Sygn. akt: KIO 370/23

WYROK

z dnia 22 lutego 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Bartosz Stankiewicz

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 lutego 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 lutego 2023 r. przez wykonawcę Inwestycje, Budownictwo, Handel „Inwest-Complex" spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gliwicach przy ul. Góry Chełmskiej 15 (44-100 Gliwice) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Miasto Rybnik z siedzibą w Rybniku przy ul. Bolesława Chrobrego 2 (44-200 Rybnik)

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Inwestycje, Budownictwo, Handel „Inwest-Complex" spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gliwicach i:

2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez tego wykonawcę tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od wykonawcy Inwestycje, Budownictwo, Handel „Inwest-Complex" spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gliwicach na rzecz zamawiającego Miasta Rybnik kwotę w wysokości 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty strony poniesione z tytułu zastępstwa procesowego.

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 2022 r., poz. 1710 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący: ……

Sygn. akt: KIO 370/23

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

Miasto Rybnik, zwane dalej: „zamawiającym", prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1710 ze zm.), zwanej dalej: „Pzp", w trybie przetargu nieograniczonego pn.: Pełnienie funkcji Koordynatora Nadzoru Inwestorskiego dla budowy wiaduktu i budowy mostu w ramach zadania związanego z przebudową ul. Mikołowskiej w Rybniku o numerze referencyjnym: ZP.271.68.2022, zwane dalej „postępowaniem".

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 27 września 2022 r., pod numerem 2022/S 186-526997.

Szacunkowa wartość zamówienia, którego przedmiotem są usługi, jest wyższa od kwot wskazanych w aktach wykonawczych wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 Pzp.

W dniu 10 lutego 2023 r. wykonawca Inwestycje, Budownictwo, Handel „Inwest-Complex" Sp. z o.o. z siedzibą w Gliwicach (zwany dalej: „odwołującym") wniósł odwołanie na czynności zamawiającego polegające na:

- wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy A. C. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Biuro Usług Inżynierskich „CONCEPT" A. C. z siedzibą w Katowicach (zwanego dalej: „Wykonawcą" lub „CONCEPT");

- zaniechaniu czynności odrzucenia oferty CONCEPT pomimo iż oferta ta zawiera rażąco nisko cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a ww. wykonawca nie przedłożył odpowiednich wyjaśnień, które potwierdzałyby, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska;

- zaniechaniu wezwania Wykonawcy do udzielenia wyjaśnień w nawiązaniu do wcześniej złożonych przez Wykonawcę wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny oferty pomimo, że Wykonawca nie potwierdził zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej ustalonej na podstawie

właściwych przepisów, a także pominął w złożonych wyjaśnieniach zakres usługi który ma wpływ na cenę oferty, do wykonania którego jest zobowiązany zgodnie z treścią SWZ;

- niezgodnej z przepisami Pzp oceny wyjaśnień Wykonawcy dotyczących ceny oferty;

- zaniechaniu czynności odrzucenia oferty Wykonawcy w związku z tym, że oferta jest sprzeczna z treścią SWZ.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1) art. 224, 226 ust. 1 pkt 5, pkt 7, pkt 8 w zw. z art. 16 Pzp przez naruszenie zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, przejawiające się w uznaniu, iż oferta

złożona przez wykonawcę CONCEPT jest najkorzystniejsza, pomimo, że złożone przez Wykonawcę wyjaśnienia nie potwierdzają, że cena usługi obejmuje pełny zakres usługi określony przez w SWZ przez zamawiającego;

2) art. 224 ust. 1 Pzp przez zaniechanie wezwania Wykonawcy do udzielenia wyjaśnień w nawiązaniu do wcześniej złożonych przez Wykonawcę wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny oferty pomimo, że Wykonawca nie potwierdził że cena oferty nie jest rażąco niska;

3) art. 239 w zw. z art. 224 ust. 1 Pzp przez wadliwy wybór oferty wykonawcy CONCEPT, podczas gdy zaoferowana cena usługi zawiera cenę rażąco niską zarówno w zakresie kosztów pracy jak i kosztów związanych z wymaganym przez zamawiającego zakresem usług.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz dokonania ponownej oceny ofert złożonych w postępowaniu;

- ponowne wezwanie wykonawcy CONCEPT do złożenia wyjaśnień dotyczących ceny oferty;

- podjęcia czynności polegającej na odrzuceniu oferty CONCEPT albo na wykluczeniu Wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia oraz uznaniu oferty Wykonawcy za odrzuconą;

- dokonania czynności wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący wyjaśnił, że z uwagi na naruszenie przez zamawiającego przepisów prawa, jego oferta nie została wybrana jako oferta najkorzystniejsza. W wyniku sprzecznych z przepisami Pzp czynności zamawiającego, został tym samym pozbawiony możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia. Naruszenie wyżej wymienionych przepisów, zdaniem odwołującego, miało istotny wpływ na wynik postępowania, a było skutkiem zaniechań i czynności podejmowanych przez zamawiającego.

Odnosząc się do zarzutu rażąco niskiej ceny oraz braku złożenia wyjaśnień w tym zakresie przez wykonawcę CONCEPT, odwołujący stwierdził, że formułując przedmiotowy zarzut na podstawie wyjaśnień i oświadczeń Wykonawcy złożonych w celu wyjaśnienia rażąco niskiej ceny – miał podstawy do stwierdzenia, że wszystkie złożone przez Wykonawcę wyjaśnienia nie zawierają dowodów potwierdzających, że zaoferowana przez Wykonawcę cena nie jest ceną rażąco niską. Odwołujący podkreślił, iż zgodnie z ugruntowanym stanowiskiem doktryny Pzp, udzielnie odpowiedzi na żądanie wyjaśnienia ceny, z równoczesnym nie odniesieniem się w treści wyjaśnień do wszystkich elementów cenotwórczych, nie może być uznane za złożenie merytorycznych wyjaśnień. Takie działanie wykonawcy powinno zostać zakwalifikowane jako złożenie wyjaśnień, które jedynie pozornie stanowią jakiekolwiek wyjaśnienie oferowanej ceny oferty. Odwołujący wskazał, że

sformułowane przez Wykonawcę wyjaśnienia nie dowodzą w sposób kompleksowy i jednoznaczny powstałych wątpliwości, że cena zaoferowana przez Wykonawcę jest rażąco niska, pomimo, że to na Wykonawcy spoczywał obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Odwołujący zwrócił uwagę, że zamawiający – po analizie kolejnych wyjaśnień Wykonawcy powinien je ocenić jako niewystarczające i podjąć czynności mające na celu dalsze wyjaśnienie ceny oferty Wykonawcy lub na podstawie otrzymanych już wyjaśnień odrzucić ofertę tego Wykonawcy jako zawierającą rażąco niską cenę i niezgodną z warunkami zamówienia.

