Sygn. akt: KIO 494/24

WYROK

Warszawa, dnia 4 marca 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca:Joanna Gawdzik-Zawalska
Protokolant: Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 lutego 2024 r. przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia
Wojtyła Construction Sp. z o.o. w Bielsko-Białej w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego:
Agencja Komunalna Spółka z o.o. w Brzeszcze,przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – wykonawcy ubiegającego się o udzielnie zamówienia:
G.G. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą I.Ś. w Rudzie Śląskiej

orzeka:

Oddala odwołanie;
Kosztami postępowania odwoławczego w całości obciąża odwołującego i:
2.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego poniesione przez odwołującego koszty: 7 500 000 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) tytułem wpisu od odwołania oraz poniesione przez odwołującego i zamawiającego koszty po 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia i wydatków pełnomocnika oraz poniesione przez odwołującego koszty opłaty skarbowej w kwocie 17 zł 00 gr (słownie: siedemnaście złotych zero groszy), dojazdu w kwocie 201 zł 73 gr (słownie: dwieście jeden złotych siedemdziesiąt trzy grosze);
2.2.zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego.
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:……..…...……..

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

Agencja Komunalna Spółka z o.o. w Brzeszcze (dalej Zamawiający) prowadzi na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz.U.2023.1605 z późn. zm.) (dalej Ustawa lub Pzp) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego postępowania na „Pełnienie funkcji inspektora nadzoru inwestorskiego nad realizacją zadania inwestycyjnego pn. „Dostawa i montaż linii technologicznej wraz budową hali sortowni i infrastruktury towarzyszącej w ramach projektu pn. „Budowa sortowni odpadów komunalnych wraz z infrastrukturą towarzyszącą na terenie ZGO w Brzeszczach” , nr sprawy: 01/ZP/2024 (dalej również: Zamawiający) (dalej również: Postępowanie). Zasady, warunki i przedmiot zamówienia opisuje specyfikacja warunków zamówienia (dalej również: SWZ).

W dniu 14 lutego 2024 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie wpłynęło odwołanie wykonawcy Wojtyła Construction sp. z o.o. w Bielsko-Białej (dalej Odwołujący) ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego w ramach Postępowania.

Po udostępnieniu w dniu 16 lutego 2024 r. przez Zamawiającego kopii odwołania w dniu 19 lutego 2024 r. przystąpienie do postępowania odwoławczego zgłosił wykonawca ubiegający się o udzielenie G.G. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą I.Ś. w Rudzie Śląskiej, którego oferta była najkorzystniejsza spośród złożonych ofert i została wybrana przez Zamawiającego (dalej Przystępujący lub Wybrany Wykonawca). Izba uznała przystąpienie za skuteczne.

Odwołujący wniósł odwołanie od dokonania czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty Przystępującego i zaniechania odrzucenia tej oferty, mimo że Przystępujący wezwany do wyjaśnień rażąco niskiej ceny, wbrew treści art. 224 ust. 5 Pzp nie wykazał, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, a złożone przez niego wyjaśnienia nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu, zatem zaistniała przesłanka odrzucenia oferty z art. 224 ust. 6 Pzp, a na

podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8) Pzp Zamawiający powinien odrzucić ofertę, która zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W związku z powyższym Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów: -art. 224 ust. 5 i 6 Pzp, art. 226 ust. 1 pkt 8) Pzp - przez ich niezastosowanie, mimo że Przystępujący wezwany w trybie art. 224 Pzp, wbrew treści art. 224 ust. 5 Pzp nie wykazał, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, a złożone przez niego wyjaśnienia nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu, zatem zaistniała przesłanka odrzucenia oferty z art. 224 ust. 6 Pzp, a na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8) Pzp Zamawiający powinien odrzucić ofertę, która zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia i

-w konsekwencji art. 16 pkt 1 Pzp i art. 17 ust. 2 Pzp w zw. z art. 239 Pzp - poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty Przystępującego, mimo że jego oferta nie może być uznana za najkorzystniejszą, zanim nie została prawidłowo zweryfikowana przedmiotowo pod względem ceny rażąco niskiej, co narusza zasadę prowadzenie postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców, oraz udzielania zamówienia wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie przepisów Ustawy.

W związku z powyższym Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, odrzucenie oferty Przystępującego, ponowne badanie i ocenę ofert niepodlegających odrzuceniu, wybór oferty najkorzystniejszej.

Zamawiający wnosił o oddalenie odwołania. Przystępujący popierał stanowisko Zamawiającego.

Strony powoływały się na dokumenty postępowania, w szczególności SWZ, oferty, wezwania do wyjaśnień rażąco niskiej ceny oraz wyjaśnień udzielonych przez Przystępującego.

