

WYROK

Warszawa, dnia 16 kwietnia 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Osiecka-Baran

Protokolant: Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 marca 2024 r. przez wykonawcę **OM-Bud Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gryfinie** w postępowaniu prowadzonym przez **Zarząd Nieruchomości Miejskich z siedzibą w Brzegu**

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie w zakresie opisanym w pkt 3 *petitum* odwołania i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty złożonej przez D.W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „DAR – INSTAL” D.W. z siedzibą w Pisarzowicach na podstawie art. 224 ust. 6 w związku z art. 224 ust. 3 pkt 4 oraz 6 ustawy Prawo zamówień publicznych.

2. Oddala odwołanie w pozostałym zakresie.

3. Kosztami postępowania obciąża **Zamawiającego** w części 1/6 i **Odwołującego** w części 5/6 i:

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego**, tytułem wpisu od odwołania;

3.2. zasądza od **Zamawiającego** na rzecz **Odwołującego** kwotę **2 414 zł 10 gr** (słownie: dwa tysiące czterysta czternaście złotych dziesięć groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony, poniesione z tytułu wpisu od odwołania i dojazdu na posiedzenie, w części, w jakiej odpowiada za wynik postępowania.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych**.

Przewodniczący:.....

Uzasadnienie

Zarząd Nieruchomości Miejskich z siedzibą w Brzegu dalej „Zamawiający”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym bez negocjacji pn. *Wykonywanie robót ogólnobudowlanych w zakresie instalacji sanitarnych wod.-kan., gaz, c.o. bieżącego utrzymania zasobu komunalnego lokali i budynków*. Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.), dalej „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 8 lutego 2024 r. pod numerem 2024/BZP 00092209/01.

W dniu 27 marca 2024 r. wykonawca OM-Bud Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gryfinie, dalej „Odwołujący”, wniósł odwołanie, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy D.W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „DAR – INSTAL” D.W. dalej „DAR-INSTAL”, jako oferty, której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia, wskazanymi postanowieniami SWZ Rozdz. XV „Sposób obliczenia ceny oferty” pkt 1,

2. art. 226 ust.1 pkt 7 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty, jako oferty, która została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,

3. art. 226 ust.1 pkt 8 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy DAR-INSTAL jako oferty, która zawiera cenę rażąco niską, wykazującej wprost niezgodność z art. 224 ust. 3 pkt 4 oraz art. 224 ust. 3 pkt 6, art. 224 ust. 6 ustawy Pzp,

4. art. 226 ust.1 pkt 10 ustawy Pzp - koszt pracy przyjęty przez wybranego wykonawcę jest następstwem błędu w obliczeniu ceny lub kosztu,

5. art. 239 ustawy Pzp przez dokonanie wyboru, jako oferty najkorzystniejszej, oferty DAR – INSTAL, która podlega odrzuceniu,

6. art. 16 ustawy Pzp przez zaniechanie przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, dokonania ponownej oceny ofert i odrzucenia oferty DAR – INSTAL, dokonania ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej

Zamawiający pismem z dnia 28 marca 2024 r. złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy, Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie w części.

Izba uwzględniła przy rozpoznaniu odwołania dokumentację postępowania, w szczególności: specyfikację warunków zamówienia, ofertę wykonawcy D.W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „DAR – INSTAL” D.W., wezwanie do wyjaśnień dotyczących elementów oferty ww. wykonawcy wpływających na wysokość ceny, odpowiedź wykonawcy na ww. wezwanie, informację o wyborze oferty najkorzystniejszej. Izba wzięła również pod uwagę stanowiska wyrażone w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, a także oświadczenia i stanowiska stron wyrażone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 11 kwietnia 2024 r.

Izba przyjęła dokument złożony przez Odwołującego, tj. pismo z dnia 30 listopada 2023 r. Izby Projektowania Budowlanego, uznając iż stanowi on jedynie stanowisko strony i tak też zostało zakwalifikowane. Nadto wskazać należy, iż z treści dokumentu wynikają jedynie okoliczności, które zostały w nich potwierdzone. Pismo Izby Projektowania Budowlanego wskazuje stawkę, która nie jest obligatoryjna dla wykonawców, a jedynie prezentuje stanowisko osób je sporządzających. Tym samym uznać należało, że złożony dokument jest bez znaczenia dla sprawy.