Odwołujący podniósł, że w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego z dnia 16 listopada 2022 r. o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty złożonej w przedmiotowym postępowaniu, mających wpływ na wysokość ceny oferty Wykonawca złożył wyjaśnienia – pismo z dnia 18 listopada 2022 r. W nawiązaniu do złożonych wyjaśnień Wykonawcy z dnia 18 listopada 2022 r., zamawiający ponownie wezwał pismem z dnia 6 grudnia 2022 r. Wykonawcę do udzielenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty złożonej w przedmiotowym postępowaniu, mających wpływ na wysokość ceny oferty stwierdzając, między innymi, że z przedstawionych (18 listopada 2022) wyjaśnień nie wynikało czy wynagrodzenie osoby przeznaczonej do prowadzenia sekretariatu Biura Koordynatora Nadzoru Inwestorskiego nie jest niższe od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 o minimalnym wynagrodzeniu za pracę. W odpowiedzi Wykonawca złożył wyjaśnienia – pismo z dnia 8 grudnia 2022 r.

Dalej odwołujący zwrócił uwagę, że zgodnie z przedstawianą w wyjaśnieniach Wykonawcy z dnia 8 grudnia 2022 r. tabelą cena roboczogodziny przyjęta do kalkulacji wynosiła:

Lp. 1. Koordynator Czynności Nadzoru Inwestorskiego, insp. nadz. w specj. inżynieryjnej mostowej – 24, 460 zł brutto/ godz. w tym 23 % VAT pomniejszona o 23% VAT stawka roboczogodziny wynosi 19, 886 zł netto /godz.; Lp. 2. Inspektor nadzoru ds. robót drogowych – 23,761 zł brutto/ godz. w tym 23 % VAT pomniejszona o 23% VAT stawka roboczogodziny wynosi 19, 318 zł netto /godz.;

Lp. 3. Inspektor Nadzoru w specjalności inżynieryjnej w zakresie rob. konstrukcyjno– budowlanych 23,761 zł brutto/ godz. w tym 23 % VAT pomniejszona o 23% VAT stawka roboczogodziny wynosi 19, 318 zł netto /godz.;

Lp. 4. Inspektor Nadzoru w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych – 23,761 zł brutto/ godz. w tym 23 % VAT pomniejszona o 23% VAT stawka roboczogodziny wynosi 19, 318 zł netto /godz.;

Lp. 5. Inspektor nadzoru w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych – 23,761 zł brutto/ godz. w tym 23 % VAT pomniejszona o 23% VAT stawka roboczogodziny wynosi 19, 318 zł netto /godz.;

Lp. 6. Inspektor nadzoru ds. robót teletechnicznych – 23,761 zł brutto/ godz. w tym 23 % VAT pomniejszona o 23% VAT stawka roboczogodziny wynosi 19, 318 zł netto /godz.;

Lp. 7. Inspektor nadzoru ds. geodezji – 23,761 zł brutto/ godz. w tym 23 % VAT pomniejszona o 23% VAT stawka roboczogodziny wynosi 19, 318 zł netto /godz.;

Lp. 8. Technolog – 23,761 zł brutto/ godz. w tym 23 % VAT pomniejszona o 23% VAT stawka roboczogodziny wynosi 19, 318 zł netto /godz.;

Lp. 9. Specjalista ds. rozliczeń – 23,761 zł brutto/ godz. w tym 23 % VAT pomniejszona o 23% VAT stawka roboczogodziny wynosi 19, 318 zł netto /godz.;

Lp. 10. Specjalista ds. geologii lub geotechniki – 23,761 zł brutto/ godz. w tym 23 % VAT pomniejszona o 23% VAT stawka roboczogodziny wynosi 19, 318 zł netto /godz.;

Lp. 12. Osoba do prowadzenia biura KCNI (umowa o pracę) – przyjęty miesięczny koszt 3 400,00 zł netto – 23,761 zł brutto/ godz. w tym 23 % VAT pomniejszona o 23% VAT stawka roboczogodziny wynosi 19, 318 zł netto /godz.

Odwołujący wskazał, że wobec powyższego, zgodnie z przedstawioną przez Wykonawcę kalkulacją:

1. Poza stawką roboczogodziny w wysokości 19, 886 zł netto (wskazana stawka jest stawką brutto pracownika , nie zawiera kosztów pracodawcy oraz podatku VAT w wysokości 23%) zgodnie z którą Wykonawca skalkulował koszt wynagrodzenia Koordynatora Czynności Nadzoru Inwestorskiego, inspektora nadzoru w specjalności inżynieryjnej mostowej (lp. 1.), żadna z pozostałych stawek roboczogodziny w wysokości 19, 318 zł netto (wskazana stawka jest stawką brutto pracownika, nie zawiera kosztów pracodawcy oraz podatku VAT w wysokości 23%) nie jest równa obowiązującej minimalnej stawce za roboczogodzinę w 2022r. w wysokości 19,70 zł brutto. Pomimo deklaracji zawartej w wyjaśnieniach Wykonawcy, wyliczona cena Wykonawcy nie została skalkulowana w oparciu o minimalne wynagrodzenie za pracę ustalone na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (tekst jednolity Dz. U z 2018 r., poz. 2177) i obowiązującą stawkę od 1 stycznia 2022 r. wynoszącą 19,70 zł brutto za godzinę (brutto pracownika, nie zawiera kosztów pracodawcy oraz podatku VAT w wysokości 23%) jak również w oparciu o minimalne wynagrodzenie za pracę od 1 stycznia 2023 r. tj. minimalna stawka godzinowa wzrośnie z 19,70 zł do 22,80 zł, a od 1 lipca 2023r. z 22,80 zł do 23,50 zł (brutto pracownika, nie zawiera kosztów pracodawcy oraz podatku VAT w wysokości 23%) zgodnie z Rozporządzeniem w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za prace oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2023 roku.

