowy przedsiębiorstwa. Zawsze jednak konieczne jest, aby cena oferty była rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia, a dokładniej jego wartości rynkowej. W konsekwencji wartość rynkowa przedmiotu zamówienia, obejmująca jego pełny

zakres i wszystkie konieczne do jego wykonania nakłady kosztowe, ustalana

przez porównanie cen występująclych w danej branży dla określonego asortymentu stanowić będzie punkt odniesienia dla ceny rażąco niskiej." (KIO

509/20)

I

18. Jak również: "Rażąco niska cena to taka, która jest nierealistyczna, niewiarygodna w kontekście aktualnej sytuacji rynkowej. Nie wystarczy więc, aby cena zasadniczo odbiegała od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen pozostałych ofert złożonych w postępowaniu. Istotne, aby była to cena taka, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę

byłoby nieopłacalne. Musi to być cena rażąco niska w stosunku do konkretnego

przedmiotu zamówienia, uwzględniającego specyfikę rynku." (KIO 2729/17)

19. W ocenie Odwołującego zaoferowana przez niego cena nie nosi znamion ceny rażąco niskiej - świadczy o tym fakt, że nie odbiega ona w sposób znaczący od średniej ofert niepodlegających odrzuceniu oraz oferty wybranej jako najkorzystniejsza - różnica nie przekracza ustawowego progu 30%. Chociażby w tym zakresie należy zwrócić uwagę, że Zamawiający dokonał błędnego obliczenia wartości procentowych na potrzeby zakwalifikowania oferty do badania RNC.

20. Dodatkowo podkreślenia wymaga, że sposób kalkulacji ceny zawsze jest determinowany opisem przedmiotu zamówienia. W przypadku przedmiotowego zamówienia Zamawiający nie określił szczególnych standardów dla świadczonej usługi opisując jedynie ogólne wymagania w OPZ zawartym w SWZ oraz Projektowanych

postanowień umowy. W świetle powyższego każdy z wykonawców miał możliwości doboru danych niezbędnych do zbudowania ceny ofertowej. Wysokość przyjmowanych stawek, w sytuacji, w której przedmiotem zamówienia jest usługa, zazwyczaj opiera się na danych historycznych lub aktualnych danych na temat wysokości wynagrodzeń

poszczególnych pracowników - taka też metoda została przyjęta przez Odwołującego na potrzeby przedmiotowego Postępowania. Jednakże skoro Zamawiający nie

wprowadził obowiązku złożenia formularza ofertowego zawierającego szczegółowe

kalkulacje, limity poszczególnych cen na poszczególne komponenty oraz kilkakrotnie

wskazał że oczekuje określenia wynagrodzenia ryczałtowego, to nie może czynić

zarzutu wobec wykonawców którzy przyjęli takie a nie inne sposób kalkulacji.

21. W wyroku z dnia 22 grudnia 2017 r., KIO 2588/17, aktualnym także po wejściu w życiu znowelizowanych przepisów, Krajowa Izba Odwoławcza, podzieliła pogląd

wyrażany w przeważającej części orzecznictwa, iż co do zasady w zakresie rażąco niskiej ceny, należy brać pod uwagę całościową cenę oferty. Ma to szczególne znaczenie w przetargach w których to właśnie cena ryczałtowa jest oferowana. Ceny składowe czy ceny jednostkowe mogą być badane w zakresie rażąco niskiej ceny, w sytuacji kiedy mogą zaważyć na należytym wykonaniu przyszłej umowy. Regulacje dotyczące rażąco niskiej ceny mają na celu zabezpieczenie zamawiającego (w tym interesu publicznego), przed koniecznością zawierania umowy z wykonawcą oferującym cenę na tyle niską, iż wątpliwym wydaje się, że wykonawca ten wykonana umowę, ewentualnie, iż wykona ją należycie. W razie zaoferowania wynagrodzenia ryczałtowego, ceny jednostkowe w zakresie rażąco niskiej ceny przestają mieć znaczenie.

22. W wyroku z dnia 14 marca 2017 r., KIO 373/17 Krajowa Izba Odwoławcza uznała natomiast, że możliwość analizy oferty pod kątem rażąco niskiej ceny powinna być

prowadzona z uwzględnieniem części składowych wskazanych przez zamawiającego w wezwaniu do złożenia wyjaśnień.

23. Zamawiający zarzuca Odwołującemu, że złożone przez niego wyjaśnienia "nie potwierdzały" że oferta Odwołującego nie zawiera ceny rażąco niskiej oraz "nie udowodniły" możliwości wykonania zamówienia w tej cenie zarzucając brak rzetelności, wyczerpania tematu i uzasadnienia ceny. Odnosząc się do powyższego Odwołujący pragnie wskazać, że to nie obszerność wyjaśnień, ale dobór i adekwatność argumentów potwierdza sposób kalkulacji ceny. W sytuacji, w której przedmiotem zamówienia jest świadczenie usług nadzoru głównym kosztem wykonawcy jest wynagrodzenie pracowników. W przypadku oferty Odwołującego wynagrodzenie to jest wyższe od minimalnego wynagrodzenia o

pracę oraz wyższe lub mieszczące się w granicach przyjmowanych rynkowo stawek - zatem brak jest podstaw do formułowania żądań przedkładania dowodów potwierdzających możliwość obniżenia kosztów wykonania zamówienia. Nadto Odwołujący wyraźnie wskazał, że bazował tutaj "na podstawie doświadczeń własnych oraz rzeczywistych stawek obowiązujących w firmie Prokom Construction sp. z o.o.", co zupełnie zostało pominięte przez Zamawiającego podczas oceny.

24. Zamawiający zupełnie nie wziął pod uwagę przedstawionej przez Odwołującego charakterystyki form wynagrodzenia - z stawką wskazaną dla poszczególnych funkcji wymienionych w tabeli - pozycje 1-12. Jest to jednoznaczny dowód na to, że Odwołujący stosuje unikatowy sposób wynagradzania, charakterystyczny tylko dla Odwołującego, stanowiący o jego przewadze konkurencyjnej oraz będący jedną z okoliczności szczególnych i sytuacji szczególnych, pozwalających na uzasadnienie zastosowania takiej a nie innej ceny. Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty zupełnie pomija tę kwestię i odnosi się tylko do tabel dostępnych w Internecie, które jednak nijak mają się do szczególnej sytuacji Odwołującego.

25. Zamawiający próbuje także wykazać, że Odwołujący poza wynagrodzeniem; nie wziął pod uwagę także obciążeń - czyli kosztu netto/brutto pracodawcy. Jest to jednak działanie nieuzasadnione, gdyż zarówno kalkulacja jak i załączone dowody wskazują na rozróżnienie pomiędzy stawkami netto i brutto

oraz potwierdzają, że Odwołujący wziął pod uwagę koszt brutto.

26. Co jednak najważniejsze, jeśli Zamawiający miał w tym zakresie wątpliwości: miał możliwość wezwania Odwołującego do złożenia w trybie art. 244 ust. 1 ustawy Pzp dodatkowych wyjaśnień w stosunku do nowych wątpliwości, które powziął w wyniku analizy wyjaśnień, chociażby co do modelu wynagradzania wyraźnie opisanego w tabeli oraz jego specyficznego kształtu. Taka wykładania wynika wprost z orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej, która stoi na stanowisku, że "Nie ma przeszkód do ponownego wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień, jeżeli pierwotne wyjaśnienia nie rozwiały wątpliwości zamawiającego związanych z rażąco niską ceną w przypadku kiedy pierwotnie przedłożone wyjaśnienia wymagają doprecyzowania czy uszczegółowienia. Jeśli zamawiający dojdzie do przekonania, że wyjaśnienia wykonawcy wymagają doprecyzowania czy uszczegółowienia, powinien z takim

konkretnym i dokładnym wezwaniem zwrócić się do wykonawcy." (KIO 1818/20)

27. Wskazania wymaga, że oceniając sposób kalkulacji ceny przez wykonawcę należy badać wszystkie okoliczności sprawy, a nie opierać się - jak czyni to Zamawiający - na nieoficjalnych publikacjach komercyjnych portali internetowych. Zamawiający ani razu nie powołał się na oficjalne dane instytucji publicznych publikujących dane dotyczące rynku zatrudnienia oraz stawek. Tymczasem publikacje na które powołuje się Zamawiający zostały wydane w określonym kontekście i napisane na potrzeby tez poruszanych w danych artykułach.

28. W podsumowaniu uzasadnienia odrzucenia, Zamawiający lakonicznie zarzucił, że Odwołujący nie przedstawił rzetelnych i wiarygodnych dowodów potwierdzających kalkulację. W pierwszej kolejności zwracamy uwagę, że już sama kalkulacja stanowi dowód zgodnie z utartą linią orzeczniczą KIO. Tymczasem Odwołujący przedstawił szczegółową kalkulację na dwóch stronach A4, z wyszczególnieniem poszczególnych elementów, w tym kosztów ryzyka, biura, nieujętych w SIWZ. Załączył do tego osiem dowodów, w tym w postaci umów z dostawcami, faktur, zestawień, co tylko potwierdza realność tychże założeń i cen, których braku zarzuca Zamawiający w dalszej części uzasadnienia. Jeśli jednak taka ilość dowodów, taka ilość założeń i szczegółowość wyjaśnień budzi wątpliwości Zamawiającego, to tym bardziej świadczy to o błędnej interpretacji przepisów przez Zamawiającego.

Brak zasadności argumentacji Zamawiającego

29. Odnosząc się do poszczególnych argumentów stanowiących uzasadnienie odrzucenia oferty Odwołującego należy wskazać co następuje:

Koszty dojazdów

30. Zamawiający wskazał, że:

Wykonawca przedstawił Aneks do umowy o pracę (Dowód nr 2) z kandydatem na pełnienie funkcji Inżyniera Kontraktu zamieszkałym w Sosnowcu. Biorąc pod uwagę

odległość miejsca zamieszkania kandydata od miejsca realizacji zamówienia, do kosztów ponoszonych przez pracodawcę należało dodać koszty dojazdów do Łodzi, noclegów, diet

itp. Koszty te zostały pominięte w kalkulacji przedstawionej przez Wykonawcę.

Zamawiający zwraca w tym miejscu uwagę, że w wyjaśnieniach Wykonawca oświadczył, iż

„Wszyscy zatrudnieni pracownicy zamieszkują okolice planowanej inwestycji i nie ma

potrzeby opłaty ich delegacji. (. ..) koszt dojazdu Pracowników z miejsca zamieszkania na teren budowy (Biuro Budowy), tj. miejsca pracy, zgodnie z obowiązującymi przepisami nie stanowi kosztów Pracodawcy, a koszt Pracownika". Zatem Wykonawca winien uwzględnić w kalkulacji koszt wynajęcia mieszkania dla osoby przewidzianej na stanowisko Inżyniera Kontraktu, o której mowa powyżej, lub przewidzieć dla tej osoby koszty dojazdów, noclegów, diet i ewentualnych nadgodzin.

31. Zamawiający przyjmuje, że Odwołujący w sposób nieprawidłowy przyjął kalkulację kosztów personelu. W pkt 1) uzasadnienia powołując się na wpływ odległości miejsca zamieszkania od miejsca realizacji. Zamawiający podnosi, iż Wykonawca powinien uwzględnić w kalkulacji koszty wynajęcia mieszkania lub przewidzieć koszty dojazdów, noclegów, diet i ewentualnych nadgodzin. W świetle treści złożonych wyjaśnień stanowi to nadinterpretację Zamawiającego niezgodną ze stanem faktycznym. Przekazany dowód nr 2 (aneks do umowy o pracę kandydata na Inżyniera Kontraktu) dowodzi realności przyjętych stawek wynagrodzenia. Wykonawca wskazał, iż wszyscy pracownicy (kandydaci) zamieszkują okolice planowanej inwestycji i nie ma konieczności ponoszenia kosztów delegacji, diet itp.

32. Przywołano również przepisy określające koszty dojazdu pracowników na miejsce pracy jako koszty nieobciążające pracodawcy. Zgodnie z zawartą umową, miejscem pracy wskazanej osoby jest terytorium całego kraju co wydaje się być oczywistym wobec charakteru świadczonych przez Wykonawcę usług. Dodatkowo, w zakresie miejsca zamieszkania, treść umowy jest aktualna na dzień jej podpisania. Na dzień sporządzenia i złożenia oferty przez Wykonawcę dana osoba zamieszkuje okolice inwestycji, a informacja na ten temat znajduje się w wyjaśnieniach Wykonawcy (dotyczy wszystkich pracowników).

33. Przyjęcie przez Zamawiającego, iż Inżynier Kontraktu dojeżdżać musi z Sosnowca bądź Wykonawca jest zobowiązany do wyn, ajęci a mieszkania, jest nadinterpretacją bez pokrycia w stanie rzeczywistym. Wykonawca w swoich wyjaśnieniach jasno wskazał, iż pracownicy (w tym Inżynier Kontraktu)

zamieszkuje w pobliżu inwestycji i nie ma konieczność ponoszenia kosztów delegacji, zakwaterowania i dojazdów. Zamawiający nie ma podstaw do oczekiwania, iż Wykonawca tego typu koszty będzie uwzględniał w swojej ofercie, gdyż żaden pracodawca nie ponosi kosztów miejsca zamieszkania pracowników, chyba że kieruje ich na delegację, co nie ma zastosowania w sytuacji będącej przedmiotem zamówienia.

Wysokość wynagrodzenia Inżyniera Kontraktu

34. W uzasadnieniu odrzucenia zostało wskazane, że:

Wykonawca w złożonych wyjaśnieniach skalkulował wynagrodzenie Inżyniera Kontraktu na poziomie 4 300,00 zł miesięcznie, wskazując jednocześnie, że jest to wynagrodzenie za 25

dniówek pracy w miesiącu i dniówce w wymiarze minimum 8 godzin. Biorąc pod uwagę wyjaśnienia Wykonawcy, że „przyjęte łącznie kwoty zawierają wszystkie koszty związane z

wynagrodzeniami, w tym również dodatki, premie oraz koszty Pracodawcy", w opinii Zamawiającego jest to kwota nieadekwatna do zakresu obowiązków na tym stanowisku. Wykonawca nie wskazał inaczej, zatem Zamawiający przyjmuje< że będzie to pracownik przypisany tylko dla tej inwestycji. Przy konieczności koordynacji prac wszystkich Inspektorów Nadzoru oraz problemów zgłaszanych przez Wykonawcę (jak wynika z doświadczeń Zamawiającego z realizacji podobnych inwestycji), działalność Inżyniera Kontraktu wymaga szerokiego zaangażowania. Wynagrodzenie z wysokości określonej przez Wykonawcę jest nieadekwatne zarówno do zakresu obowiązków Inżyniera Kontraktu, jak i do związanej z tą funkcją odpowiedzialności.

