

WYROK

Warszawa, dnia 15 listopada 2024 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodnicząca: Ewa Sikorska**

**Protokolant: Klaudia Kwadrans**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 listopada 2024 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 października 2024 r. przez wykonawcę **Arkadis Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością S1 Spółka komandytowa w Czudcu**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – **Powiat Miechowski – Starostwo Powiatowe w Miechowie**

Uczestnik postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego: wykonawca **R.Ś.**

**orzeka:**

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Arkadis Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością S1 Spółka komandytowa w Czudcu** i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego:
    - kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy), kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) oraz kwotę **791 zł 20 gr** (słownie: siedemset dziewięćdziesiąt jeden złotych dwadzieścia groszy), poniesione przez wykonawcę **Arkadis Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością S1 Spółka komandytowa w Czudcu** tytułem – odpowiednio – wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika i dojazdu na posiedzenie Izby,
    - kwotę **609 zł 50 gr** (słownie: sześćset dziewięć złotych pięćdziesiąt groszy), poniesioną przez zamawiającego – **Powiat Miechowski – Starostwo Powiatowe w Miechowie** – tytułem dojazdu na posiedzenie Izby;
  - 2.2. zasądza od wykonawcy **Arkadis Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością S1 Spółka komandytowa w Czudcu** na rzecz zamawiającego – **Powiat Miechowski – Starostwo Powiatowe w Miechowie** – kwotę **609 zł 50 gr** (słownie: sześćset dziewięć złotych pięćdziesiąt groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu dojazdu na posiedzenie Izby.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2024 r. poz. 1320), na niniejszy wyrok, w terminie 14 dnia od dnia jego doręczenia, przysługuje skarga, za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Sygn. akt: KIO 3912/24

**Uzasadnienie**

Zamawiający – Powiat Miechowski – Starostwo Powiatowe w Miechowie – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest pełnienie nadzoru inwestorskiego nad zadaniem pn. Budowa przyszkolnej Hali sportowej wraz z przebudową boiska przy Liceum Ogólnokształcącym przy ul. M. Konopnickiej 2 w Miechowie w ramach Programu OLIMPIA wraz z zagospodarowaniem terenu i urządzeniami budowlanymi.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2024 roku, poz. 1320), zwanej dalej ustawą P.z.p.

W dniu 21 października 2024 r. wykonawca Arkadis Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością S1 Spółka komandytowa w Czudcu (dalej: odwołujący) wniósł odwołanie wobec czynności zamawiającego, zarzucając naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy P.z.p. poprzez niewłaściwe zastosowanie i uznanie że oferta odwołującego zawiera rażąco niską cenę;

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;
- 2) powtórzenia procesu badania i oceny złożonych ofert;
- 3) wybór najkorzystniejszej oferty w zgodzie z art. 17 ust. 2 ustawy P.z.p., tj. zamówienia udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.

Odwołujący uzasadnił zarzut odwołania w sposób, który Izba przytacza *in extenso*:

*Zamawiający, jak wynika z dyspozycji art. 224 Pzp jest zobowiązany ustawowo do zbadania i ustalenia czy zaoferowana cena danego wykonawcy jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia, tym samym zamawiający dnia 08.10.2204r. wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny bez wskazania jakich części składowych oczekuje do wyjaśnienia od odwołującego. Zatem przedmiotowe wezwanie odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny jest ogóle tzn. nie wskazujące jakie elementy odwołujący ma w szczególności wyjaśnić.*

Aby przejść szczegółowego uzasadnienia należy wskazać kilka istotnych faktów:

Fakt nr 1. Cena oferty odwołującego to 59.773,00zł;

Fakt nr 2. Złożenie ofert miało miejsce dnia 08.10.2024r.

Fakt nr 3. Minimalna stawka godzinowa na dzień składania ofert (tj. na dzień 08.10.2024r.) to 28,10zł brutto zgodnie § 4 (obowiązująca od 01.07.2024r.) Rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 14.09.2023r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę w 2024r;

Fakt nr 4. Przedmiot zamówienia ma trwać 310dni od dnia podpisania umowy;

Fakt nr 5. Zamawiający w § 5 ust. 2 pkt 2 wzoru umowy przewiduje zmianę wynagrodzenia odwołującego (wykonawcy) tj. „Wynagrodzenie, o którym mowa w § 5 ust. 1 może zostać odpowiednio zmienione w przypadku: 2) zmiany wysokości minimalnego wynagrodzenia za prace albo wysokości stawki godzinowej, ustalone na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę, wobec pracowników i osób zatrudnionych w oparciu o umowy cywilno-prawne, waloryzacja będzie dokonana przez Zamawiającego tylko wobec osób, które posiadały wynagrodzenie minimalne i były zgłoszone do umowy”

Fakt nr 6. Zamawiający w rozdz. XV ust. 1 SWZ dot. sposobu obliczania ceny wymagał aby: „Wykonawca podaje cenę za realizację przedmiotu zamówienia zgodnie ze wzorem Formularza Ofertowego, stanowiącego Załącznik nr 1 do SWZ”

Fakt nr 7. Zamawiający w rozdz. XV ust. 2 SWZ dot. sposobu obliczania ceny wymagał aby: „Cena ofertowa brutto musi uwzględniać wszystkie koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia oraz istotnymi postanowieniami umowy określonymi w niniejszej SWZ”;

Mając powyższe fakty na względzie odwołujący wskazuje, iż po:

1]. Zamawiający wskazuje w uzasadnieniu faktycznym, iż odwołujący w swojej ofercie podał cenę w wysokości 59.773,00zł a w wyjaśnieniach a dokładnie w szczegółowej analizie kosztów podał cenę 59.751,00zł, co rzekomo jest przesłanką do odrzucenia oferty odwołującego, co jest jakąś abstrakcją albowiem jak sam zamawiający zauważył z analizy kosztów wynika że koszt usługi nadzoru inwestorskiego wyliczono na poziomie 59.751,00zł tj. niższym niż cena ofertowa która wynosi 59.773,00zł. Koszt wykonania usługi nadzoru wg. analizy kosztów jest niższy niż zaoferowana cena oferty co nie narusza żadnego prawa w tym zakresie a z pewnością nie może być to podstawą do odrzucenia oferty odwołującego.