2. Zgodnie z treścią SWZ [Rozdz. V, Pkt 1. Funkcje Koordynatora Nadzoru Inwestorskiego, ppkt 7)- str. 9] zamawiający wymagał aby osoba przeznaczona do prowadzenia sekretariatu Biura Koordynatora Nadzoru Inwestorskiego miała z Wykonawcą podpisaną umowę o pracę zgodnie z art. 25 Kodeksu pracy i wykonywała pracę w sposób określony w art. 22 § 1

ustawy z dnia 26 czerwca 19974 r. – Kodeks pracy. Zdaniem odwołującego w złożonych wyjaśnieniach Wykonawca przyjął do kalkulacji ceny oferty koszt pracy osoby do prowadzenia biura (1 etat zgodnie z wymaganiami zamawiającego) w wysokości 3 400,00 zł podczas gdy zgodnie z decyzją Rady Ministrów wysokość minimalnego wynagrodzenia w 2022 r. wynosiła 3 010,00 zł brutto (brutto pracownika, nie zawierała kosztów pracodawcy oraz podatku VAT w wysokości 23%), a koszt jaki musiał ponieść pracodawca w 2022r. w związku z zatrudnieniem pracownika wynosił 3 626,46 zł. Wskazana w wyjaśnieniach stawka nie zawierała również, kosztów Wykonawcy (pracodawcy) związanych z ewentualnym zapewnieniem zastępstwa osoby do prowadzenia biura w okresie choroby czy urlopu, a zgodnie z treścią SWZ (str. 11) zamawiający wymagał: Na czas urlopu lub nieobecności członka personelu, Koordynator zobowiązany jest do zastąpienia go osobą zaakceptowaną przez Zamawiającego. Pomimo deklaracji zawartej w wyjaśnieniach Wykonawcy (z dnia 8 grudnia 2022 r.), wyliczona cena Wykonawcy stanowiąca koszt pracy osoby do prowadzenia biura nie została skalkulowana w oparciu o minimalne wynagrodzenie za pracę ustalone na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (tekst jednolity Dz. U z 2018r., poz. 2177 ) i obowiązującą stawkę od 1 stycznia 2022r. wynoszącą 3 010,00 zł brutto (brutto pracownika , nie zawierała kosztów pracodawcy oraz podatku VAT w wysokości 23%) jak również w oparciu o minimalne wynagrodzenie za pracę od 1 stycznia 2023 r. tj. minimalna stawka wzrośnie z 3 010,00 zł brutto do 3 490,00 zł brutto, a od 1 lipca 2023r. z 3 490,00 zł

brutto do 3 600,00 zł brutto (brutto pracownika , nie zawierała kosztów pracodawcy oraz podatku VAT w wysokości 23 %) zgodnie z Rozporządzeniem w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za prace oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2023 roku.

3. Zgodnie z treścią SWZ [Rozdz. V, Pkt 1. Funkcje Koordynatora Nadzoru Inwestorskiego, ppkt 20 - 11) - str. 20] zamawiający wymagał: 11) Inżynier Koordynator, inspektor nadzoru d/s robót drogowych mają obowiązek codziennej 8 godzinnej obecności na placu budowy (lub w biurze koordynatora) w okresie wykonywania robót budowlanych. Jak zwrócił uwagę odwołujący, wykonawca CONCEPT w wyjaśnieniach wskazał – dla niniejszego zadania Inspektorzy Nadzoru: w specjalności konstrukcyjno – budowlanej, w specjalności drogowej, w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych, a także w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych oraz instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń teletechnicznych będą pełnili swoje funkcje w wymiarze półetatowym, to jest zgodnie z przedstawioną kalkulacją 4 godz. dziennie. Wobec powyższego zdaniem odwołującego, zarówno kalkulacja ceny dotycząca Inspektora nadzoru ds. drogowych jak i wyjaśnienia Wykonawcy w tym zakresie potwierdzają, że treść złożonej przez Wykonawcę

oferty była niezgodna z warunkami zamówienia i zawiera cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia.

4. Zgodnie ze SWZ [Rozdz. V, Pkt 1. Funkcje Koordynatora Nadzoru Inwestorskiego, ppkt 19 - 8) - str. 14] zamawiający wymagał: 19. Szczegółowe obowiązki Koordynatora Nadzoru Inwestorskiego: 8) przeprowadzenie min. 20% badań laboratoryjnych i wszystkich polowych wymaganych STWiORB własnym kosztem poprzez niezależne od wykonawcy laboratorium. Odwołujący stwierdził, że poza deklaracją Wykonawcy zawartą w wyjaśnieniach o treści: Równocześnie, z całą odpowiedzialnością potwierdzamy, iż przedmiotowe zamówienie zrealizowane zostanie zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego w Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia, wykonawca nie wskazał w złożonych wyjaśnieniach, w której pozycji kalkulacji ceny i w jakiej wysokości przewidział koszt badań laboratoryjnych i wszystkich polowych wymaganych STWiORB własnym kosztem poprzez niezależne od wykonawcy laboratorium. Wobec powyższego, zdaniem odwołującego treść złożonych wyjaśnień nie wskazuje na to żeby Wykonawca ujął wymagane przez zamawiającego koszt w cenie złożonej oferty, co potwierdza że treść złożonej oferty przez Wykonawcę oferty była niezgodna z warunkami zamówienia i zawiera cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia.

5. Zgodnie ze SWZ [Rozdz. V, Pkt 1. Funkcje Koordynatora Nadzoru Inwestorskiego, ppkt 19 /21) - str. 15) oraz ppkt 20/ 12 – str. 21] zamawiający wymagał: 21) dokonywania weryfikacji i akceptacji obmiaru wykonanych robót, sprawdzenia miesięcznych zestawień ilości i wartości wykonanych robót; Obmiary winny być zweryfikowane pod kątem zgodności wykonanych robót z Dokumentacją projektową. Wszystkie obmiary wykonanych robót winny być sprawdzone przez Inspektora ds. geodezji posiadającego uprawnienia zawodowe w zakresie 4 [geodezyjna obsługa inwestycji] oraz sprawdzone i akceptowane przez Inspektora nadzoru danej branży oraz zatwierdzone przez Koordynatora Nadzoru Inwestorskiego. Poza obowiązkiem weryfikacji i akceptacji obmiaru wykonanych robót Koordynator zobowiązany był zgodnie z wymaganiami zamawiającego określonymi w SWZ: 12) Koordynator zobowiązany jest do faktycznego sprawdzenia w terenie min. 80% pomiarów geodezyjnych wykonywanych przez geodetów Wykonawcy robót budowlanych. Koordynator zobowiązany jest do dołączenia swoich kontrolnych pomiarów podpisanych przez własnego geodetę do dokumentów obmiarowych wystawianych przez Wykonawcę robót w celu sprawdzenia i potwierdzenia faktycznych ilości wykonanych robót wykazywanych przez Wykonawcę, ww. dokumenty należy dołączyć do comiesięcznego rozliczenia wykonawcy. Co oznaczało, w ocenie odwołującego, wykonanie badań sprawdzających w terenie przez Wykonawcę usługi w wysokości co najmniej 80% pomiarów geodezyjnych wykonanych przez wykonawcę robót. Zgodnie z przedstawioną kalkulacją (z dnia 8 grudnia 2022 r. – tabela lp. 7) Wykonawca przedstawił kalkulację kosztów dotyczącą inspektora ds. geodezji – 1 osoba w wymiarze