35. Zamawiający wskazuje, powołując się na dane statystyczne, iż przyjęte wynagrodzenie jest zbyt niskie. Wykonawca w swoich wyjaśnieniach powołał się na

dowód nr 2, tj. umowę o pracę, który w sposób jednoznaczny potwierdza realność przyjętych założeń. Dysponowanie wyspecjalizowaną kadrą przy jednoczesnych niskich kosztach zatrudnienia, jest kluczową wartością umożliwiającą Wykonawcy składanie konkurencyjnych ofert. Wykonawca w swoich wyjaśnianiach w sposób niebudzący wątpliwości wykazał realność przyjętych założeń i udowodnił dysponowanie potencjałem przy kosztach zatrudnienia zgodnym z założeniami kalkulacyjnymi oraz ustawowymi. Odwołujący wskazuje to również jako okoliczność odróżniającą go od innych uczestników rynku co czyni zadość wezwaniu Zamawiającego. Jednakże jak widać, w żadnej mierze Zamawiający nie wziął pod

uwagę tychże okoliczności mimo że sam Zamawiający ukształtował wezwanie w ten

sposób.

Wysokość wynagrodzenia Inspektora ds. rozliczeń

36. W uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego zostało wskazane, że:

Jak wskazane zostało w pkt 1 powyżej, osoba deklarowana na stanowisko Inżyniera Kontraktu mieszka w Sosnowcu, tj. w odległości ponad 200 km od Placu Budowy i siedziby

Zamawiającego, a czas podróży samochodem wynosi około 2,5 godziny w jedną stronę. Zakładając, zgodnie z deklaracją Wykonawcy, 8- godzinny czas pracy Inżyniera Kontraktu i jednocześnie mając na uwadze przepisy Kodeksu Pracy o obowiązku zapewnienia pracownikowi co najmniej 11 godzin nieprzerwanego odpoczynku (w ramach doby pracowniczej), niemożliwe są codzienne dojazdy pracownika na miejsce świadczenia pracy. Należy zatem przyjąć dodatkowe koszty pobytu w Łodzi, tj. wynajem mieszkania lub hotelu. Bazując na aktualnych ,ogłoszeniach dotyczących mieszkań na wynajem, Zamawiający przyjął do kalkulacji średnią cenę z najniższych dostępnych ofert: kawalerka za 2 000,00 zł miesięcznie (w tym 1 400,00 zł koszt wynajmu i 600,00 zł czynsz plus media), co w okresie realizacji zamówienia wyniesie 30 000,00 zł.

Dodatkowo skalkulować należy dojazdy Inżyniera Kontraktu do Łodzi z miejsca zamieszkania. Przyjmując, że miesiąc to 4,5 tygodnia, pracownik pokona odległość z

miejsca zamieszkania do miejsca pracy 9 razy w miesiącu, czyli 1 800 km. Stawka ryczałtowa przy wykorzystaniu samochodu prywatnego wynosi 0¸8358 zł/km¸ co po przemnożeniu przez liczbę kilometrów daje koszt 1 504,44 zł miesięcznie, czyli 22 566,60 zł w ciągu 15 miesięcy realizacji zamówienia.

Łączny koszt oddelegowania osoby przewidzianej na stanowisku Inżyniera Kontraktu wyniesie zatem 52 566,60 zł, a wraz z wynagrodzeniem tej osoby - 202 925.55 zł.

37. Wykonawca przedstawił dowód nr 2 potwierdzający, iż dysponuje on personelem z wynagrodzeniem zgodnym z przyjętym w kalkulacji. Zamawiający nie ma podstaw do uznania że dowód ten jest nieprawdziwy i nie powołał się na taką okoliczność w uzasadnieniu odrzucenia a co za tym idzie Odwołujący udowodnił realność stawki.

Wysokość wynagrodzenia pozostałego personelu

38. Zgodnie z uzasadnieniem odrzucenia oferty Odwołującego

Dla Inżyniera Kontraktu Wykonawca skalkulował wynagrodzenie identyczne jak

wynagrodzenie Inspektora ds. rozliczeń, co ewidentnie wskazuje na błędy w

przyjętych założeniach, gdyż Inżynier Kontraktu ponosi odpowiedzialność za całość nadzorowanych robót i prawidłowy przebieg inwestycji, w odróżnieniu od Inspektora ds.

rozliczeń, którego zakres odpowiedzialności jest zdecydowanie mniejszy. Wskazane zatem wynagrodzenie Inżyniera Kontraktu jest zdaniem Zamawiającego nieadekwatne do cen rynkowych.

Analizując kalkulację wynagrodzenia dla stanowiska Inspektora ds. rozliczeń i zakładając

rzeczywisty zadeklarowany koszt pracodawcy na poziomie 4 300,00 zł miesięczne (z kosztami ponoszonymi w tytułu zatrudnienia na umowę o pracę), wynagrodzenie tego pracownika wyniesie brutto 3 582 00 zł a netto 2 755,00 zł. Jest to kwota przekraczająca wysokość minimalnego wynagrodzenia, zatem w przypadku zatrudnienia pracownik mieszkającego w Łodzi lub okolicach, Zamawiający przyjmuje ją za możliwą (choć również nierynkową).

(...)

39. Zamawiający wskazuje, powołując się na dane statystyczne, iż wysokość wynagrodzeń pozostałego personelu (inspektorów nadzoru) jest zbyt niska.

Wykonawca w swoich wyjaśnianiach wykazał i udowodnił (dowód nr 2), iż przyjęte w kalkulacji założenia są zgodne z prowadzoną polityką wynagrodzeń. Polityka ta, umożliwia kształtowanie ofert które są konkurencyjne. Zamawiający argumentuje, iż przyjęte założenia są zbyt niskie i przyjmuje do kalkulacji własnej wynagrodzenie średnie w wysokości 5.730 złotych, które jego zdaniem powinno się przyjąć do oferty. Jest to stanowisko całkowicie nieuprawnione. Postanowienia SWZ oraz ustawy Pzp wyraźnie wskazują tylko że wynagrodzenie powinno być kalkulowane przy założeniu ustawowego minimalnego wynagrodzenia. Wykonawca przyjął wynagrodzenie personelu w stawkach wskazanych w tabeli. Jak podaje sam Zamawiający, z powszechnie dostępnych materiałów wynika, iż wynagrodzenie inspektorów wacha się od ok. 4.000 zł do 10.000 zł brutto. Przyjęte przez Wykonawcę założenia mieszczą się w ramach ogólnie panujących rynkowych stawek na których Zamawiający się opiera. Nie ma zaś obowiązku po stronie wykonawców do kształtowania stawek dokładnie w wysokości średniej statystycznej. Średnia powstaje w oparciu o zarówno stawki najniższe jak i najwyższe. W powiązaniu do udowodnionej polityki

wynagrodzeń Wykonawcy, przyjęte założenia są rynkowe i realne, a także zgodne z powszechnie dostępnymi wskaźnikami. Nie ma więc podstaw do kwestionowania przyjętych założeń do kalkulacji Odwołującego, gdyż są zgodne z wartościami rynkowymi, które z kolei znane są też Zamawiającemu.

Brak dowodów na wysokość przyjętego wynagrodzenia dla personelu

40. Twierdzenie Zamawiającego o braku dowodów na wysokość przyjętych stawek dla personelu jest nieuprawnione. Wykonawca na potwierdzenie wysokości wynagrodzeń i polityki płacowej przedstawił dowód nr 2, tj. umowę o pracę, który ma zastosowanie do członków personelu. Dowód ten w sposób samodzielny dowodzi iż przyjęta wysokość stawek jest realna. Wysokość przyjętych stawek jest zgodna z ustawą regulująca wysokość minimalnego wynagrodzenia przywołaną w SWZ oraz powszechnie dostępną wiedzą, którą posiada również Zamawiający.

Koszt wynajmu biura

41. W uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego zostało wskazane, że:

Wykonawca nie przedstawił również dowodów w odniesieniu do kosztów wynajmu biura - załączył jedynie fakturę za internet i telefon oraz faktury za czynsz i media (odpowiednio od firm krakowskiej I rzeszowskiej). W opinii Zamawiającego dokumenty te nie stanowią dowodów potwierdzających przedstawioną kalkulację, albowiem nie wiadomo, czego dotyczą. W warunkach łódzkich w zakresie wynajmu biura Wykonawca winien przyjąć koszt co najmniej 30 zł/ m2 (źródło:https://www.otodom.pl/pl/oferty/wynajem). Przy założeniu biura z salą na narady dla 20 osób, należy przyjąć metraż biura około 100 m2, co daje miesięcznie koszt 3 000,00 zł plus koszty eksploatacji. W opinii Zamawiającego przyjęta przez Wykonawcę kwota 2 000,00 zł nie została poparta żadnym dowodem i nie odzwierciedla realnych wartości rynkowych.

42. Zamawiający podnosi, iż Odwołujący nie przedstawił dowodów na potwierdzenie kosztów prowadzenia biura. Jest to stwierdzenie nieuzasadnione. Wykonawca dołączył dowody nr 5, 6 i 7 wraz z wyjaśnieniem, że faktury te dotyczą kosztów prowadzenia biura przy tożsamych zamówieniach. Treść faktur jest również czytelna w zakresie celu jakim mają one służyć. Zamawiający nie wykazał

na jakiej podstawie twierdzi, że biuro Inżyniera powinno mieć powierzchnię 100 m2. Biuro Inżyniera wraz z zapewnieniem sali na narady na 20 osób to powierzchnia około 30 m2 i takie biura Odwołujący posiada w innych projektach. Poniżej zdjęcia z jednego z biur Wykonawcy potwierdzających taką organizację pomieszczenia.

43. Ze źródła na które powołuje się Zamawiający wynika, iż koszt wynajmu pomieszczeń w Łodzi wacha się od 20 do 25 zł/m2. Przede wszystkim zwracamy uwagę, że są to ceny ofertowe, podlegające negocjacjom i zawsze finalne stawki są niższe. Zatem wynajęcie biura (oferty powszechnie dostępne) na potrzeby Inżyniera wraz z salą na narady to koszt nie większy niż 1.000 zł miesięcznie. Wykonawca dowodami nr 5, 6 ,7 wykazał iż przyjęte założenie do kalkulacji w wysokości 2.000 zł miesięcznie jest realne i całkowicie wystarczające. Powołując się na źródła Zamawiającego (portal otodom.pl) należy potwierdzić iż założenia te są prawidłowe. Poniżej przykładowe oferty tego typu obiektów.

Nierynkowe składniki cenotwórcze

44. Wbrew twierdzeniu Zamawiającego, Wykonawca powołując się na własne dowody, a także na dowody dostarczone przez Zamawiającego, wykazał iż kalkulacja jest sporządzona prawidłowo w oparciu o ceny rynkowe i dane stanowiące potencjał własny. Oferowana cena nie może być zatem uznana za rażąco niską. Należy również wspomnieć, iż kalkulacja szczegółowa (dowód nr 9) opiewająca na kwotę 539.179,85 zł, różniąca się od ostatecznej zaoferowanej ceny

w wysokości 567.030 zł jedynie wskazuje na to że cena jest wyższa i dowodzi przyjętemu przez Odwołującego wyższemu zyskowi i buforowi zapasowemu zaś z pewnością nie dowodzi rażąco niskiej ceny.

45. Reasumując stanowisko Zamawiającego wynika z błędnej analizy treści wyjaśnień Odwołującego w zakresie sposobu kalkulacji ceny oferty. Informacja o danych wyjściowych wskazuje źródła przyjętych do szczegółowej kalkulacji wartości - Odwołujący na podstawie dotychczasowych doświadczeń przyjmuje założenia co do średniej pracochłonności, stawek, ilości osób, zaangażowania, wymaganego biura, samochodu. Na tej podstawie Odwołujący obliczył średnie dzienne/ godzinowe zaangażowanie poszczególnych osób zaangażowanych do

realizacji zamówienia i na tej podstawie wyliczył koszt zatrudnienia każdego członka personelu Odwołującego.

46. Założenia co do ilości dni pracy w miesiącu jest prawidłowe i wynika z zakresu zadań wykonawcy określonych w Opisie Przedmiotu Zamówienia. Podkreślić tu należy iż wzór umowy nie określił obowiązku stałej obecności na Placu Budowy personelu wykonawcy czy też nie określa klauzul

wyłączności zaangażowania jedynie w przedmiotowe zamówienie. Określona przez Zamawiającego swoboda organizacji pracy inżyniera pozwala wykonawcy na samodzielny dobór sposobu i metody wykonania zamówienia. Zamawiający określa wyłącznie wymagania co do produktów końcowych świadczonej usługi (m.in. raporty, akceptacja, kontrola, protokoły), natomiast nie określa w jaki sposób te produkty końcowe mają zostać wykonane. W świetle powyższego każdy z wykonawców samodzielnie określał zakres zaangażowania każdego z członków zespołu do realizacji zamówienia w poszczególnych okresach realizacyjnych,

47. Podkreślić należy, że Zamawiający w żadnym miejscu w SWZ nie wskazał, że dla potrzeb wyliczenia kalkulacji ceny należy przyjąć określoną ilość dni roboczych w

miesiącu dla każdego członka zespołu personelu. Mając na względzie ten fakt Zamawiający powinien liczyć się z tym, że każdy z wykonawców biorących udział w postępowaniu przyjmie dane wyjściowe do wyliczenia ceny oferty wedle własnego uznania, na co również wskazuje OPZ.

48. Zamawiający na tym etapie postępowania nie może wprowadzać nowych zasad rozliczania i zaangażowania pracowników niezbędnych do realizacji zamówienia.

Dane są w tym zakresie spójne i wzajemnie się uzupełniają ce.

49. Krajowa Izba Odwoławcza podziela taki sposób dokonywania wyliczeń ceny oferty: "Rażąco niskiej ceny nie można stwierdzić, poprzez proste odniesienie danej oferty do średnich kosztów przyjętych w oparciu o pewne uniwersalne założenia. Każdy przypadek analizowany w kontekście rażąco niskiej ceny wymaga bowiem indywidualnego podejścia i oceny w oparciu o dostępne danemu wykonawcy warunki realizacji zamówienia." (KIO 1835/20)

50. Przyjęte przez Odwołującego stawki są rynkowe i przekraczają stawki wynikające z obowiązujących przepisów prawa. Zatem brak jest podstaw do uznania, że koszty zaangażowania personelu zostały w jakikolwiek sposób zaniżone. Zamawiający w tym zakresie nie przedstawił żadnych miarodajnych argumentów, natomiast czyni zastrzeżenia co do ogólności wyjaśnień Odwołującego. Jednakże nawet przytoczone przez Zamawiającego wskaźniki rynkowe tylko potwierdzają

prawidłowość kalkulacji Wykonawcy.

51. W ocenie Odwołującego, z uwagi na zakres określonych w dokumentacji

przetargowej wymagań, a także z uwagi na charakter zamówienia, złożone przez niego wyjaśnienia w zakresie sposobu kalkulacji ceny potwierdzają zarówno (i) sposób kalkulacji ceny, jak również, że (ii) przyjmowane przez niego stawki są realne i rynkowe (iii) załączone dowody dodatkowo to potwierdzają. To z kolei wyklucza możliwość zakwalifikowania zaoferowanej przez Odwołującego ceny jako "rażąco niskiej".