Przesłanka do odrzucenia oferty odwołującego miała by uzasadnienie gdyby cena oferty była

niższa niż faktyczny koszt wykonania usługi który został uwidoczniony szczegółowo w analizie kosztów (str.12 i 13 wyjaśnień rażąco niskiej ceny – pismo 08.10.2024r.) zatem nie trzeba być geniuszem w zakresie nauk takich jak matematyka czy też ekonomia, żeby stwierdzić fakt iż kotwa zaoferowana w wysokości 59.773,00zł jest większa niż kwota 59.751,00zł wg. analizy kosztów nadzoru, zatem nie ma podstawy do odrzucenia oferty. Odwołujący przy tym wskazuje, iż zamawiający miał by przesłankę do odrzucenia oferty wtedy gdyby była odwrotna sytuacja tj. gdyby cena wynikająca z analizy kosztów była wyższa od ceny wykazanej w formularzu ofertowym, gdzie my nie mamy takiej sytuacji w przedmiotowym stanie faktycznym;

2]. Zamawiający wskazuje w uzasadnieniu faktycznym, iż odwołujący w swojej ofercie przyjął błędną stawkę robocizny na poziomie 28,10zł a powinien przyjąć stawkę 30,50zł za 1 godzinę pracy zgodnie z § 2 Rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 12.09.2024r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2025r. co również jest błędnym podejściem zamawiającego do stanu faktycznego, albowiem po:

[1]. w dacie składania oferty obowiązującą stawką minimalnego wynagrodzenia godzinowego jest stawka 28,10zł za 1 godzinę pracy zgodnie z § 4 Rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 14.09.2023r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2023r. Zatem stan faktyczny został poprawnie ustalony, w przeciwieństwie do wskazania zamawiającego, albowiem stawka 30,50zł/h ma obowiązywać dopiero od 01.01.2025r. a nie w 2024r. gdzie faktycznie umowa zostanie zawarta;

[2]. zamawiający jako gospodarz postępowania chyba sobie zapomniał o jednej istotnej kwestii, iż przedmiotowa umowa ma zostać zawarta na okres 310dni tj. w przybliżeniu na 10 miesięcy;

[3]. zamawiający przewidział w § 5 wzorze umowy waloryzację przedmiotowego wynagrodzenia wykonawcy tj. ceny ofertowej;

[4]. zamawiający chyba sobie zapomniał, o jednej bardzo ważnej kwestii, iż art. 439 ust. 1 Pzp przewiduje waloryzację wynagrodzenia wykonawcy (ceny ofertowej) jeżeli umowa zostaje zawarta na okres dłuższy niż 6 miesięcy (a gdzie my mamy dokładnie ten przypadek). Lecz dla porządku odwołujący przeprowadzi proste działania matematyczne aby dowieść powyższego, a mianowicie zgodnie z faktem nr 4 umowa ma zostać zawarta na 310dni przyjmując zatem dala uproszczenia obliczeń, iż miesiąc ma 31 dni daje nam to 10 miesięcy świadczenia usługi (310dni ÷ 31dni/miesiąc = 10miesięcy) zatem umowa zostanie zawarta na okres 10 miesięcy co dla dalszego porządku odwołujący wskazuje, iż 10 miesięcy jest okresem dłuższym niż okres 6miesiący (umowa zawarta na okres powyżej 6 miesięcy z mocy ustawy podlega waloryzacji zgodnie z art. 439 Pzp);

[5]. mając na uwadze powyższe odwołujący ustalił prawidłowo stan faktyczny do oszacowania faktycznego kosztu usługi,

zachowując przy tym należyta staranność i zgodność z przepisami jak wykazano powyżej, albowiem umowa dopuszcza waloryzację wynagrodzenia odwołującego również w co do zastosowania minimalnego wynagrodzenia;

[6]. kolejnym aspektem, który mówi za tym, że oferta jest poprawnie skalkulowana jest fakt, iż odwołujący w kosztach pośrednich (ust. 4 pkt 7 ppkt 18 str. 2 wyjaśnień RNC, część jawna) które odwołujący przyjął na poziomie 76% z kosztów bezpośrednich (pkt 6 wyjaśnień str. 2 wyjaśnień RNC3 część jawna, w zw. z analizą kosztów nadzoru str. 13 wyjaśnień RNC część utajniona), takowy wzrost wynagrodzenia przewidział.

3]. skoro zamawiający nie wskazał w odwołaniu czego mają wyjaśnienia RNC dotyczyć winien, przy takim stanie faktycznym tak też badać wyjaśnienia, jednak należy zwrócić uwagę, iż jeżeli zamawiający miał wątpliwości co do złożonych wyjaśnień mógł skorzystać z prawa dopytania się tak aby upewnić czy rzeczywiście w kontekście powyższego jest przesłanka do odrzucenia oferty odwołującego co w kontekście powyższego jest bardzo wątpliwe albowiem jeżeli zamawiający z jednego z powodów podaje iż cena oferty jest wyższa od ceny wykazanej w analizie kosztów to już świadczy o braku profesjonalizmu w tym zakresie albowiem ciężko jest udowodnić, iż liczba np. 2 jest mniejsza od liczby 1 a właśnie z takiej przesłanki zamawiający odrzuca ofertę twierdząc iż cena oferty 59.773,00zł jest mniejsza od 59.751,00zł wynikająca z analizy kosztów nadzoru, co jest jakimś ewenementem na skalę światową i burzy dotychczasowy ład i reguły matematyczne;