ćwierćetatowym (tj. 2 godz. dziennie) ze stawką roboczogodziny 19, 318 zł (bez podatku VAT w wysokości 23%), to jest poniżej minimalnej stawki za roboczogodzinę obowiązującej w 2022 r. w wysokości 19,70 zł. W związku z tym, że pomiary geodezyjne wykonywane są przez zespół składający się z minimum dwóch osób to jest: uprawnionego geodety i pomocnika, jak również zgodnie z treścią w SWZ [Rozdz. V, Pkt 1. Funkcje Koordynatora Nadzoru Inwestorskiego, ppkt 12-13 - str. 10): 12.Wykaz personelu ujęty w SWZ może być niewystarczający i w razie konieczności może zostać uzupełniony przez Koordynatora. Wykaz ten powinien być uważany, jako wymagania minimalne Zamawiającego dla rzetelnego wypełnienia obowiązków Wykonawcy. 13. Wynagrodzenie dodatkowych osób zatrudnionych przez Koordynatora należy uwzględnić w cenie oferty. Ewentualne dodatkowe wynagrodzenie należne członkom zespołu Koordynatora z tytułu pracy w godzinach nadliczbowych, nocnych oraz w dni wolne od pracy nie będzie podlegało odrębnej zapłacie przez Zamawiającego i Wykonawca powinien je uwzględnić w cenie oferty. Zdaniem odwołującego, kalkulacja ceny dotycząca Inspektora nadzoru ds. geodezji jak i wyjaśnienia Wykonawcy w tym zakresie potwierdziły, że treść złożonej przez Wykonawcę oferty jest niezgodna z warunkami zamówienia i zawiera cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W świetle powyższego, zdaniem odwołującego złożona przez Wykonawcę oferta jest niezgodna z warunkami zamówienia i zawiera cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia:

- stawka roboczogodziny w oparciu, o którą wykonawca CONCEPT skalkulował cenę swojej oferty była niższa od minimalnej obowiązującej stawki w 2022 r.;

- minimalne wynagrodzenie „osoby do prowadzenia biura” wskazane przez wykonawcę CONCEPT było niższe od minimalnego wynagrodzenie za pracę obowiązującego w 2022 r., nie zawierało bowiem kosztów, które zgodnie

z obowiązującymi przepisami musi ponieść pracodawca;

- przedstawione przez wykonawcę CONCEPT wyjaśnienia w zakresie ceny oferty nie potwierdziły, że Wykonawca kalkulując cenę uwzględnił wszystkie wymagania mające wpływ na cenę oferty, określone przez zamawiającego w SWZ dla przedmiotowego zamówienia;

- wyjaśnienia wykonawcy CONCEPT nie potwierdziły również w jakiej wysokości i w której pozycji zawarł inne koszty między innymi związane:

• z utrzymaniem biura i etatowego pracownika w przypadku wstrzymania prowadzenia robót budowlanych, do czego Wykonawca jest zobowiązany z godnie z wymaganiami zamawiającego określonymi w SWZ;

• wniesieniem zabezpieczenia należytego wykonania umowy w wysokości 5 % ceny oferty.

W ramach przedmiotowego postępowania odwoławczego nie zostały zgłoszone przystąpienia.

W dniu 20 lutego 2023 r. zamawiający złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie, w której przestawił argumentację dla wniosku o oddalenie odwołania.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba doszła do przekonania, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Pzp i skierowała odwołanie na rozprawę.

Izba uznała, że odwołujący wykazał, że posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 Pzp.

Izba zaliczyła na poczet materiału dowodowego:

1) dokumentację przekazaną w postaci elektronicznej, zapisaną na płycie CD, przesłaną do akt sprawy przez zamawiającego w dniu 17 lutego 2023 r., w tym w szczególności:

- specyfikację warunków zamówienia (zwaną dalej nadal jako: „SWZ") wraz z załącznikami;

- ofertę złożoną przez wykonawcę A. C. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Biuro Usług Inżynierskich „CONCEPT" A. C. z siedzibą w Katowicach (zwanego dalej jako: „wykonawca CONCEPT");

- wezwanie z dnia 16 listopada 2022 r. skierowane do wykonawcy CONCEPT dotyczące m. in. kwestii rażąco niskiej ceny;

- odpowiedź wykonawcy CONCEPT z dnia 18 listopada 2022 r. na powyżej wskazane wezwanie;

- wezwanie z dnia 6 grudnia 2022 r. skierowane do wykonawcy CONCEPT dotyczące elementów oferty złożonej w postępowaniu mających wpływ na wysokość ceny;

- odpowiedź wykonawcy CONCEPT z dnia 8 grudnia 2022 r. na powyżej wskazane wezwanie;

- wezwanie z dnia 12 stycznia 2023 r. skierowane do wykonawcy CONCEPT w sprawie złożenia podmiotowych środków dowodowych;

- dokumenty złożone przez wykonawcę CONCEPT w odpowiedzi na powyższe wezwanie;

- wezwanie z dnia 31 stycznia 2023 r. skierowane do wykonawcy CONCEPT na podstawie art. 128 ust. 1 Pzp;

- odpowiedź wykonawcy CONCEPT z dnia 2 lutego 2023 r. wraz z załącznikami, na powyżej wskazane wezwanie;

- informację o wyborze najkorzystniejszej oferty w postępowaniu z dnia 3 lutego 2023 r.