Izba nie dopuściła i nie przeprowadziła wnioskowanego przez Zamawiającego dowodu z przesłuchania w charakterze świadka pana D.W., z uwagi że dowód został powołany jedynie dla zwłoki.

Izba nie dopuściła i nie przeprowadziła również wnioskowanego przez Zamawiającego dowodu z dokumentów załączonych do zgłoszonego przystąpienia. Zgłaszający przystąpienie nie powinien przedstawiać nowych dowodów na potwierdzenie prawidłowości zaoferowanej Zamawiającemu stawki, zwłaszcza jeżeli zawierałyby one nieznaną Zamawiającemu w dacie rozstrzygnięcia postępowania informację. Zatem, przedłożone do zgłoszenia przystąpienia dowody winny zostać załączone do wyjaśnień. Tym bardziej, że biorąc pod uwagę, że wezwanie kierowane jest do profesjonalnego uczestnika obrotu gospodarczego, wobec którego stosowany jest miernik podwyższonej staranności (art. 355 § 2 Kodeksu cywilnego), wykonawca winien zdawać sobie sprawę, że na potwierdzenie realności ceny zobowiązany jest dołączyć dowody. Niewątpliwie działaniem błędnym jest kompletowanie dowodów na etapie postępowania odwoławczego, a nie przesłanie ich w terminie wskazanym w wezwaniu do wyjaśnień. Wszelkie informacje przedstawione przez wykonawcę muszą być znane zamawiającemu na konkretnym etapie postępowania, celem umożliwienia mu podjęcia decyzji co do ewentualnego odrzucenia oferty. Rozprawa przed Krajową Izbą Odwoławczą nie może stanowić kolejnego etapu procedury określonej w art. 224 ust. 1 i 2 ustawy Pzp.

Uwzględniając powyższe, Izba ustaliła, co następuje.

Przedmiotem zamówienia jest wykonywanie robót ogólnobudowlanych w zakresie instalacji sanitarnych wod.-kan., gaz, c.o. bieżącego utrzymania zasobu komunalnego lokali i budynków.

Stosownie do rozdziału III pkt 9 i 10 specyfikacji warunków zamówienia, dalej „SWZ” *Zamawiający wymaga od Wykonawcy lub Podwykonawcy aby osoby wykonujące następujące czynności w zakresie realizacji zadania tj. pracownicy fizyczni – bezpośrednio wykonujący roboty budowlane, zwane dalej „pracownikami”, w okresie realizacji niniejszej umowy zostały zatrudnione na podstawie umowy o pracę w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. Kodeks pracy (t.j. Dz.U. z 2020 r.)*

Szczegółowe wymagania dotyczące realizacji oraz egzekwowania wymogu zatrudnienia na podstawie stosunku pracy zostały określone w § 2 wzoru umowy, stanowiącym załącznik nr 5.

Zgodnie z rozdziałem XV pkt 1 SWZ, Wynagrodzenie Wykonawcy zawiera wszystkie koszty związane z realizacją umowy, niezbędne do jej prawidłowego wykonania. Wynagrodzenie Wykonawcy za wykonanie robót określonych w „zleceniu robót” ustalone będzie każdorazowo na podstawie kosztorysu ofertowego sporządzonego na podstawie

obmiarów faktycznie wykonywanych robót, potwierdzonych przez inspektora nadzoru, przy zastosowaniu następujących wskaźników kosztorysowych:

- > stawka 1 r-g. (z narzutami K.p. i Z) – zł/r-g
- > stawka 1 r-g (netto) –.....zł/r-g
- > koszty pośrednie (R i S) –..... %
- > Zysk (R,S + K.p do R i S) –..... %
- > Koszty zakupu materiałów (K.z.) – % (od materiałów wykonawcy)

Wykonawca D.W. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „DAR – INSTAL” D.W. w formularzu ofertowym wskazał:

- > stawka 1 r-g. (z narzutami K.p. i Z) – 33,27 zł/r-g
- > stawka 1 r-g (netto) – 18,00 zł/r-g
- > koszty pośrednie (R i S) – 65 %
- > Zysk (R,S + K.p do R i S) – 12 %
- > Koszty zakupu materiałów (K.z.) – 20 % (od materiałów wykonawcy).