52. Odwołujący wskazuje, że złożone przez niego wyjaśnienia w zakresie sposobu

kalkulacji ceny zawierały opis zestawienia kosztów realizacji zamówienia z

jednoczesnym opisem źródła przyjętych danych. Wyjaśnienia te, z uwagi na fakt, że Opis Przedmiotu Zamówienia nie określał szczegółowych wymagań co do sposobu

świadczenia usługi odnosiły się i referowały do głównych kosztów wykonania

zamówienia, które w przypadku oferty Odwołującego tworzone są przez koszty wynagrodzenia pracowników oraz koszty transportu, co jednak nie oznaczało, że Wykonawca nie wziął pod uwagę także innych okoliczności.

53. W sytuacji, w której Zamawiający nie rozumiał lub miał nowe wątpliwości co do przyjętych stawek lub założeń (np. miejsca zamieszkania, powierzchni biura etc) to

miał możliwość oraz obowiązek wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp.

54. Krajowa Izba Odwoławcza wskazuje, że: "Ponowne wezwanie wykonawcy do złożenia dodatkowych wyjaśnień, w tym dowodów, w przedmiocie rażąco niskiej ceny oferty winno być wystosowane w sytuacji, gdy złożone przez wykonawcę wyjaśnienia i dowody na pierwsze wezwanie zamawiającego zrodziły po stronie zamawiającego dalsze wątpliwości, które wymagałyby dodatkowego wviaśnienia czv uszczegółowienia." (KIO 2212/17)

55. Na możliwość wielokrotnego wzywania do udzielenia wyjaśnień potwierdzają też

opinie prawne Urzędu Zamówień Publicznych zawarte w Informatorze Urzędu Zamówień Publicznych nr 11 z 2013 r., oraz orzeczeniach sądów okręgowych (np. wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 5 lipca 2007 r., V Ca 2214/06, wyrok Sądu

Okręgowego w Olsztynie z dnia 9 grudnia 2010 r., V Ga 122/10), w których sądy jednoznacznie wskazywały, że brak jest przeszkód do ponownego wzywania wykonawcy do złożenia wyjaśnień, jeżeli pierwotne wyjaśnienia zamawiającego nie rozwiały wątpliwości zamawiającego związanych z rażąco niską ceną. Stanowisko to nie jest również kwestionowane w wyrokach Krajowej Izby Odwoławczej, która wielokrotnie wskazywała, że po pierwsze, gdy pierwotne wezwanie Zamawiającego jest zbyt ogólne, to wykonawca nie może ponosić negatywnych konsekwencji takiego wezwania, a co za tym idzie, zamawiający winien ponownie wezwać wykonawcę do złożenia wyjaśnień wskazując, które kwestie wymagają uszczegółowienia, a po drugie, że nie ma żadnych przeszkód, aby ponownie wezwać wykonawcę do złożenia wyjaśnień, gdy pierwotnie złożone wyjaśnienia budzą jeszcze wątpliwości (np. wyrok z dnia 23 czerwca 2015 r., KIO 1143/15 oraz wyrok z dni 18 lutego 2016 r., KIO 150/16).

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie z dnia 10 października 2022 r. wnosił o oddalenie odwołania w całości.

Zamawiający podniósł, że:

I

Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy pzp w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego w związku z niezasadnym przyjęciem, że oferta Odwołującego zawiera rażąco niską cenę, w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz, że złożone przez Odwołującego wyjaśnienia w zakresie sposobu kalkulacji ceny oferty wraz z dowodami nie uzasadniają ceny podanej w ofercie podczas gdy Odwołujący złożył wyjaśnienia w zakresie zaoferowanej ceny, w których wykazał, że jest w stanie zrealizować zamówienie za zaoferowaną cenę

Odwołujący w dniu 27.07.2022 r. złożył wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny, w ramach których załączył kalkulację, z której wynika, że na przybliżoną cenę oferty w wysokości 539.179,85 zł składają się n/w koszty:

- koszty bezpośrednie tj.

- koszty Personelu w okresie realizacji w wysokości 283.800,00 zł,
- koszty administracji w wysokości 28.380,00 zł
- koszty transportu w wysokości 15.000,00 zł,
- koszty samochodu Zamawiającego w wysokości 52.500 zł,
- koszty biura w wysokości 30.000 zł,
- koszty ryzyka w wysokości 12.290,40 zł,
- koszty wg SIWZ nieujęte powyżej w wysokości 12.290,40 zł
- zysk w wysokości 1,00% od kosztów bezpośrednich w wysokości 4.096,80 zł

W pierwszej kolejności należy wskazać, iż Wykonawca w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny wskazywał, iż koszty realizacji przedmiotowego kontraktu wynoszą w przybliżeniu 539.179,85 zł w sytuacji gdy złożył ofertę na kwotę 567.030,00 zł.

Powyższe rozbieżności cen wskazują, że złożona przez Odwołującego kalkulacja w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny jest nierzetelna i nie uzasadnia ceny wskazanej w ofercie.

Sam zysk w wysokości 1% liczonego od kosztów bezpośrednich w łącznej wysokości 4.096,80 zł wskazuje na niedoszacowanie oferty. Jeżeli zysk stanowi kwotę brutto 4.096,80 zł (netto 3 330,73 zł) obliczony na 15 miesięcy to w rozbiciu na 1 miesiąc Odwołujący skalkulował jako zysk kwotę brutto 273,12 zł (netto 222,05 zł), czyli Wykonawca praktycznie nie osiąga z realizacji usługi żadnego zysku.

I. Wyliczenie wartości procentowych na potrzeby badania RNC

Odwołujący w treści odwołania wskazuje, że Zamawiający dokonał błędnego obliczenia wartości procentowych na potrzeby zakwalifikowania oferty do badania rażąco niskiej ceny. Odwołujący wskazuje, że jego oferta zawiera cenę realna, gdyż nie różni się ona od innych ofert złożonych w postepowaniu o więcej niż 30 %.

13. Odwołujący nie zgadza się z decyzją Zamawiającego wskazując, ze została podjęta z naruszeniem przepisów prawa Oferta Odwołującego zawiera cenę realną oraz cenę rynkową, co potwierdza m in. fakt, iż po pierwsze nie różni się ona od innych ofert złożonych w postępowaniu o więcej niż 30% (w

odniesieniu do średniej ofert mepodlegających odrzuceniu stanowi *73% średniej) Nadto różnica pomiędzy ofertą Odwołującego a kolejną ofertą w Postępowaniu, wybraną jako najkorzystniejsza

również mieści się w przedziale poniżej 30% (~28% tańsza) Tylko z powyższego wynika, ze Odwołujący zaoferował cenę rynkową, zaś to Zamawiający dysponował przeszacowaną wartością zamówienia

19 W ocenie Odwołującego zaoferowana przez niego cena nie nosi znamion ceny rażąco niskiej - świadczy o tym fakt, ze nie odbiega ona w sposób znaczący od średniej ofert mepodlegających odrzuceniu oraz oferty wybranej jako najkorzystniejsza - różnica nie przekracza ustawowego progu 30%. Chociażby w tym zakresie należy zwrócić uwagę, że Zamawiający dokonał błędnego obliczenia wartości procentowych na potrzeby zakwalifikowania oferty do badania RNC.

Odwołujący błędnie wylicza średnią arytmetyczną do RNC. Zgodnie z art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy PZP winna zostać policzona średnia arytmetyczna cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10. Oferta Konsorcjum BAUMARK została odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) ustawy PZP, zatem jest brana do średniej. Wartość tej oferty (968 010,00 zł brutto), jak również dwóch pozostałych ofert niepodlegających odrzuceniu (BUICH i PILAMIS) potwierdza, że Zamawiający wcale nie przeszacował kwoty na wykonanie zamówienia.

Szacując wartość zamówienia Zamawiający brał pod uwagę inne analogiczne zamówienia, ponieważ ma wieloletnie doświadczenie w prowadzeniu inwestycji objętych nadzorami nad projektem przez Inżyniera Kontraktu.

Prawidłowe wyliczenie do RNC przedstawia się następująco:

Wartość szacunkowa zamówienia powiększona o należny podatek od towarów i usług	861 000,00 zł
Średnia arytmetyczna cen	826 790,63 zł
Cena oferty z najniższą ceną	567 030,00 zł

Numer oferty	Nazwa Wykonawcy	Cena oferty brutto	Różnica pomiędzy ceną oferty a wartością zamówienia		Różnica pomiędzy ceną oferty a średnią arytmetyczną	
			[w PLN]	[w %]	[w PLN]	[w %]
1	BUICH Sp.j.	987 382,50	Nie dotyczy	Nie dotyczy	Nie dotyczy	Nie dotyczy
2	PROKOM Constuction Sp. z o.o.	567 030,00	293 970,00 zł	34,14%	259 760,63 zł	31,42%
3	Konsorcjum: BAUMARK Sp. z o.o., R.S. P.H.U. „BAUMARK”	968 010,00	Nie dotyczy	Nie dotyczy	Nie dotyczy	Nie dotyczy
4	PILAMIS Sp. z o.o. Sp.k.	784 740,00	76 260,00 zł	8,86%	42 050,63 zł	5,09%

II. Wynagrodzenie IK oraz pozostałych inspektorów

Odwołujący w treści odwołania wskazuje, iż z uwagi na ryczałtowy charakter ceny ofertowej Wykonawcy mieli możliwość kalkulacji ceny ryczałtowej we własnym zakresie.

Zgodnie z wyrokiem KIO sygn. akt: KIO 2347/17 Izba wskazuje, że nie podziela poglądu, że przy wynagrodzeniu ryczałtowym zamawiający nie jest uprawniony do badania i analizowania

danego składnika ceny, gdy dany składnik nie pozostaje istotny dla wyceny oferty. W ocenie Izby takie uprawnienie Zamawiający posiada nawet w przypadku, gdy przewidziane jest wynagrodzenie ryczałtowe dla wykonawcy.

Ustalenie czy poszczególne usługi składające się na przedmiot zamówienia (a niemające istotnego znaczenia) zostały wycenione na poziomie rynkowym może być niezbędne do ustalenia realności całej oferty - jeśli bowiem niektóre usługi zostały niedoszacowane, może się okazać, że niedoszacowana jest cała oferta, a przy niewielkich różnicach cenowych pomiędzy poszczególnymi wykonawcami ma to istotny wpływ na końcowy wynik postępowania.

Przyjęcie stanowiska przeciwnego prowadziłoby de facto do uniemożliwienia zamawiającemu rzetelnego zbadania realności ceny, w sytuacji, gdy ma ona charakter ryczałtowy.

W zakresie realizacji usług dotyczących pełnienia funkcji Inżyniera Kontraktu podstawowym elementem kształtującym cenę ofertową, który podlegał badaniu przez Zamawiającego jest wysokość wynagrodzenia personelu Odwołującego.

W ramach w/w wyjaśnień Odwołujący wskazał, iż wysokość wynagrodzeń inspektorów przyjął na podstawie doświadczeń własnych oraz stawek obowiązujących w firmie Prokom Construction Sp. z o.o, zaś przyjęta stawka wynagrodzenia inspektorów przekracza wysokość minimalnego wynagrodzenia za pracę, czyli w ocenie Odwołującego jest rynkowa.

Dowód: pismo Odwołującego z dnia 27.07.2022 r. wraz z kalkulacją ceny ryczałtowej.

Założenia Odwołującego co do rzekomo realnego poziomu wynagrodzenia, przewyższającego wysokość minimalnego wynagrodzenia za pracę czy minimalnej stawki godzinowej określonej przepisami prawa są fikcyjne oraz niezgodne z danymi, które płyną z rynku od innych wykonawców oraz nie są zgodne z posiadanym przez Zamawiającego doświadczeniem wynikającym z innych tożsamych kontraktów.

Odwołujący stara się wywołać mylne wyobrażenie, że ustalone wynagrodzenie 4.300 zł będzie otrzymywał każdy z inżynierów, Wynika, to z treści kalkulacji ceny ryczałtowej.

Istotny jest jednak nakład pracy każdego z nich w stosunku do tak określonego wynagrodzenia. I tak: przy wyobrażeniu, w które wprowadza nas Odwołujący z treści przedstawionej kalkulacji można przyjąć, że zarówno Inżynier Kontraktu oraz inspektor ds. rozliczeń, który są zatrudnieni na podstawie umowy o pracę na cały etat przy realizacji w/w inwestycji przy założeniu średniej ilości dniówek w miesiącu 25 (25 dniówek/m-c x 8 h= 200 h w miesiącu) zgodnie z wymaganiami SWZ otrzymają 4.300 zł brutto.

Kalkulacja Odwołującego, w której zarówno Inżynier Kontraktu jak również Inspektor ds. rozliczeń mają otrzymywać te samo wynagrodzenie w wysokości 4.300 zł na podstawie zatrudnienia na umowę o pracę na cały etat w sytuacji, gdy zakres obowiązków i odpowiedzialności Inżyniera Kontraktu jest nieporównywalnie wyższy w stosunku do zakresu obowiązków i odpowiedzialności inspektora ds. rozliczeń wskazuje, iż kalkulacja cenowa w tym zakresie nie jest rzetelna i realna.

Zamawiający przy ocenie wyjaśnień Wykonawcy przyjął, że podane w kalkulacji koszty dotyczą wynagrodzeń wraz z obciążeniami pracodawcy, ale w opinii Zamawiającego są to kwoty nieadekwatnie niskie do zakresów obowiązków. Kwota 4.300 zł miesięcznie dla Inżyniera Kontraktu oraz inspektora ds. rozliczeń z obciążeniami pracodawcy, ewentualnymi nadgodzinami, nagrodami, to wynagrodzenie brutto pracownika maksymalnie 3.582 zł a „na rękę” 2 755 zł (licząc bez nadgodzin, premii, obowiązkowych świadczeń socjalnych występujących przy umowie o pracę itp.).

Wykonawca nie wskazuje w wyjaśnieniach, że personel pracuje równolegle na innych

inwestycjach, zatem Zamawiający był uprawniony do przyjęcia z przedstawionej kalkulacji, że

Inżynier kontraktu oraz inspektor ds. rozliczeń są przypisani do realizacji przedmiotowej inwestycji, tym bardziej, iż przedmiot zamówienia obejmuje nadzór nad skomplikowaną

inwestycją, zaś Zamawiający w treści SWZ wymagał, aby w/w osoby były zatrudnione na podstawie umowy o pracę w pełnym wymiarze czasu pracy.

Należy wskazać, iż z doświadczenia Zamawiającego wynikającego z podobnych inwestycji świadczenie usług przez Inżyniera Kontraktu wymaga szerokiego zaangażowania osoby posiadającej co najmniej 5 letnie doświadczenie w kierowaniu projektami lub wykonywaniu nadzoru inwestorskiego.

W ocenie Zamawiającego przyjęcie przez Odwołującego takiej samej kwoty wynagrodzenia 4.3000 zł brutto wynagrodzenia dla Inżyniera Kontraktu oraz dla inspektora ds. rozliczeń i pozostałych inspektorów wskazuje na nierealność przyjętych wyliczeń. Należy wskazać, iż Inżynier Kontraktu odpowiada za całość nadzorowanych robót i prawidłowy przebieg inwestycji objętej przedmiotem zamówienia, zaś odpowiedzialność inspektora ds. rozliczeń jest mniejsza i ograniczona do określonych zadań. Powyższe wskazuje, że nie jest realne, aby Inżynier Kontraktu otrzymywał taką samą stawkę za dniówkę jak pozostali inspektorzy dedykowani do realizacji zamówienia w wysokości 172 zł/dniówkę.