Izba ustaliła co następuje

Postanowienia SWZ odnoszące się do postawionych zarzutów:

- rozdział V ust. 1 pkt 7 SWZ – Zamawiający określa wymagania zatrudnienia przez Wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie umowy o pracę osób wykonujących wskazane przez zamawiającego czynności w zakresie realizacji zamówienia. Zamawiający wymaga, aby osoba prowadząca sekretariat Biura Koordynatora Nadzoru Inwestorskiego miała z Wykonawcą usługi lub podwykonawcą podpisaną umowę o pracę zgodnie z w art. 25 Kodeksu pracy i wykonywały pracę w sposób określony w art. 22 § 1 ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. – Kodeks pracy. W odniesieniu do Wykonawców mających siedzibę poza granicami Polski Zamawiający dopuszcza zatrudnienie pracowników na podstawie równoważnych regulacji prawnych kraju macierzystego;

- rozdział V ust. 1 pkt 9 SWZ – Personel Koordynatora Nadzoru Inwestorskiego może sprawować dwie funkcje jednocześnie pod warunkiem posiadania stosownych uprawnień budowlanych. Inżynier Kontraktu będący jednocześnie inspektorem ds. robót mostowych nie może łączyć pozostałych funkcji np. w branży drogowej i konstrukcyjno-budowlanej;

- rozdział V ust. 1 pkt 20 ppkt 11 i 12 SWZ –

11) Inżynier Koordynator, inspektor nadzoru d/s robót drogowych mają obowiązek codziennej 8 godzinnej obecności na placu budowy (lub w biurze koordynatora) w okresie wykonywania robót budowlanych (…);

(…)

12) Koordynator zobowiązany jest do faktycznego sprawdzenia w terenie min. 80% pomiarów geodezyjnych wykonywanych przez geodetów Wykonawcy robót budowlanych. Koordynator zobowiązany jest do dołączenia swoich kontrolnych pomiarów podpisanych przez własnego geodetę do dokumentów obmiarowych wystawianych przez Wykonawcę robót w celu sprawdzenia i potwierdzenia faktycznych ilości wykonanych robót wykazywanych przez Wykonawcę, ww. dokumenty należy dołączyć do comiesięcznego rozliczenia wykonawcy;

- rozdział V ust. 1 pkt 19 ppkt 8 i 21 SWZ – Szczegółowe obowiązki Koordynatora Nadzoru Inwestorskiego:

(…)

8) przeprowadzenie min. 20% badań laboratoryjnych i wszystkich polowych wymaganych STWiORB własnym kosztem poprzez niezależne od wykonawcy laboratorium;

(…)

21) dokonywania weryfikacji i akceptacji obmiaru wykonanych robót, sprawdzenia miesięcznych zestawień ilości i wartości wykonanych robót; Obmiary winny być zweryfikowane pod kątem zgodności wykonanych robót z Dokumentacją projektową. Wszystkie obmiary wykonanych robót winny być sprawdzone przez Inspektora ds. geodezji posiadającego uprawnienia zawodowe w zakresie 4 [geodezyjna obsługa inwestycji] oraz sprawdzone i akceptowane przez Inspektora nadzoru danej branży oraz zatwierdzone przez Koordynatora Nadzoru Inwestorskiego; ww. dokumenty należy przekazać Zamawiającemu wraz z tabelą TER (wersja edytowalna);

- rozdział XIX ust. 2 SWZ – Do porównania ofert będzie brana pod uwagę cena całkowita brutto (z VAT) podana w formularzu oferty;

- pkt 1 załącznika nr 1 do SWZ tj. formularza ofertowego:

1. Oferuję wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami specyfikacji warunków zamówienia za cenę brutto ..... zł, w tym podatek VAT

Powyższa cena obejmuje:

| Zakres zamówienia | Całkowita kwota brutto za wykonanie usługi | Miesięczne ryczałtowe wynagrodzenie brutto (B x 0,08) | Wynagrodzenie końcowe (B) – (11 x C) |
|---|---|---|---|
| A | B | C | D |
| Świadczenie usługi Nadzoru | | | |

Powyższa cena obejmuje pełny zakres zamówienia określony w specyfikacji warunków zamówienia.

Pismem z dnia 16 listopada 2022 r. zamawiający w pkt 1, na podstawie art. 224 ust. 1 Pzp, wezwał wykonawcę CONCEPT do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Przedmiotowe wezwania sprowadzało się właściwie do zacytowania treści art. 224 ust. 1, ust. 3 pkt 1-7 oraz ust. 5 Pzp. Ponadto w wezwaniu zamawiający poprosił wykonawcę o potwierdzenie wykonania zamówienia zgodnie z określonymi wymaganiami.

Wykonawca CONCEPT w dniu 18 listopada 2022 r. złożył wyjaśnienia w odpowiedzi na powyższe wezwanie. W treści odpowiedzi ww. wykonawca zawarł kalkulację w formie tabelarycznej, która wskazywała sposób wyliczenia ceny oraz przedstawił wyjaśnienia. Tabela obejmowała 14 wierszy opisanych przez podanie przedmiotu wyceny, kosztu miesięcznego netto, ilości miesięcy, sumy netto oraz sumy brutto zawierającej wskazanie stawki roboczogodziny.

Pismem z dnia 6 grudnia 2022 r. zamawiający, na podstawie art. 224 ust. 1 Pzp, wezwał wykonawcę CONCEPT do złożenia bardziej szczegółowych wyjaśnień dotyczących ceny. Wezwanie obejmowało 2 pkt o następującej treści:

1. Zgodnie z SWZ, Zamawiający wymaga aby osoba przeznaczona do prowadzenia sekretariatu Biura Koordynatora Nadzoru Inwestorskiego miała z Wykonawcą podpisaną

umowę o pracę zgodnie z art. 25 Kodeksu pracy i wykonywała pracę w sposób określony w art. 22 § 1 ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. — Kodeks pracy.

Zgodnie z wezwaniem Zamawiającego, wyjaśnienia miały potwierdzać m.in., że wartość przyjęta do ustalenia ceny nie jest niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2020 r. poz 2207) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie.

Z przedstawionych wyjaśnień nie wynika czy wynagrodzenie osoby przeznaczonej do prowadzenia sekretariatu Biura Koordynatora Nadzoru Inwestorskiego nie jest niższe 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.

Proszę o złożenie wyjaśnień w powyższym zakresie;

2. W tabeli która została przedstawiona w wyjaśnieniach wskazano sposób wyliczenia ceny za przedmiotową usługę lecz ogólna suma brutto dla poszczególnych funkcji nie zgadza się z matematycznym wyliczeniem (…)

Proszę o złożenie wyjaśnień odnośnie powyższej rozbieżności.

Wykonawca CONCEPT w dniu 8 grudnia 2022 r. złożył wyjaśnienia w odpowiedzi na powyższe wezwanie. W treści odpowiedzi ww. wykonawca przesłał skorygowaną tabelę wraz z wykazem szczegółowej kalkulacji poszczególnych elementów wyceny oferty oraz korektą wyliczeń rachunkowych. Wyjaśnił także, że różnice wskazane przez Państwa w tabeli wynikają z zaokrągleń, które przyjęto przy wyliczeniu stawki godzinowej brutto z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku. Stawkę godzinową określono dzieląc sumaryczną kwotę brutto przez ilość miesięcy, ilość dniówek w miesiącu oraz ilość godzin w dniu roboczym. Kwota otrzymana z tego rachunku jest kwotą podaną z maksymalnym przybliżeniem, która ma obrazować iż przyjęto stawkę wykraczającą ponad minimalną stawkę godzinową przyjętą w Rozporządzeniu lub planowaną stawkę minimalnego wynagrodzenia w przyszłym roku podatkowym.