4]. analiza kosztów nadzoru pokazująca koszt przedmiotu zamówienia uwzględniająca koszty bezpośrednie, koszty pośrednie oraz zysk nie musi trafiać dokładnie w kwotę ceny oferty, ważne jest aby jej nie przekraczała zaoferowanej ceny przez odwołującego, gdzie w naszym przypadku mamy stan faktyczny taki, iż cena oferty jest wyższa od ceny wynikającej z analizy kosztów zatem nie ma przesłanki do odrzucenia oferty;

5]. niewykluczone, że przeprowadzeniem postępowania o udzielenie zamówienia wykonują osoby nie zapewniające bezstronność i obiektywizm w kontekście chociażby faktów w zakresie problemów z określaniem jaka liczba jest większa, a która mniejsza, a co za tym idzie jaki znak zastosować większości czy mniejszości, a taki problem spotyka odwołującego, albowiem zamawiający dokonuje odrzucenia oferty z ceną 59.773,00zł, twierdząc iż jest mniejsza od 59.751,00zł tj. ceny wynikającej z analizy kosztów nadzoru, co burzy podstawowe prawa i zasady matematyki nie wspomnieć o ekonomii;

6]. zamawiający jeżeli miał wątpliwości mógł się zwrócić do wykonawcy dodatkowym wezwaniem, ponadto obowiązek wezwania do złożenia dodatkowych wyjaśnień zachodzi również w sytuacji, gdy sam zamawiający nie poinformował wykonawcy, jakie elementy oferty budzą jego wątpliwości co do ewentualnego rażącego zaniżenia oferty, a wezwanie miało ogólny charakter (zob. wyrok z dnia 16 października 2017 r. KIO 2030/17) a takie mamy dokładnie stan faktyczny (w załączeniu wezwanie do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny – pismo z dnia 08.10.2024r.)

Odwołujący jako uczestnik niniejszego postępowania wskazuje, że zamawiający miał możliwość kontrolowania swoich czynności i w razie wątpliwości (czy to na skutek własnych przemyśleń, czy też powiadomienia przez wykonawcę w postaci informacji, czy też odwołania), poza niewielkimi wyjątkami może wycofać się z podjętej decyzji i powtórzyć daną czynność.

Podsumowując powyższe uzasadnienie, odwołujący wskazuje że opisane powyżej zaniechania zamawiającego naruszają interes odwołującego polegający na możliwości uzyskania przez odwołującego przedmiotowego zamówienia publicznego. Zatem nie wątpliwe interes odwołującego doznał uszczerbku w wyniku naruszenia wyżej przytaczanych przepisów Pzp, a tym samym zostały spełnione przesłanki art. 505 ust. 1 Pzp do wniesienia odwołania zgodnie z art. 514 ust. 1 Pzp w związku z art. 513 pkt 1 Pzp w terminie określonym w art. 515 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 7 listopada 2024 roku wniósł o:

1. oddalenie odwołania w całości;

2. przyznanie od odwołującego na rzecz zamawiającego uzasadnionych kosztów stawiennictwa się pełnomocnika zamawiającego według przedstawionego spisu kosztów.

Zamawiający podkreślił, że postępowanie zostało przeprowadzone z zachowaniem fundamentalnych zasad prawa zamówień publicznych, tj. zasady zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty w sposób zgodny z przepisami, dokonał badania ofert, w wyniku którego w sposób prawidłowy odrzucił oferty, w tym ofertę odwołującego, jako zawierającą rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, w związku z faktem iż, przedłożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniały podanej w ofercie odwołującego ceny.

Zamawiający stwierdził, że w przedmiotowym postępowaniu złożono 9 ofert. Każda z ofert była niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania, tj. od wartości 180 000,- zł. Zamawiający wystosował wezwania do wszystkich wykonawców w trybie art. 224 ust. 2 ustawy P.z.p. W wezwaniach wskazał iż, wyjaśnienia rażąco niskiej ceny mogą dotyczyć w szczególności okoliczności opisanych w art. 224 ust. 3 ustawy.

Kwota 180 000,- zł (wartość zamówienia) została podana przed otwarciem ofert, jako kwota jaką zamawiający

zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia.

Cena brutto oferty odwołującego (zgodnie z formularzem ofertowym) to 59 773,- zł, w tym VAT 0 (zw)

Cena brutto wybranej oferty - 76 260,- zł, w tym VAT 23% , cena netto 62 000,- zł

W odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 224 ust. 2 ustawy P.z.p. odwołujący złożył wyjaśnienie, w którym podał, iż skalkulowana cena oferty, rozumiana zgodnie z art. 7 pkt 1 ustawy P.z.p. za wykonanie przedmiotu zamówienia została skalkulowana rzetelnie z należytą starannością. Do wyjaśnień odwołujący dołączył Załącznik nr 5 „Analiza kosztów”, w którym podał poszczególne składowe ceny ofert. Składają się na nie całkowite koszty inspektora nadzoru INB z Kielc, INS z Siesławice, INE z Kielc, wyliczone w tabeli IN.1, IN.2, IN.3.

Zgodnie z wierszem 1 Analizy kosztów odwołujący opiera swe wyliczenia na stawce cyt.: „28,10 zł - koszcie 1 roboczo – godziny pracownika od 01.07.2024 r. wg rozporządzenia z dnia 19.09.2023 r.”

W tabeli 3 odwołujący podaje ustalenia czasookresu świadczenia usługi od 06.11.2024 r. do 12.09.2025 r.