Z powyższego wynika fikcyjność założeń Odwołującego, który jedynie pozornie dla celów wyjaśnienia rażąco niskiej ceny wykazuje poziom wynagrodzenia Inżyniera Kontraktu jak i poszczególnych inspektorów, określając każde z wynagrodzeń na poziomie 4.300 zł oraz dniówce w wysokości 172 zł/dniówkę wskazując, iż jest to cena rynkowa, bo zgodna z przepisami o minimalnym wynagrodzeniu za pracę. Przekładając wysokość tego wynagrodzenia na realia przedmiotowego zamówienia i odwołując się do faktycznej ilości zakładanych godzin niezbędnych do profesjonalnego świadczenia usługi wynagrodzenie inspektorów nie jest realne i rzeczywiste.

Zamawiający wskazuje, że faktyczne wynagrodzenie poszczególnych inżynierów kształtować się będzie w sposób następujący (przyjmując założenia wskazane przez Odwołującego w kalkulacji z dnia 27.07.2022 r).

Inżynier Kontraktu	64.500 zł : 15 miesiące = 4.300 zł brutto miesięcznie
inspektor do spraw rozliczeń	64.500 zł : 24 miesiące = 4.300 zł brutto miesięcznie
inspektor do nadzoru robót drogowych	38 700 zł: 15 miesiące = 2.580 zł brutto miesięcznie
inspektor nadzoru robót mostowych	12.900 zł : 15 miesiące = 860 zł brutto miesięcznie
inspektor nadzoru robót elektrycznych	12.900 zł :15 miesiące = 860 zł brutto miesięcznie
inspektor nadzoru robót instalacji ciepłowniczych/gazowych	12.900 zł : 15 miesiące = 860 zł brutto miesięcznie
inspektor nadzoru robót wod - kan	12.900 zł : 15 miesiące = 860 zł brutto miesięcznie
inspektor nadzoru ds. robót instalacji teletechnicznych	12.900 zł : 15 miesiące = 860 zł brutto miesięcznie
inspektor ds. geodezji	12.900 zł : 15 miesiące = 860 zł brutto miesięcznie

Inspektor ds. zieleni	12.900 zł : 15 miesiące = 860 zł brutto miesięcznie
Technolog	12.900 zł : 15 miesiące = 860 zł brutto miesięcznie
Personel pozostały	12.900 zł : 15 miesiące = 860 zł brutto miesięcznie

Zamawiający neguje możliwość realizacji zamówienia przy ukształtowaniu wynagrodzeń na poziomie wskazanym przez Odwołującego.

Cena jest rynkowa, gdy w danej branży na danym rynku (lokalnym) jest obiektywnie osiągalna (por. wyrok z dnia 07.06.2018 KIO 974/18 i wyrok z dnia 13.11.2017 KIO 2258/17).

Doświadczenie życiowe wskazuje jednak, co zauważyła również Krajowa Izba Odwoławcza, że osoby z wyższym wykształceniem oczekują wyższego wynagrodzenia niż określone przepisami prawa wynagrodzenie minimalne (por. wyrok z dnia 27.08.2014 KIO 1680/14).

Zamawiający stawiając wymagania względem konkretnych inspektorów postawił wyższe

wymagania odnośnie doświadczenia.

Należy wskazać, iż stawki wynagrodzenia inżynierów nie mają być obowiązkowo minimalne, mają być rynkowe i wiarygodne - a tego Wykonawca nie wykazał w kalkulacji, co Zamawiający udowodnił w uzasadnieniu odrzucenia oferty.

Wykonawca nie wykazał również „swojej szczególnej sytuacji", dzięki której może oferować minimalne wynagrodzenie swoim pracownikom.

Odwołujący w niniejszym postępowaniu w ogóle nie przedstawił żadnych dowodów potwierdzających realność wskazanych kosztów personelu dedykowanego do realizacji zamówienia. Odwołujący wskazuje, iż z dowodu nr 2 czyli z aneksu do umowy o pracę wynika realność przyjętych przez niego stawek dla Inżyniera Kontraktu jak i pozostałych inspektorów, jednakże w/w aneks do umowy o pracę nie stawi dowodu potwierdzającego realność przyjętych stawek.

W pierwszej kolejności należy wskazać, iż z aneksu do umowy o pracę z Panem G.M, który jest zatrudniony w firmie PROKOM od 01.04.2020 r. nie wynika stanowisko pracy oraz zakres obowiązków Pana G.M, z którym związane jest to zatrudnienie, nie wiadomo zatem, czy w/w aneks jest związany z realizacją niniejszego zamówienia.

Jak wynika z odpisu KRS PROKOM Pan G.M był wspólnikiem spółki, pełnił również funkcję Prezesa Zarządu, prokurenta spółki PROKOM.

Mając na uwadze pełnioną przez Pana G.M istotną funkcję w Spółce PROKOM, która związana była z pełnieniem funkcji zarządczych, datą zatrudnienia w Spółce od dnia 01.04.2020 r. w/w aneks do umowy o pracę związany może być również ze świadczeniem pracy na rzecz PROKOM, który nie ma związku z pełnieniem funkcji Inżyniera Kontraktu dla przedmiotowego zamówienia i w związku z powyższym nie może stanowić wiarygodnego dowodu na realność przyjętych przez Odwołującego stawek. Odwołujący nie przedstawił żadnego innego dowodu potwierdzającego wysokość i realność stawek kosztów personelu.

Gdyby przyjąć nawet hipotetycznie, że Inżynier Kontraktu lub poszczególni inspektorzy będą świadczyć usługi na rzecz więcej niż jednego kontraktu w tym samym czasie, to również ta okoliczność powinna być proporcjonalnie uwzględniona przy wyliczaniu kosztów. Wyjaśnienia rażąco niskiej ceny nie mogą ograniczać się do pewnego stopnia ogólności i nierynkowych założeń, lecz muszą być szczegółowe (por. wyrok z dnia 16.09.2016 r KIO 1592/16). Zamawiający oceniając wyjaśnienia Odwołującego w zakresie rażąco niskiej ceny oparł się na posiadanym doświadczeniu uzyskanym również z innych postępowań prowadzonych na wybór Inżyniera Kontraktu. Nieprawdziwe jest zatem twierdzenie Odwołującego, że Zamawiający oparł się jedynie na danych dostępnych w Internecie bez odniesienia się do

przedmiotowego zamówienia.

Z posiadanego przez Zamawiającego doświadczenia związanego z realizacją tożsamych zamówień na pełnienie funkcji Inżyniera Kontraktu wynika, że Inżynier Kontraktu otrzymuje najwyższe wynagrodzenie związane z zatrudnieniem personelu.

Zamawiający na podstawie posiadanego doświadczenia oraz danych rynkowych przyjął, iż wynagrodzenie Inżyniera Kontraktu wynosi około 8.000 zł brutto. W ramach kalkulacji Zamawiający przyjął, iż łączny koszt wynagrodzenia Inżyniera Kontraktu w ciągu 15 miesięcy realizacji umowy wyniesie 124.800 zł w sytuacji gdy Odwołujący skalkulował jedynie kwotę 64.500 zł wynagrodzenia IK.

Ponadto złożona w niniejszym postępowaniu kalkulacja Odwołującego nie odpowiada wcześniejszym kalkulacjom składanym przez Odwołującego do Zamawiającego w innych postępowaniach dotyczących tożsamych usług pełnienia nadzoru nad realizacją zadań inwestycyjnych w roku 2021. Odwołujący w roku 2021 przedstawiał kalkulacje cenowe, w których wskazywał, że wynagrodzenie Inżyniera Kontraktu oraz pozostałych inspektorów

wynosi 5.000 zł i wskazywał stawkę za dniówkę w wysokości 200 zł w sytuacji gdy minimalne wynagrodzenie za pracę wynosiło kwotę 2.800 zł w roku 2021.

Dowód: kalkulacje cenowe firmy PROKOM Construction składane w roku 2021

w dwóch postępowaniach.

Jeżeli wynagrodzenie inspektorów wynosiło 5.000 zł brutto w 2021 roku, to mając na uwadze istniejącą inflację Zamawiający był uprawniony do przyjęcia do wyliczeń wynagrodzenie inspektorów w roku 2022 na poziomie 5.730 zł brutto, co potwierdzają dane z GUS (poniżej). Ceny towarów i usług konsumpcyjnych w lipcu 2022 r. w porównaniu z analogicznym miesiącem ub. roku wzrosły o 15,6% (przy wzroście cen towarów - o 16,9% i usług - o 11,7%).

Mając na uwadze przyjęte zasady doświadczenia życiowego nie jest realne, aby wynagrodzenia inspektorów uległy obniżeniu w roku 2022 r. z kwoty 5.000 zł brutto do kwoty 4.300 zł brutto.

Gdyby przyjąć założenie, że wynagrodzenie Inżyniera Kontraktu oraz pozostałych inspektorów wynosiłoby obecnie w roku 2022 kwotę 5.730 zł brutto i przyjętej stawce za dniówkę w wysokości 230 zł to z przeprowadzonej przez Zamawiającego kalkulacji wynika, że Odwołujący na podstawie składanych wcześniej dokumentów nie doszacował do oferty kwoty co najmniej 95.700,00 z tytułu zatrudnienia w/w personelu.

Koszt zatrudnienia personelu Wykonawcy za 15 miesięcy przy założeniu wynagrodzenia brutto personelu Inżyniera Kontraktu na podstawie złożonych wcześniej przez Odwołującego kalkulacji cenowych z uwzględnieniem inflacji tj. przy założeniu wynagrodzenia personelu w wysokości 5.730 zł brutto i stawce 230 zł/dniówkę.

1. IK - 230 zł/dniówkę x25 dniówek/m-c x15 miesięcy=86.250 zł

2. Inspektor ds. rozliczeń - 86.250 zł

3. Inspektor nadzoru ds. robót drogowych - 230 zł/dniówka x15 dniówek/m-c x15 miesięcy=51.750 zł

4. Inspektor nadzoru ds. robót mostowych - 230 zł/dniówka x5 dniówek/m-c x 15 miesięcy =

17.250 zł

5. Inspektor nadzoru ds. robót elektrycznych - 230 zł/dniówka x5 dniówek/m-c x 15 miesięcy

= 17.250 zł

6. Inspektor nadzoru ds. robót instalacji ciepłowniczych/gazowych - 230 zł/dniówka x5 dniówek/m-c x 15 miesięcy = 17.250 zł

7. Inspektor nadzoru ds. robót instalacji wod-kan - 230 zł/dniówka x5 dniówek/mc x 15

miesięcy = 17.250 zł

8. Inspektor nadzoru ds. robót instalacji teletechnicznych - 230 zł/dniówka x5 dniówek/m-c x

15 miesięcy = 17.250 zł

9. Inspektor ds. geodezji - 230 zł/dniówka x5 dniówek/m-c x 15 miesięcy = 17.250 zł
10. Inspektor ds. zieleni - 230 zł/dniówka x5 dniówek/m-c x 15 miesięcy = 17.250 zł

11. Technolog - 230 zł/dniówka x5 dniówek/m-c x 15 miesięcy = 17.250 zł

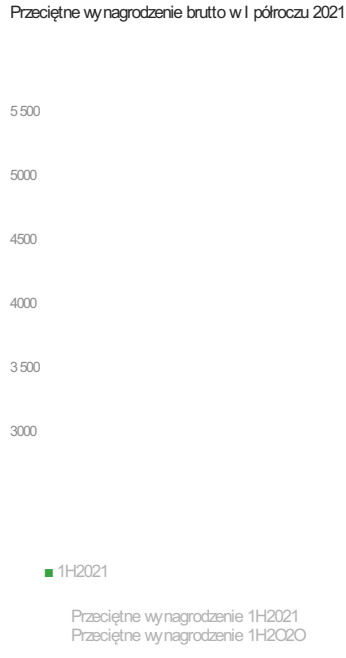
12. Personel pozostały- 230 zł/dniówka x5 dniówek/m-c x 15 miesięcy = 17.250 zł

Łączny koszt: 379.500 zł

379.500 zł -283.800 zł (koszt zatrudnienia personelu wskazany przez

Odwołującego) =różnica 95.700 zł.

Oficjalne dane instytucji publicznych w tym GUS również wskazują, że nierealne są ceny wynagrodzenia personelu wskazane przez odwołującego na poziomie 4.300 zł brutto. Dane z GUS wskazują, że realne są stawki przyjęte przez Zamawiającego dla kalkulacji pozostałych inspektorów z wyłączeniem IK do obliczeń w wysokości 5.730 zł dla inspektorów.



Ponadto jak podaje firma Sedlak & Sedlak na stronie , w 2020 roku
mediana płacy w budownictwie wyniosła 5467 zł brutto. Powyżej 7000 zł zarabiało 25% badanej grupy (próba badania to ponad 9 tys. pracujących w budownictwie), tyle samo miało wynagrodzenie poniżej 3500 zł. Najwyższe zarobki w budownictwie notowane były w woj.

mazowieckim - średnia 5789 zł i dolnośląskim - 5000 zł. Najniższe płace w budownictwie były w woj. podkarpackim i lubelskim, gdzie nie przekraczały progu 4000 zł.

Oczywiście najwięcej zarabia kadra kierownicza. „Raport płacowy" firmy Sedlak & Sedlak pokazuje następujące dane o średnich wynagrodzeniach brutto. W 2021 roku dyrektor generalny wykazywał zarobki od 9870 do 25 570 zł (średnia 16 190 zł), dyrektor finansowy zarabiał ok. 19 520 zł, dyrektor ds. technicznych średnio 13 010 zł. Kierownik robót/budowy miał średnią pensję w wysokości 8830 zł. Kierownik kontraktu średnio zarabiał 11 490 zł. Brygadzista mógł liczyć na średnią pensję na poziomie 5100 zł.

Celem złożenia wyjaśnień jest umożliwienie Zamawiającemu zweryfikowanie poprawności kalkulacji ceny, a nie złożenie ogólnego zapewnienia, że wykonawca wykona zamówienie za oszacowaną przez siebie cenę. Wyjaśnienia powinny być konkretne, wyczerpujące i przekonujące, ujawniające najważniejsze składniki cenotwórcze (np. poprzez złożenie szczegółowych wyliczeń i wyjaśnień). Przykład nie może polegać na wskazaniu niskich cen, ale na wyjaśnieniu dlaczego ten konkretny wykonawca ma możliwość zaoferowania właśnie takich cen. Istotne jest aby wykonawca wykazał, że właśnie dzięki temu może różnić się od

innych wykonawców, którym te akurat czynniki nie są dostępne. Jeżeli cecha właściwa danemu wykonawcy jest bez trudu dostępna dla innych wykonawców, to nie może być mowy o szczególnych okolicznościach pozwalających na zaoferowanie niskiej ceny.