Pismem z dnia 12 stycznia 2023 r. zamawiający wezwał wykonawcę CONCEPT na podstawie art. 126 ust. 1 Pzp do złożenia podmiotowych środków dowodowych.

Wykonawca CONCEPT w odpowiedzi na powyższe wezwanie złożył podmiotowe środki dowodowe w tym wykaz osób sporządzony na wzorze stanowiącym załącznik nr 8 do SWZ.

Pismem z dnia 31 stycznia 2023 r. zamawiający wezwał wykonawcę CONCEPT, na podstawie art. 128 ust. 1 Pzp do uzupełnienia podmiotowego środka dowodowego

składanego na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej, tj. wykazu osób skierowanych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego na formularzu zgodnym z treścią załącznika nr 8 do SWZ. W treści wezwania zamawiający wskazał ponadto:

Z treści złożonego dnia 23 stycznia 2023 r. dokumentu tj. Załącznika nr 8 do SWZ — wykazu osób skierowanych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia wynika, że:

1) A. C. został wskazany jako Inżynier Kontraktu oraz jako Inspektor nadzoru ds. konstrukcyjno-budowlanych. W treści Specyfikacji Warunków Zamówienia Zamawiający zawarł następujący zapis: „Personel Koordynatora Nadzoru Inwestorskiego może sprawować dwie funkcje jednocześnie pod warunkiem posiadania stosownych uprawnień budowlanych. Inżynier Kontraktu będący jednocześnie inspektorem ds. robót mostowych nie może łączyć pozostałych funkcji np. w branży drogowej i konstrukcyjno-budowlanej. ” W związku z powyższym proszę o uzupełnienie wykazu osób skierowanych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia który potwierdzi skierowanie do realizacji zamówienia Inspektora nadzoru ds. konstrukcyjno-budowlanych który nie będzie jednocześnie Inżynierem Kontraktu, 2) M(…) S(…) wskazana jako osoba odpowiedzialna za obsługę sekretariatu będzie

pracowała w oparciu o umowę cywilnoprawną. W treści Specyfikacji Warunków Zamówienia Zamawiający zawarł następujący zapis: „Czynności, które muszą być wykonywane przez pracowników Wykonawcy lub Podwykonawcy zatrudnionych na umowę o pracę, tj. czynność prowadzenia sekretariatu biura Koordynatora Nadzoru Inwestorskiego”. W związku z powyższym proszę o uzupełnienie wykazu osób skierowanych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia który potwierdzi skierowanie do realizacji zamówienia osoby odpowiedzialnej za obsługę sekretariatu która będzie zatrudniona na umowę o pracę.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie wykonawca CONCEPT złożył uzupełniony wykaz osób oraz wyjaśnił m. in., że Funkcję Inspektora Nadzoru robót konstrukcyjno – budowlanych powierzymy Panu P(…) N(…), który posiada stosowne uprawnienia w specjalności konstrukcyjno – budowlanych oraz spełnia wymagania SIWZ w zakresie wskazanej funkcji.

Pani M(..) S(…) wskazana w wykazie osób na stanowisko osoby odpowiedzialnej za obsługę sekretariatu zatrudniona zostanie na warunkach Umowy o pracę.

W dniu 3 lutego 2023 r. zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu. Jako najkorzystniejsza została wybrana oferta wykonawcy CONCEPT. Oferta odwołującego została sklasyfikowana na drugiej pozycji w rankingu.

Treść przepisów dotyczących zarzutów:

- art. 224 Pzp – 1. Jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w

stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych.

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

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

okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia;

2) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług,

zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania, w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych, zamawiający może zwrócić się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1.

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

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

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

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

4) zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2020 r. poz. 2207) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie;

5) zgodności z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej;
6) zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;

7) zgodności z przepisami z zakresu ochrony środowiska;

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

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

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

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

7. Jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza progi unijne, zamawiający zawiadamia Prezesa Urzędu oraz Komisję Europejską o odrzuceniu ofert, które według zamawiającego zawierały rażąco niską cenę lub koszt z powodu udzielenia pomocy publicznej, a wykonawca, w terminie wyznaczonym przez zamawiającego, nie udowodnił, że pomoc ta jest zgodna z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej.;

- art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp – Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia

- art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp – Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia;

- art. 16 Pzp – Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;

2) przejrzysty;

3) proporcjonalny.;

- art. 239 Pzp – 1. Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.

2. Najkorzystniejsza oferta to oferta przedstawiająca najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu lub oferta z najniższą ceną lub kosztem.

Izba zważyła co następuje.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz stanowiska stron Izba uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Rozstrzygając przedmiotową sprawę Izba w znacznej mierze oparła się na stanowisku zamawiającego, które zostało przedstawione w odpowiedzi na odwołanie. W ocenie składu orzekającego stanowisko to w sposób trafny prezentowało stan faktyczny sprawy oraz zawierało właściwą argumentację dla podjętych w postępowaniu czynności. Ponadto konfrontując stanowiska odwołującego oraz zamawiającego, Izba nie znalazła powodów do przyjęcia argumentacji odwołującego, uznając ją za ogólnikową i gołosłowną, co oznaczało z drugiej strony, że Izba nie doszukała się wątpliwości w argumentacji zamawiającego.

Izba ustaliła, że odwołujący przedstawił w uzasadnieniu odwołania pięć okoliczności, które miały potwierdzić podniesione zarzuty. Okoliczności te dotyczyły:

1) przyjęcia przez wykonawcę CONCEPT nieprawidłowych stawek roboczogodziny pracy personelu Koordynatora Nadzoru Inwestorskiego za wyjątkiem Koordynatora Nadzoru Inwestorskiego pełniącego jednocześnie funkcję Inspektora nadzoru w specjalności inżynieryjnej mostowej;

2) nieprawidłowo przejętego wynagrodzenia osoby przewidzianej do prowadzenia biura Koordynatora Nadzoru Inwestorskiego;

3) wykonywania funkcji Inspektora nadzoru ds. robót drogowych niezgodnie z wymogiem określonym w rozdziale V ust. 1 pkt 20 ppkt 11 SWZ;

4) niewskazania przez wybranego wykonawcę w złożonych wyjaśnieniach, w której pozycji kalkulacji ceny i w jakiej wysokości przewidział koszt badań laboratoryjnych i wszystkich polowych wymaganych STWiORB własnym kosztem poprzez niezależne od wykonawcy laboratorium;

5) nieprawidłowej kalkulacji kosztów pracy inspektora ds. geodezji.