W kolejnych tabelach dot. kosztu Inspektorów, odwołujący podaje odpowiednio w wierszach IN. 1.4, IN2.4, IN.3.4 jaką ilość godzin pracy przyjmuje w ramach pobytu na budowie, a następnie mnożąc tą ilość przez, przyjętą do wyliczeń ceny oferty, stawkę roboczo godziny podaje w kolejnych wierszach koszt pracownika w ramach 1 pobytu. Iloczyn sumarycznej ilości pobytów Inspektora na budowie oraz całkowitego kosztu pracy Inspektora wraz z kosztami pośrednimi stanowi dla odwołującego całkowity koszt poszczególnego inspektora. Sumując wartości wyliczone przez odwołującego w poz. IN. 1.15, IN. 2.15, IN. 3.15 otrzymujemy wynik 55 841,28 zł. Wartość ta odpowiada kwocie w wierszu IN tabeli 7, w rozbiciu na składowe oraz uwzględniając zysk na poziomie 3 908,89 zł odwołujący zmienia tą wartość na kwotę 59 750,17 zł (wiersz : koszt brutto usługi nadzoru), po czym jako podsumowanie w wierszu Cena Oferty (zgodnie z art. 7 pkt. 1 Pzp.) podaje wartość 59 751,00 zł. Cena w ofercie to 59 773,00 zł.

Odnosząc się do ww. stanu faktycznego, zamawiający na etapie badania złożonych wyjaśnień rażąco niskiej ceny uznał, iż odwołujący, na którym spoczywa obowiązek udowodnienia, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, nie wykazał tego. Nie ma legalnej definicji „rażąco niskiej ceny” jednak w praktyce za rażąco niską cenę przyjmuje się cenę, która jest nierealistyczna, niewiarygodna w kontekście aktualnej sytuacji rynkowej. Według orzeczeń rażąco niska cena to cena, która jest nierealistyczna i niewiarygodna w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień i ewentualnie innych ofert złożonych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z 28 kwietnia 2008 r., XIX Ga 128/08).

Przedmiot zamówienia realizowany będzie w okresie 310 dni od daty udzielenia zamówienia tj. przeważająca jego zakres, bo aż 6 m-cy, przypada na rok 2025. Powyższe można łatwo obliczyć, co odwołujący uczynił. Zamawiający w SWZ podał, iż wymaga w trakcie realizacji robót budowlanych min. 2 pobytów Inspektora w tygodniu. Zamawiający nie podał wymaganej długości pobytów. Na etapie badania wyjaśnień RNC Zamawiający uznał, iż oferta odwołującego jest ofertą rażąco niską, niewiarygodną w kontekście aktualnej sytuacji rynkowej, a przyjęty przez odwołującego koszt jednej roboczo godziny na poziomie 28,10 zł stanowiący podstawę wyliczeń ceny potwierdza ten fakt. Koszt roboczogodziny dla całego okresu zamówienia został przyjęty jak w rozporządzeniu w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz minimalnej stawki godzinowej w 2024 r. Zatem koszt za okres 6 m-cy, przypadających na rok 2025 jest zaniżony. W dniu 12 września 2024 r., tj. przed dniem opublikowania przedmiotowego postępowania, w Dzienniku Ustaw opublikowane zostało rozporządzenie Rady Ministrów w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz minimalnej stawki godzinowej w 2025 r. (Dz. U. z 2024 r., poz. 1362), które zacznie obowiązywać od 1 stycznia 2025 r.

W wezwaniu do złożenia wyjaśnień, jak podano wyżej, zamawiający podał, iż wyjaśnienia rażąco niskiej ceny mogą dotyczyć w szczególności okoliczności opisanych w art. 224 ust. 3 ustawy. Przepis art. 224 ust. 3 pkt 4 ustawy P.z.p. odnosi się do zgodności wyjaśnień z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej ustalonej na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (...). Tym samym skoro odwołujący opiera swoje wyliczenia ceny na koszcie 1 roboczogodziny pracownika, winien w nich uwzględnić realia rynkowe, tj. na część umowy przypadającą na 2025 r. przyjąć stawkę godzinową, która będzie obowiązywać od 1 stycznia 2025 r. na poziomie 30,50 zł. Nadmienia się, że wykonawcy, którzy złożyli wyjaśnienia oparte na wyliczeniach w oparciu o minimalną stawkę - tak zrobili.

Przy uwzględnieniu powyższego, Koszt całkowity każdego z inspektorów nadzoru podany w wyjaśnieniach – w analizie kosztów, jest nieadekwatny do przedmiotu zamówienia. Jest zaniżony i nie odpowiada realiom rynkowym. Dokonując obliczeń kosztu pracy inspektorów (zgodnie z szablonem odwołującego „analiza kosztów”) z podziałem na dwie wysokości stawek tj. 28,10 zł/ roboczogodzina w roku 2024 oraz 30,50 zł za świadczenie usługi w 2025 roku cena oferty odwołującego wzrasta, co potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę, cenę nieadekwatną do przedmiotu zamówienia, cenę nierynkową.

Zamawiający podniósł, iż odwołujący wskazuje iż, nie miał obowiązku uwzględniania przy wyliczaniu ceny oferty zmiany stawki godzinowej obowiązującej od 1 stycznia 2025 r. z uwagi, iż zamawiający przewidział ustawową

waloryzację wynagrodzenia min. w przypadku „zmiany wysokości minimalnego wynagrodzenia za prace albo wysokości stawki godzinowej, ustalone na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę, wobec pracowników i osób zatrudnionych w oparciu o umowy cywilno-prawne, waloryzacja będzie dokonana przez Zamawiającego tylko wobec osób, które posiadały wynagrodzenie minimalne i były zgłoszone do umowy”. Zamawiający nie zgodził się z ww. twierdzeniem, o waloryzacji może być mowa po zawarciu ważnej umowy w sytuacjach w niej przewidzianych, nie zaś na etapie składania ofert. Cena ofertowa powinna przewidywać składniki, które są znane na etapie udziału w postępowaniu, w przeciwnym razie dochodzić może do celowego zaniżania ceny z założeniem, że po zawarciu umowy będzie ona dużo wyższa niż pierwotnie. Jest to niezgodne z zasadami obowiązującymi w prawie zamówień publicznych.

Zamawiający wskazał, że odwołujący podał trzy ceny oferty:

- w formularzu ofertowym 59 773,00 zł
- w wyjaśnieniach 59 750,17 zł (wiersz : koszt brutto usługi nadzoru)
- w wyjaśnieniach 59 751,00 zł (wiersz: Cena Oferty (zgodnie z art. 7 pkt. 1 ustawy P.z.p.)