Zwłaszcza wobec jednoznacznego żądania zamawiającego, skarżący powinien swoimi wyjaśnieniami i dołączonymi dowodami dowieść, że zaoferowane przez niego ceny materiałów są rynkowe i realne, podobnie oferty podwykonawców (por. wyrok z dnia 10.11.2016 r. KIO 2046/16). Wskazane powyżej okoliczności wskazują, że Wykonawca nie wykazał realności

przyjętych stawek wynagrodzenia personelu.

III. Koszty dojazdów i noclegów inspektorów

Twierdzenie Odwołującego, że wszyscy pracownicy (kandydaci) zamieszkują w okolicy planowanej inwestycji w związku z powyższym nie ma konieczności ponoszenia kosztów delegacji, diet kosztów noclegów itd. nie zostało wykazane przez Odwołującego. Odwołujący w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny z dnia 27.07.2022 r. wskazał wprost, że wszyscy zatrudnieni pracownicy zamieszkają okolice planowanej inwestycji i nie ma potrzeby doliczenia opłaty za ich delegacje. Jednocześnie jako dowód przedstawił aneks do umowy o pracę, z którego wynika, że miejscem zamieszkania Pana G.M jest Sosnowiec. Przedstawiony

w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny dowód dotyczący miejsca zamieszkania Inżyniera Kontraktu w Sosnowcu wprost przeczy przyjętemu przez Odwołującego twierdzenia, iż miejsce zamieszkania zatrudnionych pracowników będzie w pobliżu miejsca realizacji

inwestycji.

Zamawiający zatem prawidłowo przyjął, iż Odwołujący nie uwzględnił w kalkulacji kosztów dojazdu pracownika/ów z Sosnowca do Łodzi i z powrotem z uwagi na okoliczność, iż Sosnowiec jest oddalony o około 200 km od Łodzi.

Należy wskazać, iż nawet w sytuacji gdy w umowie o pracę z Inżynierem Kontraktu jako miejsce wykonywania pracy zostało wskazane terytorium kraju to nawet w sytuacji gdy w/w koszty nie wchodzą formalnie w kategorie diet, kosztów podróży służbowych stanowią istotny czynnik cenotwórczy, który powinien zostać uwzględniony w kalkulacji cenowej.

Zamawiający prawidłowo bowiem przyjął, iż obowiązujące przepisy prawa pracy tj. Kodeks pracy nie pozwalają na doliczenie do czasu pracy pracownika zatrudnionego na cały etat w

wymiarze 8 h dziennie dodatkowo po 5 godzin dzienne na podróż z miejsca zamieszkania (Sosnowiec) do Łodzi i z powrotem (po 2,5 godziny w każdą stronę), więc kwestia kosztów noclegu Inżyniera Kontraktu ma istotne znaczenie dla wykazania realności ceny.

Trudno przyjąć w oparciu o doświadczenie życiowe, aby Inżynier Kontraktu oraz inspektor ds. rozliczeń którzy wykonują swoją pracę, w oparciu o umowę o pracę w wymiarze jednego etatu (8 h dziennie przez 5 dni w tygodniu) całkowicie dobrowolnie w ramach kwoty 2.755 zł „na rękę" miesięcznie ponosili samodzielnie koszty wynajęcia mieszkania, koszty paliwa.

Ponadto, co należy podkreślić, Odwołujący nie uwzględnił w kalkulacji kosztów dojazdu pozostałego personelu Odwołującego na miejsce realizacji inwestycji. Krajowa Izba Wykonawcza w wyroku z dnia 8.04.2019 (KIO 502/19) wskazała, że „celem wezwania do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny jest uzyskanie wyjaśnień, które będą prowadzić do wykazania realności dokonanego szacunku." Tymczasem złożone wyjaśnienia wywołują w Zamawiającym obiektywne przekonanie, że kalkulacja jest wysoce nierentowna i nie uwzględnia wszystkich wymaganych kosztów realizacji zamówienia.

Jednocześnie Zamawiający wskazuje, że próba przerzucenia kosztów takich jak chociażby dojazdy i noclegi na inspektorów ma służyć Odwołującemu w celu wykazania braku konieczności kalkulowania ich w ramach szacowania ceny oferty, a tym samym zachowanie to służy jedynie możliwości uniknięcia konieczności wyjaśniania tych okoliczności w ramach wyjaśnień rażąco niskiej ceny, uznając, że nie są one przedmiotem kalkulacji. KIO w wyroku z dnia 31 stycznia 2022 r. w sprawie KIO 23/22 w uzasadnieniu wskazała, iż zapewnienie w zakresie ponoszenia kosztów dojazdów przerzuconych na poszczególnych specjalistów na mocy umów cywilnoprawnych i w kontekście miejsca zamieszkania tych osób, przy zastosowaniu chociażby wyłącznie zasad logiki i doświadczenia życiowego uznać należy za niewiarygodne i pozbawione sensu.

Odwołujący nie wykazał żadnym dowodem, że nie istnieje obowiązek doliczenia do ceny kosztów dojazdu/noclegów/ diet itp. personelu w sytuacji gdy z przedstawionych dowodów wynika, że Inżynier Kontraktu ma miejsce zamieszkania w Sosnowcu.

W treści wyjaśnienia rażąco niskiej ceny Odwołujący nie wykazał, iż nie będzie istniał obowiązek doliczenia do ceny kosztów dojazdu, diet lub kosztów noclegów pozostałych członków personelu. Zamawiający przyjął zatem do kalkulacji średnią cenę mieszkania z najniższych dostępnych ofert tj. kawalerkę za 2.000,00 zł miesięcznie (w tym 1.400 zł kosztu wynajmu i 600 zł czynsz plus media) co w okresie realizacji zamówienia wyniesie kwotę

30.000 zł oraz koszt dojazdu do miejsca zamieszkania 9x w miesiącu czyli 1.800 km, co daje kwotę 1.504,44 zł miesięcznie czyli 22.566,60 zł w ciągu 15 miesięcy realizacji zamówienia, łączny koszt oddelegowania Inżyniera Kontraktu wynosi 52.666,60 zł. .

IV. Koszty związane z biurem IK

Również kalkulacja kosztów prowadzenia samego biura inżyniera odbiega od realiów rynkowych. Odwołujący kalkulując w/w koszty zaniżył koszt wynajęcia Biura wskazując w kalkulacji koszt w wysokości 2.000 zł miesięcznie, łącznie 30.000 zł.

W biurze tym mają odbywać się narady i biuro to powinno posiadać salę konferencyjną mogącą pomieścić minimum 20 osób. Zamawiający dodatkowo wskazał w treści SWZ, iż Inżynier Kontraktu musi pokryć wszystkie koszty bieżące związane z funkcjonowaniem biura

w tym:

- opłaty za media (energia elektryczna, telefon, ogrzewanie, woda,
- koszty utrzymania czystości,

- koszty materiałów biurowych.

Bezzasadne jest twierdzenie Odwołującego, iż biuro Inżyniera Kontraktu wraz z zapewnieniem sali konferencyjnej na narady na 20 osób to powierzchnia 30 m2. Wskazana przez Odwołującego powierzchnia 30 m2 nie jest zgodna z obowiązującymi regulacjami dotyczącymi wielkości pomieszczeń biura oraz doświadczeniem Zamawiającego.

Odwołujący załączył do wyjaśnień i kalkulacji ceny oferty dotyczące wynajmu biura, z których jedna oferta dotyczy wynajmu pustego biura 30 m2 za 20 zł/m tj. za 600 zł/miesięcznie, bez uwzględnienia kosztów wyposażenia tego biura w meble oraz niezbędne urządzenia. Druga oferta wskazana przez Odwołującego dotyczy wynajmu pustej hali wraz z pomieszczeniem na narady o powierzchni 25 m2 za 625 zł/miesięcznie. Powyższe ceny wynajmu pomieszczeń są cenami nierynkowymi, gdyż nie uwzględniają kosztów urządzenia wyposażenia biura w niezbędne meble i urządzenia, mediów, ogrzewania, ani kosztów: Internetu, monitoringu, odbioru śmieci, utrzymania w czystości, materiałów biurowych oraz ich powierzchnia jest nieadekwatna dla urządzenia biura Inżyniera Kontraktu. .

Mając na uwadze, iż zgodnie z regulacjami wynikającymi z przepisów Rozporządzenia Ministra Pracy i Polityki Socjalnej w sprawie ogólnych przepisów bezpieczeństwa i higieny pracy z dnia 26 września 1997 r. obowiązują ogólne zapisy obligujące pracodawcę do zapewnienia co najmniej 2m2 wolnej powierzchni podłogi oraz 13m3 wolnej kubatury pomieszczenia na każdego pracownika nie jest zatem możliwe aby biuro Inżyniera Kontraktu wraz z salą konferencyjną miała 25-30 m2 powierzchni, w sytuacji gdy powierzchnia samej sali konferencyjnej powinna wynosić około 40 m2.

Do w/w powierzchni należy doliczyć powierzchnię biurową przeznaczoną dla pracy

pracowników, część sanitarną, część socjalną co wskazuje iż buro Inżyniera Kontraktu

powinno wynosić około 80 -100 m2. Mając powyższe na uwadze koszt wynajęcia biura

nie może wynosić kwoty 1.000 zł miesięcznie. Oferty wynajmu lokalu min. 80 m2 oscyluje bowiem w Łodzi w wysokości około 3.000 zł.

Dowód: przykładowe ogłoszenie ze strony

wejsciem-z-parkingu-lD49pdj

Zamawiający pragnie również wskazać, że Odwołujący w cenę najmu nie wliczył kosztów mediów, utrzymania czystości oraz kosztów materiałów biurowych. Powyższe wskazuje, iż cena za wynajem biura Inżyniera Kontraktu również jest nierealna.

Argumentacja Odwołującego, że wynajęcie biura za kwotę 1.000 zł miesięcznie jest możliwa, co wynika z dotychczasowego doświadczenia wykonawcy również jest chybiona. Odwołujący w składanych w 2021 roku kalkulacjach cenowych powołuje się na koszty wynajęcia biura w

wysokości 3.000 zł miesięcznie w postępowaniu dotyczącym „Pełnienia nadzoru nad realizacją robót oraz zarządzeniem Kontraktem pn.: Budowa drogi wojewódzkiej klasy technicznej „G" - Trasa Górna III od k. 0+ 059.45 do km 5+712.25" realizowanego w ramach zadania „Budowa dojazdu do węzła na autostradzie A1- budowa III etapu Trasy Górna" wraz z zapewnieniem obsługi laboratoryjnej dla realizowanej inwestycji". Również kwota 3.000 zł była wskazywana przez Odwołującego w roku 2021 r. w innym postępowaniu na „Pełnienie nadzoru nad realizacją robót oraz zarządzaniem Kontraktem pn. „Program niskoemisyjnego transportu miejskiego - budowa wiaduktów drogowych i tramwajowego w ulicy Przybyszewskiego w Łodzi oraz przebudowa torowiska w ul. Przybyszewskiego na odcinku od połączenia z projektem przebudowy wiaduktów do ul. Lodowej".

Dowód: 2 kalkulacje Odwołującego przedstawione w innych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego w roku 2021

Mając na uwadze, iż przedstawione przez Odwołującego kalkulacje dotyczą stawek obowiązujących w roku 2021 r. na poziomie 3.000 zł, zaś w każdym roku koszty najmu wzrastają (szczególnie w ostatnim okresie) nie jest realne, aby koszt wynajmu biura dla Inżyniera Kontraktu wraz z wymaganymi przez Zamawiającego kosztami mediów, kosztami utrzymania czystości oraz kosztami materiałów biurowych zmalał z kwoty 3.000 zł do kwoty 2.000 zł tym bardziej, iż Odwołujący nie wykazał wysokości poniesionych kosztów mediów kosztów utrzymania w czystości biura oraz kosztów artykułów biurowych, kosztów wyposażenia wynajmowanego pomieszczenia w niezbędne urządzenia oraz meble.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej (wyrok z dnia 9,07.2020 r KIO 952/20), o cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne.

Rażąco niska cena jest to cena niewiarygodna, oderwana całkowicie od realiów rynkowych. Przykładem może być oferowanie usług za symboliczną kwotę i dokładnie takie „symboliczne" kwoty kalkuluje Odwołujący nie tylko przy wynagrodzeniach inspektorów, ale również przy kosztach najmu biura.

Zarzut naruszenia art. 224 ust. 1 ustawy pzp poprzez zaniechanie ponownego wezwania

Odwołującego do wyjaśnienia sposobu kalkulacji ceny.

Zamawiający wezwał Odwołującego w dniu 21 lipca 2022 r do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Wezwanie to nie było szablonowe i niedookreślone, lecz wskazywało,

jakie dokładnie elementy Odwołujący winien wyjaśnić oraz udowodnić (poprzez załączenie wyjaśnień w tym złożenie dowodów mających zasadnicze znaczenie dla określenia wysokości

ceny).

Zamawiający precyzyjnie wskazał, że wyjaśnienia Odwołującego winny zawierać informację w zakresie następujących elementów: zarządzania procesem świadczonych usług, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystanych warunków usług, oryginalności usług oferowanych przez Wykonawcę, zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy - zakaz kalkulowania cen poniżej minimalnego wynagrodzenia za pracę, zgodności z prawem (pomoc publiczna), zgodności z prawem (prawo pracy i zabezpieczenia społecznego), zgodności z prawem (ochrona środowiska), koszty ogólne i niezbędne do realizacji oraz zysk.

Dodatkowo Zamawiający w treści wezwania, przywołując odpowiednie wyroki Krajowej Izby Odwoławczej dokładnie opisał, w jaki sposób dokument zawierający wyjaśnienia rażąco niskiej ceny winien być sporządzony, tj. podkreślił, że wyjaśnienia i kalkulacje nie mogą być gołosłowne, lecz poparte dowodami (wyrok KIO z dnia 17.01.2017 r. KIO 17/18), muszą być wyczerpujące i konkretne, a nie lakoniczne (wyrok z dnia 01,06,2016 r. KIO 1544/16) i iluzoryczne (wyrok z dnia 23.12.2019 r. KIO 2494/19).

Jednocześnie jedynie na marginesie rozważań Zamawiający wskazuje, że Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 6 grudnia 2019 r. (KIO 2122/19) wyjaśniła, że w przypadku rozliczenia ryczałtowego (z jakim mamy do czynienia w niniejszej sprawie) nie sposób oczekiwać od Zamawiającego szczegółów w wezwaniu do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny. Zamawiający starał się jednak w sposób bardzo precyzyjny nakierować Odwołującego, jakiego rodzaju danych wymaga w celu oceny, czy zaoferowana cena nie nosi znamion rażąco niskiej.

Na wezwanie Zamawiającego z dnia 21 lipca 2022 r. Odwołujący w dniu 27.07.2022 r. złożył wyjaśnienia i kalkulacje.

W tym miejscu należy powołać się na ugruntowane w doktrynie i judykaturze stanowisko, że Zamawiający nie może wyręczać wykonawcy i dopytywać w nieskończoność odnośnie elementów kalkulacji ceny, która przybiera postać rażąco niskiej. W takim samym tonie wypowiedziała się Izba w wyroku z dnia 22.05.2018 r (KIO 887/18), a także w wyroku dnia 25.06.2015 (KIO 1099/15).