W odniesieniu do pierwszej z powyżej określonych okoliczności skład orzekający stwierdził, że zamawiający wymagał podania kosztów usługi brutto, natomiast odwołujący przeliczył stawki roboczogodziny pracy personelu z brutto na netto. W ocenie Izby zamawiający nie miał obowiązku przeliczania przyjętej przez wykonawcę CONCEPT w ofercie stawki roboczogodziny brutto na netto, a następnie dopiero tak ustaloną stawkę netto poddać badaniu w kontekście rażąco niskiej ceny. Ponadto jak słusznie argumentował zamawiający, wykonawca CONCEPT w wyjaśnieniu z dnia 8 grudnia 2022 r. wskazał następujące stawki roboczogodziny dla podanego personelu:

- Koordynator Nadzoru Inwestorskiego a zarazem Inspektor Nadzoru w specjalności inżynieryjnej mostowej w wysokości 24,46 zł brutto;

- Inspektor nadzoru ds. robót drogowych w wysokości 23,761 zł brutto;

- Inspektor nadzoru w specjalności inżynieryjnej w zakresie robót konstrukcyjno-budowlanych w wysokości 23,761 zł brutto;

- Inspektor nadzoru w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych w wysokości 23,761 zł brutto;

- Inspektor nadzoru w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych w wysokości 23,761 zł brutto;

- Inspektor nadzoru ds. robót teletechnicznych w wysokości 23,761 zł brutto;

- Inspektor ds. geodezji w wysokości 23,761 zł brutto;

- Technolog w wysokości 23,761 zł brutto;

- Specjalista ds. rozliczeń w wysokości 23,761 zł brutto;

- Specjalista ds. geologii lub geotechniki w wysokości 23,761 zł brutto.

Powyżej przyjęte stawki spełniały na dzień złożenia oferty wymogi Rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 14 września 2021 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2022 r. określonej na poziomie 19,70 zł brutto.

Dodatkowo z treści wyjaśnień złożonych przez wykonawcę CONCEPT w dniu 8 grudnia 2022 r. oraz 2 lutego 2023 r. wynikało, że wykonawca ten będzie zatrudniał prawie wszystkich członków zespołu koordynatora nadzoru na podstawie umowy cywilnoprawnej czyli umowy zlecenia. W związku z tym osoby te mogą prowadzić różną formę prawną swej

działalności co przedkłada się na odmienne zobowiązania podatkowe i składki ubezpieczenia społecznego oraz zdrowotnego.

Izba stwierdziła, że rygor dowodowy, który Pzp nakłada na wykonawcę w przypadku wezwania go do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny nie oznacza konieczności składania ściśle określonego katalogu dowodów w każdym przypadku oraz odniesienia się do wszystkich zagadnień wskazanych przykładowo w ustawie. Zwrócić przy tym należało uwagę na to, że w wezwaniach zamawiający nie domagał się przedłożenia określonych dowodów na potwierdzenie sposobu skalkulowania ceny. Z tych względów nic nie stało na przeszkodzie, aby wykonawca CONCEPT udowodnił brak rażąco niskiej ceny takimi dowodami, które jego zdaniem uzasadniały przyjętą wycenę przedmiotu zamówienia. W ocenie składu orzekającego przedłożone przez wykonawcę wyjaśnienia oraz zawarte w nich kalkulacje były wystarczającymi dowodami na potwierdzenie prawidłowości skalkulowania ceny. Co prawda przedłożone kalkulacje stanowiły opracowania wytworzone przez wykonawcę, niemniej powyższe nie przesądzało o tym, że pozbawione są jakiejkolwiek mocy dowodowej. Kalkulacje te jak każdy dowód podlegały ocenie, a ich ocena nie doprowadziła do stwierdzenia, że oferta wykonawcy CONCEPT zawierała rażąco niską cenę.

W zakresie argumentu związanego z nieprawidłowo przejętym wynagrodzeniem osoby przewidzianej do prowadzenia biura Koordynatora Nadzoru Inwestorskiego, skład orzekający ustalił, że wykonawca CONCEPT w wyjaśnianiach z dnia 8 grudnia 2022 r. oraz 2 lutego 2023 r. potwierdził, że osoba wskazana do prowadzenia biura zatrudniona zostanie na podstawie umowy o pracę, a także otrzyma wynagrodzenie w kwocie 3 400 zł netto. Ponadto jak wynikało z kalkulacji zawartej w wyjaśnieniach z dnia 8 grudnia 2022 r. cała wartość wynagrodzenia pracownika świadczącego pracę przez 11 miesięcy ma wynosić 46 002 zł brutto, zatem matematycznie wyliczając, miesięczny koszt wynagrodzenia osoby zatrudnionej do prowadzenia biura powinien wynosić 4 182 zł brutto, a kwota ta jest wyższa niż wartość minimalnego wynagrodzenia obowiązująca w 2022 r. (3 010 zł brutto) oraz w 2023 r. (3 490 zł brutto od 1 stycznia do 30 czerwca – 3 600 zł brutto od 1 lipca).

Ponadto w rozdziale V ust. 1 pkt 16 in fine SWZ zamawiający wskazał, że Na czas urlopu lub nieobecności członka personelu, Koordynator zobowiązany jest do zastąpienia go osobą

zaakceptowaną przez Zamawiającego. Przedmiotowy fragment wskazywał, że zamawiający wymagał, aby powyżej wskazane postanowienie dotyczyło wszystkich członków zespołu Koordynatora Nadzoru Inwestorskiego, a nie tylko osoby odpowiedzialnej za obsługę sekretariatu. Należało także uznać, że zawierając powyższe postanowienie w SWZ, zamawiający zagwarantował sobie ciągłość obsługi budowy przez cały zespół Inżynierów a nie tylko sekretariatu. Koszt ten powinien być ujęty w cenie ofertowej jednakże zamawiający nie wymagał, aby był on szczegółowo czy też odrębnie wskazany.