Zamawiający stwierdził, że błędne kalkulacje nie wpłynęły na ogólny odbiór wyjaśnień i nie stanowiły podstawy odrzucenia oferty, niemniej jednak odwołujący, jako wykonawca, winien złożyć wyjaśnienia jasne, konkretne i spójne.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpił wykonawca R.Ś. (dalej: przystępujący). Przystępujący z złożonym przystąpieniem z dnia 25 października 2024 roku oraz w oświadczeniach składanych na rozprawie w dniu 13 listopada 2024 roku poparł stanowisko zamawiającego i wniósł o oddalenie odwołania.

### **Izba ustaliła, co następuje:**

Wartość zamówienia wynosi 112 737,13 zł netto co stanowi równowartość 24 311,99 euro (*dowód: protokół postępowania*).

Zgodnie z rozdz. XV SWZ „Sposób obliczenia ceny ofert” *Cena ofertowa brutto musi uwzględniać wszystkie koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia oraz istotnymi postanowieniami umowy określonymi w niniejszej SWZ.*

Zgodnie z rozdz. VII SWZ „Termin wykonania zamówienia”

1. Termin realizacji rozpoczęcie : po podpisaniu umowy

zakończenie : 310 dni od podpisania umowy.

2. Czas trwania pełnienia nadzoru jest powiązany z czasem trwania realizacji zadania inwestycyjnego objętego tym nadzorem.

Zgodnie z rozdz. XIX SWZ „Opis kryteriów oceny ofert, wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert” zamawiający przewidział następujące kryteria oceny ofert:

Cena (P1) – waga 60 %

Doświadczenie osoby ( P2)– waga 40 %

Zgodnie z rozdz. XVIII SWZ „Sposób i termin składania i otwarcia ofert” ust. 1, ofertę należy złożyć poprzez Platformę do dnia 08.10.2024 r. do godziny 09:00 (*dowód: SWZ*)

Zgodnie z § 5 ust. 2 pkt 2 wzoru istotnych postanowień umowy:

*Wynagrodzenie, o którym mowa w § 5 ust. 1 może zostać odpowiednio zmienione w przypadku zmiany wysokości minimalnego wynagrodzenia za prace albo wysokości stawki godzinowej, ustalone na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę, wobec pracowników i osób zatrudnionych w oparciu o umowy cywilno-prawne, waloryzacja będzie dokonana przez Zamawiającego tylko wobec osób, które posiadały wynagrodzenie minimalne i były zgłoszone do umowy.*

Zgodnie z § 5 ust. 3 wzoru istotnych postanowień umowy:

*Strony przewidują możliwość zmiany wynagrodzenia Wykonawcy zgodnie z poniższymi zasadami, w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia:*

1) *wyliczenie wysokości zmiany wynagrodzenia odbywać się będzie w oparciu o średnioroczny wskaźnik towarów i*

usług konsumpcyjnych miesiąc od miesiąca publikowany przez Prezesa GUS, zwany dalej wskaźnikiem GUS,

2)w sytuacji, gdy średni wskaźnik GUS za dowolny miesiąc realizacji usługi przypadający po upływie 6 miesięcy po dniu zawarcia umowy (zwany dalej okresem objętym wnioskiem) zmieni się o poziom przekraczający 10%, strony mogą złożyć wniosek o dokonanie odpowiedniej zmiany wynagrodzenia za miesiąc następujący po miesiącu publikacji wskaźnika,

3)zmiana wskaźnika GUS w okresie 6 miesięcy od dnia zawarcia umowy nie upoważnia strony do wnioskowania o zmianę wynagrodzenia,

4)uprawnienie do złożenia wniosku o odpowiednią zmianę wynagrodzenia strony nabywają dla okresu upływającego po 6 miesiącach od dnia podpisania umowy,

5)wniosek o zmianę wynagrodzenia można złożyć jedynie w przypadku, gdy wzrost cen materiałów i kosztów na rynku ma wpływ na koszt realizacji zamówienia, co strona wnioskująca zobowiązana jest wykazać,

6)uprawnienie do złożenia wniosku o zmianę wynagrodzenia wygasa po upływie miesiąca od dnia zakończenia realizacji umowy,

7)strona po spełnieniu przesłanek wskazanych w pkt 1-6 może złożyć wniosek o zmianę wynagrodzenia w wysokości wynikającej z wyliczenia:

$$A \times (B\% - 10\%) = C$$

GDZIE:

A– wartość usług wykonanych w okresie objętym wnioskiem;

B– średnia arytmetyczna wartości wskaźnika GUS z miesięcy objętych wnioskiem o zmianę wynagrodzenia przy założeniu, że do średniej tej wlicza się miesiąc, w którym minęło 6 miesięcy od dnia podpisania umowy, miesiące kolejne oraz ostatni miesiąc, za który opublikowano wskaźnik GUS przed dniem złożenia wniosku o zmianę wynagrodzenia

C– wartość zmiany umowy

8)strona składając wniosek o zmianę powinna przedstawić w szczególności:

a)wyliczenie wnioskowanej kwoty zmiany wynagrodzenia;

b)dowody na to, że wliczona do wniosku wartość materiałów i innych kosztów nie obejmuje kosztów materiałów i usług zakontraktowanych lub nabytych przed okresem objętym wnioskiem;

c)dowody na to, że wzrost kosztów materiałów lub usług miał wpływ na koszt realizacji zamówienia.

9)na żądanie Zamawiającego, Wykonawca zobowiązany będzie do złożenia wyjaśnień w terminie 14 dni od doręczenia żądania,

10)łączna wartość zmian wysokości wynagrodzenia Wykonawcy, dokonanych na podstawie postanowień § 5. ust. 2 i 3 nie może być wyższa niż 15 % w stosunku do pierwotnej wartości umowy,

11)zmiana wynagrodzenia w oparciu o § 5. ust. 2 i 3 wymaga zgodnej woli obu stron wyrażonej aneksem do umowy.