Wezwanie Zamawiającego nie może bowiem polegać na wyjaśnieniu, czy wykonawca nie pominął konkretnych czynników cenotwórczych (por. orzeczenie z dnia22.12.20215 r. KIO

2692/15).

Wbrew oczekiwaniom Odwołującego, Zamawiający nie ma już obowiązku wzywać Odwołującego po raz drugi i następny do złożenia wyjaśnień. Wezwanie takie byłoby bowiem uzasadnione jedyne w przypadku, gdyby Zamawiający nie poinformował wykonawcy, jakie elementy budzą jego wątpliwości. Stanowisko takie jest zgodne wyrokiem Izby z dnia

16.08.2018, KIO 1487/18.

Zgodnie z wyrokiem KIO 220/22 Zamawiający ma prawo skierować do wykonawcy kolejne wezwanie do wyjaśnień rażąco niskiej ceny, ale jedynie w sytuacji, gdy lektura pierwszych złożonych wyjaśnień wymaga doszczegółowienia. Za niedopuszczalne należy uznać kolejne wezwanie polegające de facto na konieczności poproszenia wykonawcy po raz kolejny o to samo, to jest o przedstawienie brakujących elementów kalkulacji, które mogły i powinny być złożone już w pierwszych wyjaśnieniach.

W niniejszej sprawie Zamawiający w wezwaniu do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny wskazał szczegółowo, jakie elementy kalkulacji ceny winny być wyjaśnione.

Wielokrotne nieuzasadnione wezwania do wyjaśnienia elementów cenotwórczych i przejęcie inicjatywy dowodowej przez Zamawiającego byłoby bowiem naruszeniem zasady uczciwej konkurencji i zasady równego traktowania wykonawców (wyrok z dnia 27.02.2018 r., KIO 266/18 i wyrok z dnia 21.11.2017 r., KIO 2347/17). Zamawiający winien być bezstronny i inicjatywa dowodowa nie może być przerzucona na jego barki (por. orzeczenie z dnia 29.01.2018 r. KIO 2717/17).

Mając powyższe na względzie, a także przywołując orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej chociażby z dnia 27.02.2018 (KIO 266/18), czy z dnia 15.06.2020 r (KIO 893/20) Zamawiający wyjaśnia, że nie ma już obowiązku ponownego wezwania do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny. To na wykonawcy ciąży obowiązek przekonania Zamawiającego, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska (tak też w orzeczeniu z dnia 19.10.2021 r KIO 1852/16), czego nie uczynił.

Stan faktyczny ustalony przez Izbę:

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w

dniu 3 czerwca 2022 r., numer 2022/S 107-299720.

W dniu 3 października 2022 r. wykonawca PROKOM Construction Sp. z o. o. z siedzibą w Sosnowcu wniósł odwołanie wobec następujących czynności i zaniechań Zamawiającego:

1. czynności wyboru oferty Pilamis Sp. z o.o. Sp.k. z siedzibą w Łodzi, pomimo że to oferta Odwołującego powinna zostać wybrana jako najkorzystniejsza;

2. czynności odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp w związku z niezasadnym przyjęciem

przez Zamawiającego, że oferta Odwołującego zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu z mówienia oraz, że złożone przez Odwołującego wyjaśnienia co do sposobu kalkulacji ceny oferty wraz lz dowodami nie uzasadniają ceny podanej w ofercie, pomimo że Odwołujący w sposób dostateczny wyjaśnił i potwierdził zasadność i realność zaoferowanej przez siebie ceny oraz przedstawił dowody;

3. zaniechania czynności wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie sposobu kalkulacji ceny na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, w sytuacji, w której Zamawiający pomimo złożenia przez Odwołującego wyczerpujących wyjaśnień powziął wątpliwości w zakresie przyjętych wyliczeń i założeń dla określenia ceny oferty Odwołującego.

W związku z powyższym Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie poniższych przepisów:

1. art. 226
ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego w związku z niezasadnym przyjęciem, że oferta Odwołującego zawiera rażąco niską ofercie w stosunku do przedmiotu zamówienia, oraz że złożone przez Odwołującego wyjaśnienia w zakresie sposobu kalkulacji ceny oferty wraz z dowodami nie uzasadniają ceny podanej w ofercie, pomimo że Odwołujący w sposób dostateczny wyjaśnił i potwierdził zasadność i realność zaoferowanej przez siebie ceny oraz przedstawił na potwierdzenie powyższego dowody;

2. art. 224
ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie czynności wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie sposobu kalkulacji ceny, w sytuacji w której Zamawiający pomimo złożenia przez Odwołującego wyczerpujących wyjaśnień oraz dowodów powziął nowe wątpliwości w zakresie przyjętych wyliczeń i założeń dla określenia ceny oferty Odwołującego.

Opierając się na przedstawionych zarzutach Odwołujący wniósł o:

1) unieważnienie czynności wyboru oferty Pilamis Sp. z o.o. Sp.k. z siedzibą w Łodzi jako oferty najkorzystniejszej; oraz

2) unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp; oraz

3) dokonanie ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego; ewentualnie także

4) ewentualnie wezwanie Odwołującego do złożenia kolejnych wyjaśnień w zakresie

sposobu kalkulacji ceny oferty;

5) dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

W wyniku wniesionego odwołania przez wykonawcę PROKOM Construction Sp. z o. o. z siedzibą w Sosnowcu, ul. Reymonta 30/1, 41-200 Sosnowiec, Zamawiający wnosił o oddalenie odwołania w całości.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego skutecznie przystąpił wykonawca PILAMIS spółka z ograniczoną odpowiedzialnością sp.k. z siedzibą w Łodzi, ul. Smugowa 40, 91-433 Łódź.

Izba stwierdziła, ze ww. wykonawca zgłosił przystąpienie do postępowania w ustawowym terminie, wykazując interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść zamawiającego.

Przystępujący pismem wniesionym do Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 października 2022 r. (pismo z dnia 6 października 2022 r.) wnosił o oddalenie odwołania.

Stan prawny ustalony przez Izbę:

Zgodnie z art. 224 ust. 1 ustawy PZP, 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.

Zgodnie z art. 224 ust. 6 ustawy PZP, 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.

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.

Krajowa Izba Odwoławcza - po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej

sprawie, po zapoznaniu się ze stanowiskami przedstawionymi w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, stanowiskiem przystępującego, konfrontując je z zebranym w sprawie materiałem procesowym, w tym z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz po wysłuchaniu oświadczeń i stanowisk stron, a także uczestnika postępowania odwoławczego złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy - ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający stwierdził, że odwołanie dotyczy materii określonej w art. 513 ustawy PZP i podlega rozpoznaniu zgodnie z art. 517 ustawy PZP. Izba stwierdziła również, że nie została wypełniona żadna z przesłanek określonych w art. 528 ustawy PZP, których stwierdzenie skutkowałoby odrzuceniem odwołania i odstąpieniem od badania meritum sprawy. Ponadto w ocenie składu orzekającego Odwołujący wykazał, że posiada legitymację materialną do wniesienia środka zaskarżenia zgodnie z przesłankami art. 505 ust. 1 ustawy PZP, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy PZP może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

Skład orzekający dokonał oceny stanu faktycznego ustalonego w sprawie mając na uwadze art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP, który stanowi, że Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Izba - uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy przedłożony przez strony i przystępującego, po dokonaniu ustaleń poczynionych na podstawie dokumentacji

postępowania, biorąc pod uwagę zakres sprawy zakreślony przez okoliczności podniesione w odwołaniu oraz stanowiska złożone pisemnie i ustnie do protokołu - stwierdziła, że sformułowane przez Odwołującego zarzuty nie znajdują oparcia w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie nie zasługuje na

uwzględnienie.

I.

W pierwszej kolejności, zarzuty Odwołującego w zakresie naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego w związku z niezasadnym przyjęciem, że oferta Odwołującego zawiera rażąco niską ofercie w stosunku do przedmiotu zamówienia, oraz że złożone przez Odwołującego wyjaśnienia w zakresie sposobu kalkulacji ceny oferty wraz z dowodami nie uzasadniają ceny podanej w ofercie, pomimo że Odwołujący w sposób dostateczny wyjaśnił i potwierdził zasadność i realność zaoferowanej przez siebie ceny oraz przedstawił na potwierdzenie powyższego dowody, są zdaniem Izby niezasadne.

Na wstępie wskazania wymaga, że zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem Izby za cenę rażąco niską uznaje się cenę poniżej kosztów własnych wykonawcy, niepozwalającą na wypracowanie zysku. Jest to cena oderwana od realiów rynkowych i nierzeczywista.

Przenosząc powyższe na kanwę niniejszej sprawy zaznaczyć należy, że Izba nie znalazła podstaw do uznania, że cena oferty Odwołującego nie wykazywała cechy ceny rażąco niskiej. Podkreślić należy, że rozpoznając zarzuty odwołania Izba dokonała analizy wyłącznie treści wyjaśnień rażąco niskiej ceny i dowodów złożonych na wezwanie Zamawiającego.

Dodatkowych okoliczności podnoszonych w postępowaniu odwoławczym oraz dowodów przedstawionych przez Odwołującego Izba nie mogła wziąć pod uwagę, gdyż ocenia prawidłowość czynności zakończonej przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Izba zważa, że Zamawiający w dniu 21 lipca 2022 r. na podstawie art. 224 ust. 1 i 2 ustawy PZP wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów - między innymi kalkulację wszystkich kosztów, mających zasadnicze znaczenie dla określenia wysokości ceny brutto oferty, złożonej w przedmiotowym postępowaniu. Zamawiający wskazał, że zgodnie z art. 224 ust. 3 ustawy PZP wyjaśnienia, w tym dowody, winny dotyczyć w szczególności:

1) zarządzania procesem świadczonych usług,

2) wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków usług,

3) oryginalności usług 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 (t.j. 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) kosztów ogólnych i innych niezbędnych kosztów do prawidłowej realizacji przedmiotu

zamówienia,

9) wartość zysku.

Zamawiający dalej wskazał, że zaproponowana przez Odwołującego cena oferty jest niższa o 34,14% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania oraz o 31,42% od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert nie podlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10 Ustawy.

Ponadto Zamawiający wskazał, że Wykonawca zobowiązany jest złożyć wyjaśnienia i załączyć dowody mające potwierdzić realność wykonania, zgodnie z treścią SWZ, przedmiotu zamówienia za zaoferowaną przez Wykonawcę cenę.

Zamawiający powołał się na art. 224 ust. 5 ustawy PZP, zgodnie z którym obowiązek wykazania, ze oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa na Wykonawcy oraz na art. 226 ust. 1 pkt 8 Ustawy w zw. z art. 224 ust. 6 Ustawy, iż odrzuci ofertę Wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym przez Zamawiającego terminie lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniły, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

Jednocześnie Zamawiający poinformował w ww. piśmie, że odrzuci ofertę Wykonawcy, jeżeli złożone wyjaśnienia będą iluzoryczne lub lakoniczne.

Odwołujący złożył Zamawiającemu wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny w dniu 28 lipca

2022 r. (pismo z dnia 27 lipca 2022 r.), wskazując, że przyjął dane wyjściowe do kalkulacji w poniższy sposób:

a) Wynagrodzenie miesięczne - przyjęto wysokość wynagrodzeń na podstawie doświadczeń własnych oraz rzeczywistych stawek obowiązujących w firmie Prokom Construction sp. z o.o. Przyjęta stawka przekracza wysokość minimalnego wynagrodzenia o którym mowa w Rozporządzeniu Rady Ministrów z dnia 14.09.2021r. Dz.U. 2021 poz. 1690 które wynosi 3.010 zł [Dowód nr 1], a w przyjętych stawkach w kalkulacji uwzględniono wymagane prawem dodatkowe obciążenia Pracodawcy. Potwierdza to, iż przyjęte łączne kwoty zawierają wszystkie koszty związane z wynagrodzeniami, w tym również dodatki, premie oraz koszty Pracodawcy. W załączeniu kopia umowy o pracę kandydata na Inżyniera Kontraktu, Pana G.M, na potwierdzenie poprawności przyjętych stawek [Dowód nr 2]

b) Stawka za dniówkę - jest to wysokość miesięcznego wynagrodzenia podzielona przez ilość dniówek w miesiącu, tj. 25 dni i zakłada czas pracy w wymiarze minimum 8 godzin, co uwzględnia prace w ewentualnych godzinach nadliczbowych

c) Przewidywana ilość dniówek - jest to ilość dniówek w których będzie zaangażowany dany specjalista w ramach realizacji niniejszego zamówienia. Założenia przyjęto na podstawie doświadczeń własnych firmy przy realizacji tego typu Kontraktów. Ilość dniówek w jakich zaangażowany jest specjalista, jest średnią z przewidywanego okresu realizacji i uwzględnia przerwy i przestoje spowodowane warunkami pogodowymi, w tym przerwę zimową, procesy technologiczne, oraz przewidywaną realizację i zaangażowanie dla poszczególnych asortymentów robót. Wynika ona z wypracowanych schematów działań, procedur, oraz tzw. know - how należącym do firmy, przy czym:

- Koszty administracji, tj. obsługa specjalistyczna taka jak pomieszczenia biurowe, archiwizacja, obsługa prawna, administracja, telefony, fax, projektor wraz z ekranem, aparaty fotograficzne, dron do wykonywania zdjęć lotniczych, kamery, rejestratory ruchu, sprzęt komputerowy, szkolenie i sprzęt bhp, utrzymanie czystości, przesyłki pocztowe, geodezyjny sprzęt pomiarowy, sprzęt laboratoryjny, ubezpieczenie, opłaty bankowe (w tym zabezpieczenia umowy), sekretariat oraz pozostałe niewymienione stanowią koszty ogólne firmy i są rozłożone równomiernie na wszystkie kontrakty realizowane przez Prokom Construction sp. z o.o. Zgodnie z Zarządzeniem Zarządu nr 1/2022 przyjmowane są one w kalkulacjach na poziomie 10 %. [Dowód nr 3]

d) Koszt transportu przyjęto na podstawie Rozporządzenie Ministra Infrastruktury z 25 marca 2002 r. w sprawie warunków ustalania oraz sposobu dokonywania zwrotu kosztów używania do celów służbowych samochodów osobowych, motocykli i motorowerów niebędących własnością pracodawcy (Dz.U. nr 27, poz. 271 ze zm.) [Dowód nr 4] koszt 1 km = 2 zł. Do kalkulacji przyjęto koszty transportu związanego z obsługą inwestycji, tj. wyjazdy na teren budowy, dojazdy do siedziby Zamawiającego, wyjazdy w celu dokonani inspekcji wytwórni materiałów, dojazdy do instytucji Organów administracyjnych itd. Założenia przyjęto na podstawie doświadczeń własnych firmy przy realizacji tego typu Kontraktów. Wszyscy zatrudnieni pracownicy zamieszkują okolice planowanej inwestycji i nie ma potrzeby opłaty ich delegacji. Zwracam również uwagę, iż koszt dojazdu Pracowników z miejsca zamieszkania na teren budowy (Biuro Budowy), tj. miejsca pracy, zgodnie z obowiązującymi przepisami nie stanowi kosztów Pracodawcy, a koszt Pracownika.