Pismem z dnia 29 lutego 2024 r. Zamawiający wezwał wykonawcę DAR–INSTAL do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty wpływających na wysokość ceny. Zamawiający przywołał art. 224 ust. 4 oraz ust. 3 pkt 4 ustawy Pzp oraz poprosił o przedstawienie dowodów na poparcie wyliczeń.

Pismem z dnia 1 marca 2023 r. wykonawca DAR – INSTAL złożył wyjaśnienia, w których wskazał, że

- 1.Firma posiada własne zaplecze magazynowe w związku z czym nie ponosi dodatkowych kosztów najmu.
 - 2.Sprzęt budowlany i samochody dostawcze są własnością firmy. W kwestii potencjału kadrowego polegam na wykorzystaniu zasobów własnych, poza tym firma funkcjonuje bez kredytów czy kosztów leasingowych. Jako właściciel firmy wnoszę wydatny wkład własny w postaci mojej pracy co stanowi duże oszczędności w budżecie firmy.
 - 3.Pracownicy w firmie zatrudnieni są na umowy o pracę i wypłacane jest im wynagrodzenie przekraczające obowiązujące w Polsce minimalne wynagrodzenie.
 - 4.Dokonana przez nas kalkulacja ceny na wykonywanie robót dot. oferty postępowania nr ZO.P.02.2024 została rzetelnie wyliczona biorąc pod uwagę odpowiedni zysk dla firmy jak również mając szczególnie na uwadze zabezpieczenie należytego wykonania zamówienia.
 - 5.Wykazane w naszej ofercie ceny/koszty mają charakter rynkowo akceptowalny i przedstawione w ofercie koszty realizacji nie stwarzają możliwości wykonania zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi.
- Firma wykonuje inne podobne prace dla zarządców nieruchomości (pogotowie, konserwacje) i posiada wieloletnie doświadczenie w wykonywaniu tego typu robót jak również kalkulacji, wyliczania cen. Działając wiele lat na rynku korzystam też przy zakupie materiałów z indywidualnych warunków rabatowych cen zakupu.

Wykonawca przedłożył zanonimizowaną kserokopię umowy o pracę z pracownikiem.

Zamawiający pismem z dnia 22 marca 2024 r. zawiadomił o wyborze najkorzystniejszej oferty, złożonej przez wykonawcę D.W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „DAR – INSTAL” D.W..

Uwzględniając powyższe, Izba zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

W drugiej kolejności Izba stwierdziła, że Odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody, będącej konsekwencją zaskarżonych w odwołaniu czynności. Skład orzekający nie podzielił wątpliwości Zamawiającego co do braku interesu we wniesieniu odwołania. Nie tylko wykonawcy drugiemu w rankingu należy przyznać interes w zaskarżeniu wyboru oferty najwyższej ocenionej. Skoro nie dokonuje się weryfikacji podmiotowej wszystkich przedsiębiorców, którzy złożyli oferty w postępowaniu, to także wykonawca z pozycji trzeciej (jak oceniono ofertę Odwołującego w zawiadomieniu o wyborze z dnia 22 marca 2024 r.) posiada legitymację materialną do zaskarżenia wyboru, ponieważ weryfikacja podmiotowa może ten ranking zmienić.

Następnie, ustalono, że do postępowania odwoławczego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca. Do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło wprawdzie zgłoszenie przystąpienia do postępowania po stronie zamawiającego wykonawcy D.W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „DAR – INSTAL” D.W., jednakże wniesione po terminie określonym w art. 525 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania, wskazując stronę, do której przystępuje, i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje. Stosownie do art. 525 ust. 2 ustawy Pzp zgłoszenie przystąpienia doręcza się Prezesowi Izby, a jego kopię przesyła się zamawiającemu oraz wykonawcy wnoszącemu odwołanie. Do zgłoszenia przystąpienia dołącza się dowód przesłania kopii zgłoszenia przystąpienia zamawiającemu oraz wykonawcy wnoszącemu odwołanie.

Jak stanowi art. 508 ust. 1 i 2 ustawy Pzp pisma w postępowaniu odwoławczym wnosi się w formie pisemnej albo w formie elektronicznej albo w postaci elektronicznej, z tym że odwołanie i przystąpienie do postępowania odwoławczego, wniesione w postaci elektronicznej, wymagają opatrzenia podpisem zaufanym. Pisma w formie pisemnej wnosi się za pośrednictwem operatora pocztowego, w rozumieniu ustawy z dnia 23 listopada 2012 r. - Prawo pocztowe, osobiście, za pośrednictwem posłańca, a pisma w postaci elektronicznej wnosi się przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, w tym na adres do doręczeń elektronicznych, o którym mowa w art. 2 pkt 1 ustawy z dnia 18 listopada 2020 r. o doręczeniach elektronicznych (Dz.U. z 2023 r. poz. 285).