W przypadku trzeciej podniesionej przez odwołującego okoliczności dotyczącej inspektora ds. robót drogowych, Izba zwróciła w pierwszej kolejności uwagę na treść rozdziału V ust. 1 pkt 9 SWZ, który dopuścił możliwość sprawowania dwóch funkcji jednocześnie pod warunkiem posiadania stosownych uprawnień budowlanych, przy czym Inżynier Kontraktu będący jednocześnie inspektorem ds. robót mostowych nie mógł łączyć pozostałych funkcji np. w branży drogowej i konstrukcyjno-budowlanej oraz rozdziału V ust. 1 pkt 20 ppkt 11 SWZ, który określał, że inspektor nadzoru ds. robót drogowych ma obowiązek codziennej 8 godzinnej obecności na placu budowy (lub w biurze koordynatora) w okresie wykonywania robót budowlanych. Co istotne wykonawca CONCEPT w wyjaśnieniach z dnia 8 grudnia 2022 r. wskazał, że Inspektor nadzoru ds. robót drogowych i Inspektor nadzoru w specjalności inżynieryjnej w zakresie robót konstrukcyjno-budowlanych będą pełnili swoje funkcje w wymiarze półetatowym i tak też będą wynagradzani w ilości 4 godzin dziennie. Jednakże z wyjaśnień z dnia 2 lutego 2023 r. wynikało, że Inspektorem nadzoru ds. robót drogowych i Inspektorem nadzoru w specjalności inżynieryjnej w zakresie robót konstrukcyjno-budowlanych będzie ta sama osoba, zatem można było przyjąć, że jedna osoba pełniąc dwie funkcje będzie obecna codziennie na budowie przez 8 godzin. Odwołujący przyznał na rozprawie, że treść postanowienia określonego w rozdziale V ust. 1 pkt 20 ppkt 11 SWZ była niejednoznaczna. Zgodnie natomiast z ugruntowaną w orzecznictwie zasadą wskazującą, że wątpliwości czy też niejednoznaczności treści SWZ należy interpretować na korzyść wykonawcy. W związku z tym treść ww. postanowienia można było zinterpretować jako obowiązek dotyczący 8-godzinnej obecności inspektora ds. robót drogowych na placu budowy. Mając na uwadze powyżej wskazaną zasadę, która skłania do interpretacji niejasnego postanowienia SWZ na korzyść wykonawcy, czyli w tym przypadku wykonawcy CONCEPT, w okolicznościach przedmiotowej sprawy wymóg dotyczący obecności mógł zostać zrozumiany w sposób wskazany przez tego wykonawcę w wyjaśnianych, co ostatecznie nie mogło skutkować wskazanego zarzutu.

Co do okoliczności związanej z wymogiem określonym w rozdziale V ust. 1 pkt 19 ppkt 8 SWZ skład orzekający ustalił, że zamawiający nie wymagał wyodrębnienia w ofercie ceny za przeprowadzenie min. 20% badań laboratoryjnych i wszystkich polowych wymaganych STWiORB własnym kosztem poprzez niezależne od wykonawcy laboratorium.

Co istotne zamawiający dokonując badania ceny oferty wykonawcy CONCEPT nie zwracał się w wezwaniach z wnioskiem o wyjaśnienia ceny za przedmiotową część zamówienia w związku z tym ww. wykonawca nie miał obowiązku wskazywania dokładnych wyliczeń w tym zakresie. Ponadto uzasadnienie odwołującego dla przedmiotowego wydatku było hasłowe i sprowadzało się do lakonicznego stwierdzenia, że wykonawca CONCEPT nie wskazał w złożonych przez siebie wyjaśnianiach tej pozycji. Tym samym argumentacja odwołującego okazała się dalece niewystarczająca, szczególnie mając na uwadze brak wezwania wykonawcy CONCEPT do złożenia wyjaśnień w tym konkretnym zakresie.

Podobne zastrzeżenia Izba powzięła wobec ostatniej okoliczności podniesionej w odwołaniu, która dotyczyła kosztów pracy inspektora ds. geodezji. Zamawiający w wezwaniach kierowanych do wykonawcy CONCEPT nie wymagał złożenia wyjaśnień w zakresie kosztów pracy inspektora ds. geodezji. Dodatkowo w treści SWZ zamawiający nie określił,

że pomiary geodezyjne powinny być wykonywane przez zespół składający się z minimum dwóch osób to jest: uprawnionego geodety i pomocnika. Tym sam skład orzekający uznał, że to na wykonawcy ciążył obowiązek zrealizowania zadania należycie, z uwzględnieniem minimalnych wymagań zamawiającego określonych w SWZ, w tym ustalenie czy zachodzi konieczność zapewnienia dodatkowego personelu i skalkulowania tego kosztu w cenie ofertowej. Wyjaśnienia złożone przez wykonawcę CONCEPT z dnia 8 grudnia 2022 r. wskazywały, że zapewniona zostanie obsługa budowy przez Inspektora ds. geodezji w wymiarze 2 godzin dziennie, co było zgodne z wymogami postawionymi w SWZ, a podana w wyjaśnieniach stawka roboczogodziny przekraczała wysokość minimalnej stawki godzinowej w 2022 r. określonej we właściwym rozporządzeniu.

Na marginesie Izba zwróciła szczególną uwagę na to, że wynagrodzenie przewidziane w ramach przedmiotowego zamówienia ma charakter ryczałtowy, a zatem stały. Z tych względów nie było konieczności badania jego poszczególnych elementów w kontekście rażąco niskiej ceny. Przy cenie ryczałtowej nie jest bowiem, co do zasady, ważna struktura wewnętrzna ceny, tj. ceny jednostkowe (bo wynagrodzenie jest jedno i z góry określone wartością jednej ceny ryczałtowej, którą zamawiający ma zapłacić wykonawcy). Tym samym, aby mówić o cenie rażąco niskiej, należy brać pod uwagę całkowitą cenę za wykonanie przedmiotu zamówienia, a nie cenę za wykonanie danego elementu zamówienia. Innymi słowy wynagrodzenie ryczałtowe jest płatne za całość przedmiotu zamówienia, choć rozkłada się na poszczególne jego elementy. Wykonawca w ramach przedmiotowego zamówienia, oferował kompleksowe wykonanie określonej w SWZ usługi. W związku z charakterem wynagrodzenia ryczałtowego, cena umowna jest ceną przyjętą z góry za całość przedmiotu zamówienia, a nie ceną wypadkową za jego poszczególne, w rzeczywistości wykonane części.

Reasumując skład orzekający uznał, że żaden z podniesionych odwołaniu zarzutów nie znalazł potwierdzenia. W związku z powyższym Izba stwierdziła, że odwołanie podlegało oddaleniu i na podstawie art. 553 zdanie pierwsze Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 557 i 575 Pzp oraz § 5 pkt 1 i 2 lit. b) 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. z 2020 r. poz. 2437), zaliczając na poczet niniejszego postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania uiszczony przez odwołującego oraz zasądzając od odwołującego na rzecz zamawiającego koszty poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika, na podstawie złożonej na rozprawie faktury.

Przewodniczący: ……