e) Przyjęte dodatkowe ryzyka:

Ryzyko zwiększenia kosztów nieobjętych waloryzacją wynagrodzenia (paliwo, wynagrodzenia itd.): + 8%

Ryzyko zmniejszenia kosztów (negocjacje, deflacja itd.): - 5%

Ryzyka pozostałe skutkujące zwiększeniem kosztu wykonania: + 5%

Ryzyka pozostałe skutkujące zmniejszeniem kosztu wykonania: - 5%

Razem suma dodatkowych ryzyk: 3%

f) Koszt prowadzenia biura przyjęto na podstawie ponoszonych kosztów związanych z biurem ponoszonych przez Prokom Construction sp. z o.o. przy realizacji tego rodzaju umów, [Dowód nr 5, 6, 7]

g) Koszt najmu samochodu dla Zamawiającego przyjęto na podstawie rzeczywistych kosztów związanych w wynajmem samochodu wraz z kosztami eksploatacyjnymi (ubezpieczenie, przeglądy, naprawy) [Dowód nr 8]

Tabela z kalkulacją ceny ryczałtowej [Dowód nr 9]:

I.	Koszty Personelu w okresie realizacji

L.p.	Stanowisko	Stawka miesięczna [zł/m-c]	Ilość m-cy	Stawka za dniówkę [zł/dniówkę]	Średnia ilość dniówek w m-cu	Koszt całkowity [zł]
1	Inżynier Kontraktu	4 300,00	15,00	172,00	25,00	64 500,00
2	Inspektor ds. rozliczeń	4 300,00	15,00	172,00	25,00	64 500,00
3	Inspektor Nadzoru ds. robót drogowych	4 300,00	15,00	172,00	15,00	38 700,00
4	Inspektor Nadzoru ds. robót mostowych	4 300,00	15,00	172,00	5,00	12 900,00
5	Inspektor Nadzoru ds. robót elektrycznych	4 300,00	15,00	172,00	5,00	12 900,00
6	Inspektor Nadzoru ds. robót instalacji ciepłowniczych/gazowych	4 300,00	15,00	172,00	5,00	12 900,00
7	Inspektor Nadzoru ds. robót instalacji wod - kan	4 300,00	15,00	172,00	5,00	12 900,00
8	Inspektor Nadzoru ds. robót instalacji teletechnicznych	4 300,00	15,00	172,00	5,00	12 900,00

9	Inspektor ds. geodezji	4 300,00	15,00	172,00	5,00	12 900,00
10	Inspektor ds. zieleni	4 300,00	15,00	172,00	5,00	12 900,00
11	Technolog	4 300,00	15,00	172,00	5,00	12 900,00
12	Personel pozostały	4 300,00	15,00	172,00	5,00	12 900,00
					RAZEM	283 800,00

II.	Koszty administracji	[Liczony od sumy poz. I] [zł]	10,00%	28 380,00

III.	Koszty transportu	Stawka za km [zł/km]	Ilość m-cy	Dystans w m-cu [km]	Wartość [zł]
		2,00	15,00	500,00	15 000,00

						Wartość [zł]
IV.	Koszty samochodu Zamawiającego	Karta paliwowa: [zł/mc]	1 000,00	Ilość m-cy:	15,00	15 000,00
		Wynajem samochodu wraz z pozostałymi kosztami eksploatacyjnymi [zł/mc]	2 500,00			37 500,00
						52 500,00

V.	Koszty biura	Ilość m-cy	Koszt miesięczny	Wartość [zł]
		15,00	2 000,00	30 000,00

RAZEM koszty bezpośrednie	[Suma pozycji od I do V]	[zł]	409 680,00

VI.	Koszty ryzyka	[Liczony od sumy kosztów bezpośrednich] [zł]	3,00%	12 290,40
VII.	Koszty wg SIWZ nieujęte w pkt I do V.	[Liczony od sumy kosztów bezpośrednich] [zł]	3,00%	12 290,40
VII.	Zysk	[Liczony od sumy kosztów bezpośrednich] [zł]	1,00%	4 096,80

RAZEM PRZYBLIŻONA WARTOŚĆ OFERTY NETTO [zł]	[Suma pozycji od I do VII]	438 357,60
RAZEM PRZYBLIŻONA WARTOŚĆ OFERTY BRUTTO [zł]	[Vat 23%]	539 179,85

Na podstawie powyżej złożonych wyjaśnień, Zamawiający pismem z dnia 21 września 2022 r. poinformował Wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz o ofertach, które odrzucił, w tym oferty Odwołującego.

Izba na początku rozważań chciałaby podkreślić, że nie zgadza się z Odwołującym, iż: „Zamawiający dysponował przeszacowaną wartością zamówienia" oraz „ zaoferowana przez niego cena nie nosi znamion ceny rażąco niskiej - świadczy o tym fakt, że nie odbiega ona w sposób znaczący od średniej ofert niepodlegających odrzuceniu oraz oferty wybranej jako najkorzystniejsza - różnica nie przekracza ustawowego progu 30%".

Zgodnie z art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy PZP, w przypadku gdy cena całkowita oferty złożonej w terminie jest niższa o co najmniej 30% od 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.

W związku z powyższą normą prawną, zdaniem Izby, wyliczenia Zamawiającego wskazujące na średnią arytmetyczną cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10 w wysokości 826 790,63 zł, a także na wartość szacunkową zamówienia powiększoną o należny podatek od towarów i usług w wysokości 861 000,00 zł, w odniesieniu do ceny oferty Odwołującego w wysokości 567 030,00 zł, są prawidłowe, a cena oferty Odwołującego była niższa o ponad 30%, tj. w stosunku do wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług o 34,14%, natomiast w stosunku do średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10 o 31,42%.

Nadto biorąc pod uwagę ceny ofert pozostałych Wykonawców (BUICH Sp.j. - 987 382,50 zł, Konsorcjum: BAUMARK Sp. z o.o., R.S. P.H.U. „BAUMARK" - 968 010,00 zł, PILAMIS Sp. z o.o. Sp.k. - 784 740,00) nie trafna jest teza Odwołującego, że Zamawiający dysponował „przeszacowaną wartością zamówienia".

Odwołujący w treści odwołania wskazuje, iż z uwagi na ryczałtowy charakter ceny ofertowej Wykonawcy mieli możliwość kalkulacji ceny ryczałtowej we własnym zakresie, powołując się na zapisy SWZ i projektowane postanowienia umowne.

Izba zważa, że zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej sygn. akt KIO 2347/17 z dnia 21 listopada 2017 r.: „Izba wskazuje, że nie podziela poglądu, że przy wynagrodzeniu ryczałtowym zamawiający nie jest uprawniony do badania i analizowania danego składnika ceny, gdy dany składnik nie pozostaje istotny dla wyceny oferty. W ocenie Izby takie uprawnienie Zamawiający posiada nawet w przypadku, gdy przewidziane jest wynagrodzenie ryczałtowe dla wykonawcy. Ustalenie czy poszczególne usługi składające się na przedmiot zamówienia (a niemające istotnego znaczenia) zostały wycenione na poziomie rynkowym może być niezbędne do ustalenia realności całej oferty - jeśli bowiem niektóre usługi zostały niedoszacowane, może się okazać, że niedoszacowana jest cała oferta, a przy niewielkich różnicach cenowych pomiędzy poszczególnymi wykonawcami ma to istotny wpływ na końcowy wynik postępowania. Przyjęcie stanowiska przeciwnego prowadziłoby de facto do uniemożliwienia zamawiającemu rzetelnego zbadania realności ceny, w sytuacji, gdy ma ona charakter ryczałtowy", a Izba w pełni zgadza się z powyższym poglądem tamtejszego składu orzekającego.

Izba zważa, że podstawowym elementem kształtującym cenę ofertową, który podlegał badaniu przez Zamawiającego była wysokość wynagrodzenia personelu (Inżyniera Kontraktu, Inspektora ds. rozliczeń, Inspektora Nadzoru ds. robót drogowych, Inspektora Nadzoru ds. robót mostowych itd.). Tym samym Izba zgadza się z Odwołującym, że: „Głównym kosztem są ludzie", ale nie jest to też tak, że pozostałe elementy składające się na cenę ofertową, nie mają charakteru istotności, np. koszty prowadzenia biura, w szczególności biorąc pod uwagę zapisy pkt 3.1. SWZ.

Odwołujący wskazał, iż wynagrodzenie miesięczne przyjął na podstawie doświadczeń własnych oraz rzeczywistych stawek obowiązujących w firmie Prokom Construction Sp. z o.o, zaś przyjęta stawka wynagrodzenia przekracza wysokość minimalnego wynagrodzenia za pracę, które wynosi 3010 zł.

Mając powyższe na uwadze, zdaniem Izby, Odwołujący zakłada realny poziom wynagrodzenia tym, że wynagrodzenie personelu przewyższa wysokość minimalnego wynagrodzenia za pracę czy minimalnej stawki godzinowej określonej w Rozporządzeniu Rady Ministrów z dnia 14 września 2021 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2022 r. (Dz.U. z 2021 r. poz. 1690), a ustalone wynagrodzenie w wysokości 4.300 zł miesięcznie będzie otrzymywał Inżynier Kontaktu oraz każdy z Inspektorów, Technolog czy pozostały personel.

Co istotne, Odwołujący wskazał, że ww. wynagrodzenie miesięczne obejmuje 25 dni pracy w miesiącu i czas pracy w wymiarze minimum 8 godzin, co uwzględnia prace w ewentualnych

godzinach nadliczbowych, a „przyjęte łączne kwoty zawierają wszystkie koszty związane z wynagrodzeniami, w tym również dodatki, premie oraz koszty Pracodawcy". Oznacza to zdaniem Izby, że wynagrodzenie w wysokości 4 300,00 zł jest wynagrodzeniem brutto brutto (tj. łącznie ze składkami pracodawcy). Potwierdził powyższe również sam Odwołujący na rozprawie „Kwota 4300 zł pokrywa wszystkie koszty, w tym koszty pracodawcy".

Jednakże Odwołujący nie bierze w ogóle pod uwagę tego, że wynagrodzenie to musi być adekwatne do zakresu obowiązków na danym stanowisku pracy i odpowiedzialnością związaną z pełnioną funkcją, a to jednocześnie przekłada się na cenę całej oferty. I tak na przykład zakres obowiązków i odpowiedzialności Inżyniera Kontraktu opisany w rozdziale IV ust. 2 (2.1-2.34) SWZ jest zdaniem Izby nieporównywalnie wyższy w stosunku do zakresu obowiązków i odpowiedzialności Inspektora ds. rozliczeń i pozostałego personelu. Świadczy o tym również oświadczenie Zamawiającego na rozprawie: „Niniejsze postępowanie dotyczy zamówienia na usługi pełnienia funkcji inżyniera kontraktu, który ma skoordynować pracę wszystkich inspektorów i na bieżąco współpracuje z zamawiającym. Dotyczy również ta współpraca inżyniera kontraktu gminy Konstantynów Łódzki. Wynika to z SWZ. Inżynier ma zapewnić zgodność tej inwestycji, robót budowlanych ze środków unijnych, prowadzi rejestr wykonawców, akceptuje faktury, szeroki jest udział inżyniera kontraktu. Inżynier kontraktu przejmuje wszystkie obowiązku związane z kontraktem".

Tym samym, zdaniem Izby, kalkulacja cenowa Odwołującego, w której zarówno Inżynier Kontraktu, jak również Inspektor ds. rozliczeń mają otrzymywać te samo wynagrodzenie w wysokości 4.300,00 zł miesięcznie na podstawie zatrudnienia na umowę o pracę w pełnym wymiarze czasu pracy (pkt 2.3-2.4 SWZ), biorąc pod uwagę odpowiedzialność Inżyniera Kontraktu za całość nadzorowanych robót i prawidłowy przebieg inwestycji objętej przedmiotem zamówienia, a także odpowiedzialność Inspektora ds. rozliczeń, która jest zdecydowanie mniejsza i ograniczona do określonych zadań, jest zdaniem Izby nierynkowa i nierealna. Jak słusznie zauważył Przystępujący na rozprawie: „Inspektor do spraw rozliczeń jest pomocnikiem inspektora kontraktu, a pomocnik nie może tyle samo zarabiać co inspektor kontraktu".

Niezależnie od powyższego, zdaniem Izby, wynagrodzenie Inspektora ds. rozliczeń w wysokości 4.300,00 zł miesięcznie jest również wynagrodzeniem nierynkowym, w szczególności biorąc pod uwagę zapisy SWZ, m.in. wymóg posiadania „nie mniej niż 5 lat doświadczenia".

Izba zważa, że Odwołujący przedstawił dowód nr 2 w postaci aneksu do umowy o pracę z dnia 31 grudnia 2021 r. wskazujący, iż Pan G.M będzie otrzymywał wynagrodzenie zasadnicze w wysokości 3010,00 zł brutto miesięcznie od dnia 1 stycznia 2022 r., czyli wynagrodzenie równe minimalnemu wynagrodzeniu za pracę w 2022 r., natomiast w tabeli z kalkulacją ceny ryczałtowej (dowód nr 9) wynagrodzenie miesięczne w wysokości 4 300 zł, przy czym Izba podkreśla, że jest to wynagrodzenie podane łącznie ze składkami pracodawcy.

Izba wskazuje, że cena jest ceną rynkową, gdy w danej branży na danym rynku (lokalnym) jest obiektywnie osiągalna. Ponadto, biorąc pod uwagę doświadczenie życiowe, Izba zważa, że osoby z wyższym wykształceniem i odpowiednim doświadczeniem oczekują wyższego wynagrodzenia niż tylko wynagrodzenie powyżej minimalnego wynagrodzenia za pracę, zwłaszcza biorą pod uwagę zapisy SWZ, tj. w pkt 5.2.1: „Kwalifikacje i umiejętności: wykształcenie wyższe techniczne, Doświadczenie zawodowe: Nie mniej niż 5 lat doświadczenia w kierowaniu projektami lub wykonywaniu nadzoru inwestorskiego nad budową lub przebudową dróg na stanowiskach Inżyniera Kontraktu lub Kierownika Projektu" w stosunku do Inżyniera Kontraktu czy w pkt 5.2.2: „Kwalifikacje i umiejętności: wykształcenie wyższe, Doświadczenie zawodowe: Nie mniej niż 5 lat doświadczenia w rozliczaniu kontraktów w branży drogowej, w tym minimum dwóch kontraktów współfinansowanych ze środków unijnych" w stosunku do Inspektora ds. rozliczeń.

Izba chciałaby w tym miejscu podkreślić, że nie zgadza się z Odwołującym, iż: „Wykonawca na potwierdzenie wysokości wynagrodzeń i polityki płacowej przedstawił dowód nr 2, tj.

umowę o pracę, który ma zastosowanie do członków personelu", a „Dowód ten w sposób

samodzielny dowodzi iż przyjęta wysokość stawek jest realna", ponieważ Odwołujący przedstawiając dowód nr 2 w postaci aneksu do umowy o pracę dotyczył wyłącznie „kandydata na Inżyniera Kontraktu, Pana G.M" a nie pozostałych członków personelu.