Jak wynikało z dokumentacji postępowania przesłanej przez zamawiającego, zamawiający kopię odwołania wraz z wezwaniem do zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego przesłał wykonawcy poprzez e-zamówienia w dniu 29 marca 2024 r. Tym samym z ww. dniem rozpoczął bieg termin na zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego. Trzydniowy termin na zgłoszenie przystąpienia upłynął wykonawcy w dniu 2 kwietnia 2024 r. (stosownie do art. 509 ust. 2 ustawy Pzp, który stanowi, że jeżeli koniec terminu do wykonania czynności przypada na sobotę lub dzień ustawowo wolny od pracy, termin upływa dnia następnego po dniu lub dniach wolnych od pracy.)

Wskazać w tym miejscu należy, że dla zachowania terminu zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego znaczenie ma data doręczenia zgłoszenia do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w jednej z form wskazanych w przepisach ustawy Pzp.

Izba nie mogła wziąć zatem pod uwagę zgłoszenia, które dotarło do Izby w formie pisemnej, a zostało wniesione dopiero w dniu 5 kwietnia 2024 r. (prezentata Krajowej Izby Odwoławczej na zgłoszeniu przystąpienia z adnotacją o wpływie pisma). Wprawdzie pismo ze zgłoszeniem przystąpienia zostało nadane na pocztę w dniu 2 kwietnia 2024 r. (stempel na kopercie), jednakże ustawa Prawo zamówień publicznych wyraźnie nie łączy żadnych skutków z nadaniem zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego w placówce pocztowej operatora wyznaczonego, inaczej niż w przypadku innych pism (przykładowo art. 580 ust. 2 ustawy Pzp, który ze złożeniem skargi na orzeczenie Izby w takiej placówce łączy skutki wniesienia skargi do sądu). A zatem z nadaniem zgłoszenia przystąpienia w placówce pocztowej operatora wyznaczonego w dniu 2 kwietnia 2024 r. nie można było łączyć skutków wniesienia pisma do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. Powyższe stanowisko jest ugruntowane i prezentowane jednolicie w orzecznictwie Izby.

Izba stwierdziła, że wobec otrzymania w dniu 29 marca 2024 r. kopii odwołania wraz z wezwaniem do udziału w postępowaniu odwoławczym, wniesione w dniu 5 kwietnia 2024 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego przez wykonawcę D.W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „DAR – INSTAL” D.W. zostało wniesione z uchybieniem ustawowego 3 - dniowego terminu do jego wniesienia i skutkuje niedopuszczeniem do udziału w postępowaniu odwoławczym zgłaszającego przystąpienie. W konsekwencji wykonawca ten nie jest uczestnikiem postępowania odwoławczego. Niezachowanie terminu dla zgłoszenia przystąpienia skutkowało wygaśnięciem prawa do wniesienia tego środka ochrony prawnej, gdyż termin określony w art. 525 ust. 1 ustawy Pzp ma charakter terminu zawitego i nie podlega przywróceniu.

Stwierdzono zatem, że w terminie określonym w art. 525 ust. 1 ustawy Pzp żaden wykonawca nie zgłosił Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Zatem brak skutecznego, tj. zgodnego z art. 525 ust. 1 ustawy Pzp, zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego należy traktować jako brak przystąpienia w terminie. Tym samym w przedmiotowym postępowaniu odwoławczym nie brał udziału żaden wykonawca przystępujący po stronie zamawiającego.

Dalej, Izba, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, doszła do przekonania, iż w niniejszym postępowaniu doszło do naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, a tym samym, na podstawie art. 554 ust. 1 ustawy Pzp, rozpoznawane odwołanie zasługiwało na uwzględnienie w części.