4.Zamawiający dopuszcza jednokrotną waloryzację wynagrodzenia (dowód: wzór istotnych postanowień umowy)

W dniu 8 października 2024 roku odbyło się otwarcie ofert. Zostały złożone następujące oferty.

1) RIN-invest R.D.,

-cena brutto: 89 913,00 złotych.

-doświadczenie osoby -I nadzór,

2) DOM-BUD KB

- cena brutto : 49 200,00 złotych.

- doświadczenie osoby - 4 nadzór

3) GRI-GENERALNY REALIZATOR PROCESU INWEST/CYJNEGO SP Z O.O.

- cena brutto: 113 160, 00 złotych.

- doświadczenie osoby - 4 nadzór

4) Specjalistyczne Biuro Inwestycyjno-Inżynierskie PROSTA-PROJEKT

- cena brutto: 76 260, 00 złotych.

- doświadczenie osoby -4 nadzory,

5) Firma Usługowa "GAWŁOWSKI" G.P.

-cena brutto: 95 115,90

-doświadczenie osoby -4 nadzory,

6) DWOBUD S.D.,

-cena brutto: 84 870,00 złotych.

-doświadczenie osoby -4 nadzory,

7) ARKADIS SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ S1 SPÓŁKA KOMANDYTOWA

- cena brutto: 59 773, 00 złotych,

- doświadczenie osoby -4 nadzory,

8) KABIS CONSULTING ENGINEERS Sp. z o.o.

-cena brutto: 116 850,00 złotych,

-doświadczenie osoby -2 nadzory,

9) Scala-ce

-cena brutto: 110 700,00złotych,

-doświadczenie osoby - 4 nadzory.

Pismem z dnia 8 października 2024 roku zamawiający wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie zaferowanej ceny, wskazując, co następuje:

*Ze względu na to, że cena Państwa Oferty złożonej w w/w postępowaniu jest niższa o co najmniej 30% od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu oraz jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania Zamawiający -Powiat Miechowski, w trybie art.224 ust 2 pkt 1 ustawy z 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych, zwanej dalej ustawą Pzp, (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 z późn. zmianami) zwanej dalej ustawą. zwraca się o udzielenie wyjaśnień dotyczących zaferowanej ceny, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub jej istotnych części składowych.*

Zgodnie z art. 224 ust. 5 ustawy obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa na Wykonawcy.

Wyjaśnienia mogą dotyczyć w szczególności okoliczności opisanych w art. 224 ust 3 ustawy (dowód: pismo zamawiającego z dnia 8 października 2024 roku).

Pismem z dnia 8 października 2024 roku odwołujący złożył wyjaśnienia w zakresie zaferowanej ceny, wskazując m.in., co następuje:

*Stawki dniówkowe personelu inspektora nadzoru są adekwatne do sytuacji gospodarczej w naszym regionie, a jednocześnie zgodne z art. 224 ust. 1 w zw. z ust. 2 pkt 4 i pkt 6 Pzp w kontekście minimalnego wynagrodzenia, które*

określono w ustawie z dnia 10.10.2002r. ws. minimalnego wynagrodzenia o pracę oraz akcie wykonawczym tj. Rozporządzeniu Rady Ministrów z dnia 13.09.2023r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę w 2024r.

Do wyjaśnień odwołujący załączył analizę kosztów, gdzie w poz. 1 wskazał: 28,10 zł ==>koszt 1 roboczo-godziny pracownika od 01.07.2024r. wg. rozporządzenia z dnia 19.09.2023r. (dowód: pismo z dnia 8 października 2024 roku wraz z analizą kosztów).

W dniu 14 października 2024 roku zamawiający poinformował o wyborze oferty przystępującego jako oferty najkorzystniejszej. Zamawiający poinformował ponadto o odrzuceniu oferty odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w związku z art. 224 ust. 6 ustawy P.z.p., wskazując, co następuje:

Zamawiający wezwał w trybie art.224 ust 2 pkt 1 ustawy Wykonawcę ARKADIS SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ S1 SPÓŁKA KOMANDYTOWA do złożenia w wyznaczonym terminie wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny.

Wykonawca ARKADIS SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ S1 SPÓŁKA KOMANDYTOWA złożył do wyznaczonego terminu wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny, które to wyjaśnienia nie uzasadniają podanej w ofercie ceny.

Wykonawca ARKADIS SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ S1 SPÓŁKA KOMANDYTOWA w złożonych wyjaśnieniach, w analizie kosztów poz. Nr 1, podał, iż do kalkulacji kwoty oferowanej zamówienia przyjął m.in. „koszt 1 roboczogodziny pracownika od 01.07.2024r. wg rozporządzenia z dnia 19.09.2023 r. na poziomie 28,10 zł. W kosztach IN.1, IN.2, IN.3 w poz. Odpowiednio In.1.5, IN.2.5, IN.3.5 podał koszt pracownika w ramach 1 pobytu odpowiadający iloczynowi kosztu roboczo-godziny oraz ilości godzin w ramach 1 pobytu. Powyższe wskazuje, iż w całym okresie realizacji koszt 1 roboczogodziny każdego inspektora w całym okresie realizacji zadania wynosi 28,10 zł.

Zamówienie obejmuje natomiast swym okresem realizacji 310 dni - zatem przeważającą część w 2025 roku.

W dniu 12 września 2024 r., tj. przed dniem ogłoszenia przedmiotowego zamówienia w Dzienniku Ustaw poz. 1362 zostało opublikowane Rozporządzenie z dnia 12 września 2024 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2025 r. zgodnie z którym od 1 stycznia 2025 r. minimalna stawka godzinowa wynosi 30,50 zł.