Izba zważa, że Zamawiający uzasadniając odrzucenie oferty Odwołującego opierając się na danych zawartych w Internecie, przyjął średnie wynagrodzenie dla Inżyniera Kontraktu w wysokości 8 320,00 zł brutto (przedział dla Kierownika Kontraktu wynosił 8 910,00 zł - 14 850,00 zł), a także przyjął średnie wynagrodzenie dla pozostałego personelu w wysokości 5 730,00 zł brutto (przedział dla Inspektora nadzoru budowlanego wynosił 4 000,00 zł - 10 000,00 zł oraz średnie wynagrodzenie dla Inspektora nadzoru robót drogowych w wysokości 7 000,00 zł), było zdaniem Izby założeniem prawidłowym i adekwatnym do wynagrodzeń panujących na rynku.

Nadto Izba nie podziela poglądu Odwołującego, który na rozprawie stwierdził, że: „wynagrodzenie inspektorów mieści się w widełkach, które wskazał zamawiający", ponieważ jak słusznie zauważył Zamawiający „Kwota 4300 zł to kwota łącznie z kosztami pracodawcy, co daje kwotę 3582 zł brutto pracownika".

Izba wskazuje, że Odwołujący w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny oświadczył, że: „Wszyscy zatrudnieni pracownicy zamieszkują okolice planowanej inwestycji i nie ma potrzeby opłaty ich delegacji. Zwracam również uwagę, iż koszt dojazdu Pracowników z miejsca zamieszkania na teren budowy (Biuro Budowy), tj. miejsca pracy, zgodnie z obowiązującymi przepisami nie stanowi kosztów Pracodawcy, a koszt Pracownika".

Izba zwraca uwagę, że jedynym dowodem na poparcie powyższych twierdzeń, Odwołujący złożył dowód nr 2, tj. aneks do umowy o pracę z dnia 31 grudnia 2021 r. Zdaniem Izby, z dowodu nr 2 jednoznacznie wynika, że dotyczył on wyłącznie Pana G.M jako „kandydata na Inżyniera Kontraktu" i którego miejscem zamieszkania jest Sosnowiec. Jak właściwie zauważył Zamawiający na rozprawie: „ Z aneksu umowy o pracy nie wynika jaki jest charakter pracy, nie wynika również miejsce pracy, ale wynika miejsce zamieszkania, tj. Sosnowiec".

W związku powyższym, Izba nie zgadza się z Odwołującym, aby: „Wykonawca w swoich wyjaśnieniach jasno wskazał, iż pracownicy (w tym Inżynier Kontraktu) zamieszkuje w pobliżu inwestycji i nie ma konieczność ponoszenia kosztów delegacji, zakwaterowania i dojazdów", ponieważ Odwołujący nie wykazał na podstawie stosownych dowodów, że nie ma on konieczności ponoszenia ww. kosztów, na co wskazał również sam Zamawiający na rozprawie „Odwołujący nie wykazał, że dysponuje i że będzie miał miejsce zamieszkania w pobliżu miejsca budowy".

Samo zaś oświadczenie Odwołującego złożone w wyjaśnieniach co do rażąco niskiej ceny jest zdaniem Izby za niewystarczające, a dowód nr 2 nie stanowi o braku konieczności ponoszenia kosztów „delegacji, zakwaterowania i dojazdów".

Izba chciałaby w tym miejscu podkreślić, że z uwagi na brak definicji „dowodu", oświadczenia własne wykonawcy mogą być uznane za wypełniające normę z art. 224 ust. 1 ustawy PZP w zakresie konieczności „udowodnienia", jeśli wraz ze złożonymi wyjaśnieniami uwiarygadniają zaoferowaną cenę. Celem bowiem złożenia wyjaśnień jest umożliwienie Zamawiającemu zweryfikowanie poprawności kalkulacji ceny, a nie złożenie ogólnego zapewnienia, że wykonawca wykona zamówienie za oszacowaną przez siebie cenę. Wyjaśnienia powinny być konkretne, wyczerpujące i przekonujące. Istotne jest, aby wykonawca wykazał, że posiada szczególne okoliczności pozwalające na zaoferowanie niskiej ceny, czego zdaniem Izby Odwołujący nie sprostał.

Izba wskazuje, że zgodnie z pkt 3.1. SWZ: „Biuro Inżyniera Kontraktu powinno:

• znajdować się dla zadania 1 na terenie Łodzi, w odległości nie większej niż 5 km od siedziby Zamawiającego;

• posiadać salę konferencyjną mogącą pomieścić minimum 20 osób, w której to Inżynier Kontraktu organizować będzie rady budowy/narady koordynacyjne/spotkania.

Inżynier Kontraktu musi pokryć wszystkie koszty bieżące, związane z funkcjonowaniem biura w tym:

• opłaty za media (energia elektryczna, telefon, ogrzewanie, woda),

• koszty utrzymania czystości,

• koszty materiałów biurowych".

Izba zważa, że Odwołujący w ramach wyjaśnień co do rażąco niskiej wskazał koszt prowadzenia biura w wysokości 2 000,00 zł miesięcznie, a na potwierdzenie powyższego

załączył dowody nr 5, 6 i 7.

Izba zwraca uwagę, że z dowodów nr 5, 6 i 7 wynika, że dotyczą one wystawionej faktury odpowiednio:

- przez UPC Polska Sp. z o.o. za internet i telefon,

- przez Acatom sp. z o.o. sp.k. z Krakowa za czynsz za wynajem lokalu,

- przez S&K Group Sp. z o.o. Sp.k. z Rzeszowa obejmująca opłatę stałą CO, energię cieplną, wodę i ścieki oraz wywóz odpadów.

Mając powyższe na uwadze, w szczególności zapisy SWZ, zdaniem Izby, nie wiadomo czy faktury te zostały wystawione dla lokalu znajdującego się dla zadania 1 na terenie Łodzi, w odległości nie większej niż 5 km od siedziby Zamawiającego i czy lokal posiada salę konferencyjną mogącą pomieścić minimum 20 osób, w której to Inżynier Kontraktu organizować będzie rady budowy/narady koordynacyjne/spotkania. Z powyższych dowodów nie wynika również, jaki jest metraż biura, który mógłby pomieścić minimum 20 osób oraz jaki jest koszt wynajmu biura za 1 m^2. Poza tym, w cenie kosztów wynajmu biura, nie wynika także, czy Odwołujący wliczył np. koszty wyposażenia biura, koszty materiałów biurowych, tym samym Izba nie zgadza się z Odwołującym, że: „Koszty długopisów, papierów są zawarte w koszcie wynajmu biura".

Niezależnie od powyższego twierdzenia Odwołującego na rozprawie, że: „Z dowodu nr 9 wynika, że te koszty w postaci mebli, sprzętu zostały ujęte, załączono dowód nr 3", to Izba zważa, po pierwsze, iż na koszty prowadzenia biura Odwołujący wskazał dowody nr 5, 6 i 7 a nie również dowody nr 3 i 9, a po drugie koszty administracji odnoszą się do poz. I, a nie poz. V (koszty biura).

W związku powyższym, Izba doszła do przekonania, że dowody te nie stanowią dowodów potwierdzających koszt prowadzenia biura w wysokości 2 000 zł miesięcznie.

Na marginesie Izba wskazuje, że zgodnie z § 19 ust. 2 Rozporządzenia Ministra Pracy i Polityki Socjalnej z dnia 26 września 1997 r. w sprawie ogólnych przepisów bezpieczeństwa i higieny pracy (t.j. Dz. U z 2003 r. nr 169 poz. 1650), na każdego z pracowników jednocześnie zatrudnionych w pomieszczeniach stałej pracy powinno przypadać co najmniej 13 m^3 wolnej objętości pomieszczenia oraz co najmniej 2 m^2 wolnej powierzchni podłogi (niezajętej przez

urządzenia techniczne, sprzęt itp. Oznacza to, zdaniem Izby, że nie jest możliwe, aby biuro

Inżyniera Kontraktu wraz z salą konferencyjną miało około 30 m^2 , jak twierdzi Odwołujący w odwołaniu. Do ww. powierzchni należało bowiem doliczyć powierzchnię biurową przeznaczoną dla pracy pracowników, część sanitarną czy część socjalną, na co zwrócił uwagę Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie.

Nadto Izba zwraca uwagę, że stwierdzenia Odwołującego, iż koszt wynajmu pomieszczeń w Łodzi wacha się od 20 do 25 zł/m^2 (przedkładając w odwołaniu dwie oferty o powierzchni 25 m^2 za 625 zł miesięcznie i 30 m^2 za 20 zł/m^2, tj. 600 zł miesięcznie), a „zawsze finalne stawki są niższe", są zdaniem Izby cenami nierynkowymi, ponieważ ceny te nie uwzględniają kosztów wyposażenia biura w niezbędne meble i urządzenia, kosztów mediów czy kosztów eksploatacyjnych, w tym kosztów materiałów biurowych.

Izba wzięła również pod uwagę dowody załączone przez Zamawiającego do odpowiedzi na odwołanie (pismo Odwołującego z dnia 19.05.2021 r. - PC/2021/0178/GM oraz pismo z dnia 20.05.2021 r. - PC/2021/0179/GM), na podstawie których Odwołujący w postępowaniach prowadzonych przez Zamawiającego w 2021 r. przedstawiał Zamawiającemu kalkulacje cenowe, w których wskazywał, że wynagrodzenie Inżyniera Kontraktu oraz pozostałych Inspektorów wynosiło 5000 zł miesięcznie, a koszt wynajmu biura na kwotę 3000 zł miesięcznie.

Tym samym Izba zważa, że mało prawdopodobne jest (a wręcz niemożliwe), aby wynagrodzenie Inżyniera Kontraktu czy pozostałych Inspektorów uległy obniżeniu z kwoty 5000 zł brutto na kwotę 4300 zł brutto, zwłaszcza biorąc pod uwagę wzrost cen towarów i usług konsumpcyjnych (inflacja) w 2022 r.

Konkludując, mając powyższe na uwadze, a także jak szczegółowego wyjaśnienia oczekiwał Zamawiający dla stwierdzenia realności ceny (Izba nie zgadza się z Odwołującym, że wezwanie odnośnie rażąco niskiej ceny było ogólne), Izba doszła do przekonania, że koszty przedstawione przez Odwołującego w wyjaśnieniach wraz z dowodami są niewiarygodne, a zysk w wysokości 1% liczonego od kosztów bezpośrednich w wysokości 4.096,80 zł brutto jest praktycznie tak małym zyskiem, biorąc pod uwagę 15 miesięczny okres realizacji przedmiotowego zamówienia, powoduje, że oferta Odwołującego nie wykazuje cech ceny rynkowej i rzeczywistej.

Izba pominęła dowody wniesione przez Zamawiającego na rozprawie jako niemające znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy.

Tym samym, Izba doszła do przekonania, że Zamawiający nie naruszył art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP w zw. art. 224 ust. 6 ustawy PZP.

II.

Odnośnie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 224 ust. 1 ustawy PZP poprzez zaniechanie czynności wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie sposobu kalkulacji ceny, w sytuacji w której Zamawiający pomimo złożenia przez Odwołującego wyczerpujących wyjaśnień oraz dowodów powziął nowe wątpliwości w zakresie przyjętych wyliczeń i założeń dla określenia ceny oferty Odwołującego, jest zdaniem Izby niezasadny.

Izba wskazuje, że zgodnie z art. 224 ust. 1 ustawy PZP, 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.

Izba zważa, że wezwanie Zamawiającego do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny wskazywało dokładnie, jakie elementy Odwołujący winien wyjaśnić oraz udowodnić poprzez załączenie do wyjaśnień dowodów mających zasadnicze znaczenie dla określenia wysokości ceny.

Zdaniem Izby, Zamawiający precyzyjnie wskazał, że wyjaśnienia Odwołującego winny zawierać informację w zakresie następujących elementów: zarządzania procesem świadczonych usług, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystanych warunków usług, oryginalności usług oferowanych przez Wykonawcę, 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, zgodności z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej, zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, zgodności z przepisami z zakresu ochrony środowiska, kosztów ogólnych i innych niezbędnych kosztów do prawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia oraz zysk.

Dodatkowo Zamawiający w treści wezwania, przywołując odpowiednie wyroki Krajowej Izby Odwoławczej dokładnie opisał, w jaki sposób dokument zawierający wyjaśnienia rażąco niskiej ceny powinien być sporządzony, tj. wyjaśnienia i kalkulacje nie mogą być gołosłowne, lecz poparte dowodami, muszą być wyczerpujące i konkretne, a nie lakoniczne i iluzoryczne.

Izba zważa, że twierdzenie Odwołującego, iż: „W sytuacji, w której Zamawiający nie rozumiał lub miał nowe wątpliwości co do przyjętych stawek lub założeń (np. miejsca zamieszkania, powierzchni biura etc) to miał możliwość oraz obowiązek wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp", zdaniem Izby jest niezasadne, ponieważ takiego obowiązku Zamawiający nie miał, ze względu na to, iż ponowne wezwanie byłoby uzasadnione wyłącznie w przypadku, gdyby Zamawiający nie poinformował Wykonawcy, jakie elementy budzą jego wątpliwości.

Izba zwraca uwagę, że sam Zamawiający na rozprawie wskazał, że: „nie budziły jego wątpliwości wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, to jest, że nie da się zrealizować zamówienie za tę cenę wskazaną przez odwołującego. Kalkulacja jest niedoszacowana, co również potwierdzają stawki w postępowaniach z 2021 roku", a także „Jeżeli wyjaśnienia wykonawcy nie potwierdzały, że nie występuje rażąco niska cena, to nie ma obowiązku zamawiający do ponownego wyjaśniania tych samych okoliczności".

Powyższe potwierdza również wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 lutego 2022 r., sygn. akt. 220/22, zgodnie z którym: „Zamawiający ma prawo skierować do wykonawcy kolejne wezwanie do wyjaśnień rażąco niskiej ceny, ale jedynie w sytuacji, gdy lektura pierwszych złożonych wyjaśnień wymaga doszczegółowienia. Za niedopuszczalne należy uznać kolejne wezwanie polegające de facto na konieczności poproszenia wykonawcy po raz kolejny o to samo, to jest o przedstawienie brakujących elementów kalkulacji, które mogły i powinny być złożone już w pierwszych wyjaśnieniach", a Izba w pełni się zgadza z poglądem tamtejszego składu orzekającego.

Tym samym ponowne wezwanie Zamawiającego nie może polegać na wyjaśnieniu, czy wykonawca nie pominął konkretnych czynników cenotwórczych, bowiem to na wykonawcy ciąży obowiązek przekonania Zamawiającego, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska i ma obowiązek tego dokonać już w pierwszych wyjaśnieniach.

W związku z powyższym, Izba doszła do przekonania, że Zamawiający nie naruszył art. 224 ust. 1 ustawy PZP.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 i 575 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz § 2 ust. 1 pkt 2 w zw. z § 8 ust. 2 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. 2020 r. poz. 2437), obciążając kosztami postępowania Odwołującego.

Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji.

Przewodniczący: .....