Odwołujący podnosił, że Zamawiający naruszył art. 226 ust.1 pkt 8 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy DAR-INSTAL jako oferty, która zawiera cenę rażąco niską, wykazującej wprost niezgodność z przepisami art. 224 ust. 3 pkt 4 oraz art. 224 ust. 3 pkt 6, art. 224 ust. 6 ustawy Pzp. Zdaniem Odwołującego stawka roboczogodziny, przyjęta przez wykonawcę DAR-INSTAL do obliczenia ceny ofertowej, w kwocie 18 zł netto, nie odpowiada przepisom prawa powszechnie obowiązującego, biorąc pod uwagę minimalną stawkę godziny pracy pracownika zatrudnionego na podstawie stosunku pracy w 2024 r.

Izba podzieliła stanowisko Odwołującego, uznając że zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy DAR-INSTAL było nieprawidłowe.

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

Stosownie do art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych.

Jak stanowi art. 224 ust. 3 ustawy Pzp 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.

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 (art. 224 ust. 4 ustawy Pzp). W myśl art. 224 ust. 5 ustawy Pzp, obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy. Odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu (art. 224 ust. 6 ustawy Pzp).

W okolicznościach przedmiotowej sprawy poza sporem było to, iż Zamawiający wymagał zatrudnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie stosunku pracy osób wykonujących następujące czynności w zakresie realizacji zadania tj. pracownicy fizyczni – bezpośrednio wykonujący roboty budowlane. W konsekwencji koszty pracy w tym zakresie stanowiące podstawę kalkulacji ceny oferty nie mogły być niższe niż od minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz winny być zgodne z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie.

Wskazać należy, że w art. 224 ust. 3 pkt 4 ustawy Pzp ustawodawca przesądził, że wartość kosztów pracy przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie właściwych przepisów. Zgodnie z rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 14 września 2023 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2024 r. (Dz.U. z 2023 r. poz. 1893) minimalne wynagrodzenie za pracę obowiązujące od 1 stycznia 2024 r. wynosi 4. 242 zł (brutto), a minimalne wynagrodzenie za pracę obowiązujące od 1 lipca 2024 r. wyniesie 4.300 zł (brutto). Jednocześnie przy kalkulacji ceny oferty wykonawca winien uwzględnić przepisy z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązujące w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie (art. 224 ust. 3 pkt 6

ustawy Pzp).

Izba wskazuje, iż w okolicznościach przedmiotowej sprawy przyznała rację Odwołującemu, że wskazana przez wykonawcę DAR-INSTAL stawka roboczogodziny wynikająca z kosztorysu ofertowego na poziomie 18 zł netto jest niezgodna z ww. rozporządzeniem.

W szczególności wskazana przez wykonawcę DAR-INSTAL stawka roboczogodziny netto jest niższa niż stawki netto wyliczone w następujący sposób: minimalne wynagrodzenie od 1 stycznia 2024 r. 4 242 zł brutto (godzina pracy brutto 25,25 zł (miesięczne wynagrodzenie od 1 stycznia 2024 r. netto to kwota około 3 221,98 zł, zatem stawka godzinowa ze stosunku pracy netto to kwota około 19,18 zł). Natomiast od 1 lipca 2024 r. kwota minimalnego wynagrodzenia brutto to kwota 4 300 zł, co daje stawkę godzinową brutto 25,60 zł (kwota minimalnego wynagrodzenia od 1 lipca 2024 r. netto to kwota około 3 261,53 zł, co daje stawkę godzinową netto 19,42 zł). Wskazana zatem kwota roboczogodziny netto w wysokości 18,00 zł jest niższa zarówno od obowiązującej stawki godzinowej ze stosunku pracy, jak i tej obowiązującej od 1 lipca 2024 r.

Równocześnie Izba zwraca uwagę na wyjaśnienia złożone przez wykonawcę DAR-INSTAL, których treść jest lakoniczna, a wykonawca w żaden sposób nie wykazał, w jaki sposób w ofercie skalkulował koszty pracy, nie skonfrontował wskazanej przez niego stawki 18,00 zł netto z poziomem stawek wynikających z powszechnie obowiązujących przepisów prawa. Nie załączył, pomimo wezwania, żadnych dowodów na poparcie wyliczeń, których *nota bene* również zabrakło. Wykonawca w złożonych wyjaśnieniach w ogóle nie odniósł się do innych obciążeń publicznoprawnych, mianowicie składek na ubezpieczenie zdrowotne, emerytalne i chorobowe, do ponoszenia których zobowiązany jest pracodawca. Ze złożonych wyjaśnień nie wynikało również, że stawka 18,00 zł netto te obciążenia zawiera. Wykonawca napisał jedynie, że *Pracownicy w firmie zatrudnieni są na umowy o pracę i wypłacane jest im wynagrodzenie przekraczające obowiązujące w Polsce minimalne wynagrodzenie.*

Bez znaczenia dla oceny prawidłowości działań Zamawiającego pozostają jego dywagacje dotyczące różnic między pojęciem minimalnego wynagrodzenia a zasadniczego wynagrodzenia, skoro art. 224 ust. 3 pkt 4 i 6 ustawy Pzp referują odpowiednio do 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 oraz zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie.