Przyjęta przez Wykonawcę do wyliczenia ceny oferty stawka godzinowa w wysokości 28,10 zł bez ujęcia jej wzrostu w 2025 r. do 30,50 zł — zgodnie z Rozporządzeniem z dnia 12 września 2024 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2025 r.,) — świadczy, że cena podana w ofercie nie jest ceną rynkową a ceną rażąco niską.

Ponadto w złożonych wyjaśnieniach Wykonawca wykazał wszystkie składowe koszty usługi nadzoru inwestorskiego, których sumę, w pozycji pn. „koszt brutto usługi nadzoru inwestorskiego” podał w wysokości 59 750,17 zł, a jako cenę oferty wykazał w pozycji pn. „CENA OFERTY (zgodnie z art. 7 pkt 1 Pzp)” kwotę 59 751,00 zł, podczas gdy faktyczna cena złożonej w dniu 08.10.2024 r. oferty wynosi 59 773,00 zł.

Zgodnie z Wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 kwietnia 2015 r. (KIO 547/15) wykonawca oferuje wykonanie zamówienia za określoną cenę, złożone wyjaśnienia uprawdopodobniają poprawność tej kalkulacji.

Zgodnie z Wyrokiem Krajowej Izby odwoławczej z 2 grudnia 2019 r, (KIO 231519) ważne jest to, aby koszt wykonania zamówienia pokrywał się z wyliczoną ceną jego wykonania.

Mając powyższe na uwadze, złożone przez Wykonawcę ARKADIS SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ S1 SPÓŁKA KOMANDYTOWA wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej ofercie ceny, tym samym oferta zawiera rażąco niską cenę.

(dowód: informacja z dnia 14 października 2024 roku).

#### **Izba zważyła, co następuje:**

Odwołanie jest bezzasadne.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że odwołujący jest uprawniony do korzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 505 ust. 1 ustawy P.z.p. Okoliczność ta nie była pomiędzy stronami sporna.

Odwołujący w treści odwołania oraz w oświadczeniu złożonym na rozprawie w dniu 13 listopada 2024 roku podnosił, że w kalkulacji ceny nie był obowiązany uwzględnić zmiany wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę, która ma zacząć obowiązywać w dniu 1 stycznia 2025 roku.

Stanowisko odwołującego nie zasługuje na uwzględnienie. Izba wskazuje, że w przedmiotowym postępowaniu jednym z kryteriów oceny ofert jest cena. Zgodnie z rozdz. XV SWZ „Sposób obliczenia ceny oferty”: *Cena ofertowa brutto musi uwzględniać wszystkie koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia oraz istotnymi postanowieniami umowy określonymi w niniejszej SWZ.*

Z powyższego zapisu SWZ wynika, że wykonawcy przy kalkulowaniu ceny oferty obowiązani byli uwzględnić wszystkie koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia. Specyfika postępowania, którego przedmiotem jest nadzór inwestorski, powoduje, że istotnym elementem ceny oferty jest wynagrodzenie osób, które będą wykonywać przedmiot zamówienia. Wobec tego, że koszty wynagrodzenia są kosztami, które wykonawca ponosi przez cały okres realizacji zamówienia, należało tę okoliczność uwzględnić w kalkulacji ceny i ustalić ją na poziomie odzwierciedlającym faktyczne koszty wynagrodzeń w ustalonym przez zamawiającego okresie realizacji, tj. 310 dni od podpisania umowy. Odwołujący winien był zatem oszacować wynagrodzenie tych osób w sposób realny, rzeczywisty i uwzględniający wszystkie okoliczności, które były mu znane przy dokonywaniu szacunku, w tym również wysokość minimalnego wynagrodzenia za pracę. Obowiązek uwzględniania w kalkulacji kosztów pracy w wysokości nie niższej od wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę wynika z art. 224 ust. 3 pkt 4 ustawy P.z.p., zgodnie z którym wartość kosztów pracy 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 lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie.

Z powyższego wynika, że wykonawca, kalkulując cenę oferty winien jest wziąć pod uwagę wysokość minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalną stawkę godzinową obowiązującą w okresie realizacji zamówienia, o ile wysokości te są znane na dzień składania ofert. Szacowanie kosztów pracy nie może zatem polegać na ustaleniu ich wysokości wyłącznie na dzień składania ofert i przemnożeniu przez wymagany okres realizacji zamówienia, ale na uwzględnieniu wszystkich danych i wszystkich zmiennych, które są lub powinny być znane wykonawcy, w tym również faktu, że minimalna wysokość wynagrodzenia za pracę, od dnia 1 stycznia 2025 roku, na mocy rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 13 września 2024 roku (Dz. U. poz. 1362), będzie wynosić – w przypadku minimalnego wynagrodzenia za pracę – 4666 zł, a w przypadku minimalnej stawki godzinowej – 30,50 zł. W związku z tym, że w przedmiotowym postępowaniu wyznaczono termin składania ofert na 8 października 2024 roku, przyjęć należy, że odwołującemu w tym dniu znana była wysokość minimalnego wynagrodzenia za pracę obowiązująca od dnia 1 stycznia 2025 roku. Fakt, że odwołujący nie uwzględnił tej wysokości w kalkulowaniu ceny oferty oznacza, że nie dokonał tej kalkulacji w sposób rzetelny i przy uwzględnieniu wszystkich okoliczności wymaganych przy tego rodzaju czynności. Niesporny przy tym pomiędzy stronami był fakt, że zdecydowana większość zakresu prac objętych przedmiotem zamówienia będzie wykonywana w 2025 roku, czyli w okresie obowiązywania nowych minimalnych stawek wynagrodzenia za pracę.

Nie ma racji odwołujący twierdząc, że nie był obowiązany do uwzględniania w cenie oferty wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę, obowiązującej od dnia 1 stycznia 2025 roku, ponieważ zamawiający w § 5 wzorze umowy przewidział waloryzację przedmiotowego wynagrodzenia wykonawcy, tj. ceny ofertowej.