Wskazać należy, że ustawodawca w art. 224 ust. 3 pkt 4 ustawy Pzp nie zawarł definicji „kosztów pracy”. Powszechnie przyjmuje się, że koszty pracy to ogół wydatków, jakie ponosi przedsiębiorca w związku z pozyskaniem, utrzymaniem, przekwalifikowaniem i doskonaleniem pracowników. Wchodzą w to również koszty z tytułu obligatoryjnych składek na ubezpieczenia społeczne. Przyjmuje się, że koszty pracy składają się z dwóch części. Pierwszą z nich są koszty pozapłacowe, do których zaliczamy wszystkie składki oraz koszty pracy, jakie ponosi przedsiębiorca poza wynagrodzeniem bezpośrednim. Z kolei ta druga grupa to koszty płacowe, w których skład wchodzi wynagrodzenia osobowe, dodatki oraz nagrody i premie.

Powyższe znajduje potwierdzenie w rozporządzeniu Ministra Rozwoju i Technologii w sprawie określenia metod i podstaw sporządzania kosztorysu inwestorskiego, obliczania planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno-użytkowym z dnia 20 grudnia 2021 r. (Dz.U. z 2021 r. poz. 2458). Zgodnie z §6 ww. rozporządzenia, wśród obligatoryjnych elementów, które należy wziąć pod uwagę przy ustalaniu stawki roboczogodziny ustawodawca wymienia: 1) wynagrodzenie zasadnicze; 2) premie regulaminowe; 3) dodatkowe składniki wynagrodzenia (dodatki za staż pracy, inne dodatki przysługujące zgodnie z postanowieniami regulaminu pracy); 4) inne świadczenia związane z pracą (wynagrodzenia za czas urlopu wypoczynkowego i za czas innej usprawiedliwionej nieobecności w pracy, zasiłki za czas niezdolności do pracy wskutek choroby, odprawy emerytalne, nagrody jubileuszowe); 5) obligatoryjne obciążenia płac; 6) odpisy na zakładowy fundusz świadczeń socjalnych.

Izba nie podziela więc zapatrywań Zamawiającego, że wykonawca DAR-INSTAL załączając umowę o pracę ze wskazaniem wynagrodzenia zatrudnionego na umowę o pracę pracownika (tj. 4.400 zł miesięcznie) udowodnił, że przestrzega przepisów o minimalnym wynagrodzeniu za pracę. Wyjaśnienia wykonawcy DAR-INSTAL nie były, w ocenie Izby, wystarczające do uznania, że wykonawca w sposób prawidłowy dokonał kalkulacji kosztów wykonania zamówienia, uwzględniając wytyczne ustawodawcy w zakresie obowiązku uwzględnienia kosztów pracy, których wartość nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę.

Tym samym Zamawiający niezasadnie uznał, że oferta wykonawcy DAR-INSTAL ze stawką roboczogodziny w kwocie 18 zł netto jest prawidłowa. W związku z powyższym Izba uwzględniła zarzut nr 3 z odwołania.

Izba oddaliła natomiast pozostałe zarzuty odwołania. W ocenie Izby, w okolicznościach przedmiotowej sprawy, zasadnym jest przedstawienie uwag natury ogólnej, odnoszących się do wymogów formalnych odwołania, określonych przepisami ustawy Pzp. Izba wskazuje, że stosownie do treści art. 516 ust. 1 ustawy Pzp odwołanie powinno wskazywać czynność lub zaniechanie czynności zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, określać żądanie oraz wskazywać okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania. Tym samym należy podkreślić, że właśnie określone w ww. przepisie wymogi konstrukcyjne odwołania przesądzają, że treść zarzutu nie jest ograniczona wyłącznie do twierdzeń zawartych we wstępnej części odwołania (*petitum*), a dotyczy również okoliczności faktycznych zawartych w sformułowanej przez odwołującego argumentacji.