Zgodnie z art. 439 ust. 1 ustawy P.z.p. umowa, której przedmiotem są roboty budowlane, dostawy lub usługi, zawarta na okres dłuższy niż 6 miesięcy, zawiera postanowienia dotyczące zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia.

Zgodnie z ust. 2 w umowie określa się:

1) poziom zmiany ceny materiałów lub kosztów, o których mowa w ust. 1, uprawniający strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia oraz początkowy termin ustalenia zmiany wynagrodzenia;

2) sposób ustalania zmiany wynagrodzenia:

a) z użyciem odesłania do wskaźnika zmiany ceny materiałów lub kosztów, w szczególności wskaźnika ogłaszanego w komunikacie Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego lub

b) przez wskazanie innej podstawy, w szczególności wykazu rodzajów materiałów lub kosztów, w przypadku

których zmiana ceny uprawnia strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia;

3) sposób określenia wpływu zmiany ceny materiałów lub kosztów na koszt wykonania zamówienia oraz określenie okresów, w których może następować zmiana wynagrodzenia wykonawcy;

4) maksymalną wartość zmiany wynagrodzenia, jaką dopuszcza zamawiający w efekcie zastosowania postanowień o zasadach wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia.

Izba wskazuje, że wprowadzenie do ustawy P.z.p. obowiązku uwzględniania klauzul waloryzacyjnych w umowach w sprawach zamówień publicznych, których przedmiotem są roboty budowlane, dostawy lub usługi, zawartych na okres dłuższy niż 6 miesięcy, ma na celu przywrócenie stanu równowagi ekonomicznej między stronami umowy zachwianej przez określone czynniki zewnętrzne, które mogą mieć miejsce w trakcie jej realizacji i które mają bądź mogą mieć wpływ na rentowność realizowanego zamówienia. Regulacja art. 439 ustawy P.z.p. zmierza do zachowania równowagi kontraktowej między zamawiającym a wykonawcą, zobowiązując do rozłożenia między stronami ryzyk gospodarczych będących następstwem zmian cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia i zachodzących w toku jego realizacji. Źródłem ryzyk gospodarczych jest sprzeczność pomiędzy tym, co jest planowane a rzeczywistością, zaś przyczyny tej sprzeczności wynikają z takich zjawisk, jak: brak informacji, losowość czy katastrofy, wypadki oraz inne zjawiska naturalne lub wynikające z działalności człowieka. Ich wspólną cechą jest brak możliwości ich przewidzenia w momencie kluczowym, którym w rozpoznawanym przypadku był termin składania ofert. W sytuacji, w której wysokość minimalnego wynagrodzenia za pracę w okresie realizacji zamówienia jest znana, brak jest podstaw do uznania jej za źródło ryzyka gospodarczego uzasadniającego dokonanie waloryzacji. W ocenie Izby realizacja postanowienia umownego, przewidującego możliwość waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy z powodu zmiany wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę albo wysokości stawki godzinowej, jest możliwa jedynie w sytuacji, gdy zmiana ta nie była i nie mogła być znana wykonawcy składającemu ofertę w postępowaniu.

W ocenie Izby o niezasadności argumentacji odwołującego świadczy ponadto fakt, że okoliczność, iż w trakcie trwania umowy nastąpi zmiana wysokości minimalnego wynagrodzenia, nie oznacza, że do waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy dojdzie w sposób automatyczny. Paragraf 5 ust. 3 wzoru istotnych postanowień umowy przewiduje szereg obowiązków po stronie wykonawcy, które musi on podjąć w celu doprowadzenia do zwaloryzowania wynagrodzenia, np. konieczność wyliczenia wnioskowanej kwoty zmiany wynagrodzenia, obowiązek zgłoszenia wniosku o waloryzację w odpowiednim czasie itp. W sytuacji, w której wykonawca nie dopełni któregoś z obowiązków, waloryzacja wynagrodzenia nie będzie miała miejsca. Ponadto kwota waloryzacji niekoniecznie musi zrekompensować wykonawcy całość zwiększonych kosztów pracy wynikającą ze zmiany minimalnego wynagrodzenia za pracę. Zamawiający przewidział bowiem waloryzację w maksymalnej wysokości 15% w stosunku do pierwotnej wartości umowy, przy czym wartość ta obejmuje również inne podstawy waloryzacji aniżeli tylko zmiana minimalnego wynagrodzenia.

Izba nie podzieliła również stanowiska odwołującego w zakresie tego, że dla oceny zaoferowanej przez niego ceny w kontekście złożonych wyjaśnień nie powinna mieć znaczenia okoliczność, że z treści wyjaśnień wynika inna cena niż cena zawarta w ofercie. Odwołujący podnosił, że w sytuacji, w której cena ofertowa jest wyższa niż cena zawarta w wyjaśnieniach, oczywistym jest, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska.

Izba wskazuje, że wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień, ma obowiązek przedstawić je w taki sposób, aby jasno wynikało z nich, jak została skalkulowana cena oferty. Powinien też zapewnić zamawiającego, że kalkulacja jest pełna, rzetelna i że umożliwiła należyte wykonanie zamówienia. W sytuacji, w której kalkulacje nie odpowiadają zaoferowanej cenie, trudno mówić o jej rzetelnym wyliczeniu.

Izba wskazuje, że zgodnie z art. 224 ust. 1 ustawy P.z.p., 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. W myśl ust. 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.

Stosownie do ust. 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 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.

Zgodnie z ust. 5 obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy. W ocenie Izby odwołujący, nie uwzględniając w cenie oferty wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę obowiązującej od dnia 1 stycznia 2025 roku, oraz składając kalkulacje niepotwierdzające ceny oferty, potwierdził, że zaoferowana przez niego cena nosi znamiona ceny rażąco niskiej, co uzasadnia odrzucenie jego oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy P.z.p. w związku z art. 224 ust. 6 ustawy P.z.p.

Z uwagi na powyższe orzeczono jak na wstępie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania oraz na podstawie § 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).

Przewodniczący:.....