Odwołanie powinno wyrażać zastrzeżenia wobec dokonanych przez zamawiającego czynności lub zaniechań, co oznacza obowiązek zaprezentowania przez odwołującego nie tylko podstawy prawnej takich zastrzeżeń, ale przede wszystkim argumentacji odnoszącej się do postulowanej oceny. Oznacza to zatem konieczność odniesienia się do elementów stanu faktycznego, jak również podjętych czynności lub zaniechań zamawiającego w taki sposób, który pozwoli na uznanie, że podniesione zostały konkretne zarzuty wobec tych czynności lub zaniechań przypisanych zamawiającemu (tak Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 26 czerwca 2017 r. sygn. akt: KIO 1187/17). Podsumowując powyższe Izba stwierdza, że to na wykonawcy, będącym profesjonalistą, spoczywa ciężar przedstawienia w treści odwołania jasnych i szczegółowych zarzutów zbudowanych z dwóch warstw, tj. prawnej i faktycznej, które wyznaczają granice rozstrzygnięcia Izby, która może orzekać wyłącznie w zakresie zarzutów zawartych w odwołaniu.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba wskazuje, że w zakresie zarzutów:

- nr 1 z odwołania, tj. naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy DAR-INSTAL, jako oferty, której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia, wskazanymi postanowieniami SWZ Rozdz. XV „Sposób obliczenia ceny oferty” pkt 1,
- nr 2 z odwołania, tj. naruszenia art. 226 ust.1 pkt 7 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty, jako oferty, która została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,
- nr 4 z odwołania, tj. naruszenia art. 226 ust.1 pkt 10 ustawy Pzp - koszt pracy przyjęty przez wybranego wykonawcę jest następstwem błędu w obliczeniu ceny lub kosztu,
- nr 5 z odwołania, tj. naruszenia art. 239 ustawy Pzp przez dokonanie wyboru, jako oferty najkorzystniejszej, oferty DAR – INSTAL, która podlega odrzuceniu,
- nr 6 z odwołania, tj. naruszenia art. 16 ustawy Pzp przez zaniechanie przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców,

Odwołujący ograniczył się do powyższych stwierdzeń jedynie w *petitum* odwołania. Odwołujący nie sformułował jednak w dalszej treści odwołania twierdzeń odnośnie tego, na jakiej podstawie oferta DAR-INSTAL winna zostać odrzucona. Nie przedstawił żadnych okoliczności faktycznych wskazujących na naruszenie przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 5, 7, 10 ustawy Pzp, zawierającego przesłanki odrzucenia oferty wykonawcy oraz art. 16 ustawy Pzp.

Izba stoi na stanowisku, że zarzut to twierdzenie Odwołującego o okolicznościach faktycznych, które zaistniały w postępowaniu, a których zaistnienie powoduje, że czynności lub zaniechania Zamawiającego należy uznać za sprzeczne z prawem i dokonać ich subsumcji pod określony przepis aktu normatywnego. Samo zaś powołanie przepisu, bez wskazania okoliczności faktycznych nie pozwala na ustalenie, jakie działanie lub zaniechanie Zamawiającego narusza przepis prawa (vide wyrok KIO z dnia 24 czerwca 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 571/08).

Dlatego też Izba wyżej wskazane zarzuty oddaliła.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy 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).

Izba uwzględniła jeden, spośród sześciu zarzutów sformułowanych w treści złożonego odwołania. Z uwagi na powyższe, obciążyła kosztami postępowania Odwołującego w części 5/6 i Zamawiającego w części 1/6. Na koszty postępowania odwoławczego składał się wpis uiszczony przez Odwołującego w wysokości 10 000 zł, koszty poniesione przez Odwołującego z tytułu dojazdu na posiedzenie w kwocie 84,61 zł, koszty poniesione przez Zamawiającego z tytułu zastępstwa przed Izłą w kwocie 3 600 zł oraz koszty poniesione przez Zamawiającego tytułem dojazdu na posiedzenie w kwocie 800 zł (łącznie 14 484,61 zł). Zasądzono od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 2 414,10 zł, stanowiącą uzasadnione koszty strony, zasądzając 1/6, tj. w takiej części, w jakiej zasadne okazały się zarzuty odwołania.

Przewodniczący:.....