Odwołujący przedłożył dowody dokumentowe w postaci:

1. stanowiska Odwołującego zawierające wyciąg z przepisów regulujących wysokość minimalnego wynagrodzenia potwierdzający wysokość minimalnego wynagrodzenia na okres realizacji przedmiotu zamówienia, wyliczenie wynagrodzenia minimalnego z rozbiciem na składowe dokonane z wykorzystaniem dostępnego internetowo kalkulatora wynagrodzenia minimalnego, wyciągu z dokumentu potwierdzającego posiadanie przez Przystępującego statusu czynnego podatnika podatku VAT oraz informacji o średnich zarobkach inspektorów nadzoru na okoliczność, że cena Przystępującego nie jest realna – Izba uznała dokument za stanowisko procesowe strony,

2. Pismo z 20 kwietnia 2023 r. Przystępującego do Muzeum Zamkowego w Pszczynie na okoliczność tego, że Przystępujący w innych postępowaniach w roku ubiegłym wykazywał inne wyższe stawki dla inspektorów, niż w niniejszym postępowaniu,

3. Pismo z 20 kwietnia 2023r. Przystępującego do Muzeum Zamkowego w Pszczynie dotyczące tego samego zamówienia co w pkt. 2 na te same okoliczności co w pkt. 2 oraz dodatkowo, że stawki dotyczyły tych samych osób, co w niniejszym postępowaniu.

Zamawiający przedłożył dowody dokumentowe w postaci:

1. Potwierdzenia średnich cen paliw;

2. Wyciągu z KRS oraz potwierdzenia KRS dla 5 podmiotów powiązanych z Odwołującym na okoliczność kosztów prowadzonej działalności gospodarczej przez Odwołującego;

3. Zapytania z 15 lutego 2024 r wraz ze złożoną w odpowiedzi ofertą z 16 lutego 2024 r. inspektora nadzoru na okoliczność tego, że obecnie zatrudniony przez Zamawiającego dla wykonywania obsługi w ramach nadzoru inwestycyjnego inwestycji (której nadzór objęty jest Postępowaniem) na czas do udzielenia zamówienia w ramach Postępowania inspektor nadzoru uzyskuje wynagrodzenie 300 zł brutto za pobyt a więc, że realnymi kosztami są koszty Przystępującego;

4. ofertę wykonawcy z dnia 16 stycznia 2024 r. na kwotę 151 290 zł brutto wraz z korespondencją email złożoną w Postępowaniu w niezgodnej z ustawą formie, która została odrzucona wraz z potwierdzeniem zwrotu wadium oferenta na okoliczność realności ceny ofertowej Przystępującego – że na rynku są podmioty oferujące wykonanie zamówienia za cenę jeszcze mniejszą niż oferta wybrana do realizacji zamówienia.

Przystępujący przedłożył zrzut ze strony internetowej zawierający zestawienie zarobków inspektora nadzoru wraz z medianą tych zarobków na okoliczność tego, że zarobki inspektora nadzoru w Katowicach są inne niż te wskazywane przez Odwołującego.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba nie dopatrzyła się zaistnienia przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Ustawy. Izba uznała również, że Odwołujący wykazał interes w uzyskaniu zamówienia i możliwość poniesienia szkody jako przesłanki materialnoprawnej dopuszczalności odwołania z art. 505 ust. 1 Ustawy.

Mając na uwadze zebrany w sprawie materiał dowodowy oraz stanowiska stron i uczestnika Izba oddaliła odwołanie wobec nie wykazania przez Odwołującego, że cena ofertowa jest ceną rażąco niska ani, że wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu.

Ustalając stan faktyczny Izba dopuściła dowody wnioskowane przez strony i uczestnika, oparła się na dokumentacji Postępowania, w szczególności SWZ, ofertach, wezwaniach do wyjaśnień oraz wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny Przystępującego. Oceniła dowody w postaci zestawień zarobków inspektorów nadzoru wykazują zróżnicowanie tychże na rynku. Są nieprzydatne dla rozstrzygnięcia istoty sporu, w tym znaczeniu, że stanowią dowód tego, że na rynku mogą zostać zaoferowane różne ceny różnym podmiotom, usługi podobne świadczone są za wynagrodzeniem w różnej wysokości, w tym także wyższej , niżej lub analogicznej do kosztu Przystępującego.

Izba uwzględniała stanowiska i oświadczenia stron i uczestnika zaprezentowane w pismach procesowych i na rozprawie.

Izba ustaliła, że w niniejszej sprawie stan faktyczny Postępowania, co do zasady nie był nie sporny. Spór dotyczył uznania za prawidłowe i wystarczające w świetle przepisów Ustawy i wezwań do wyjaśnień udzielonych w odpowiedzi przez Przystępującego wyjaśnień rażąco niskiej ceny.

Odwołujący założył, że:

- kalkulacja cenowa nie obejmuje całości przedmiotu zamówienia wynikającego z SWZ (wg treści SWZ pkt 1.2.; Zakres rzeczowy zadania - specyfikuje szczegółowy zakres obowiązków Inspektora Nadzoru Inwestorskiego, tj. 49 obowiązków a będąca podstawą wyliczenia przez Przystępującego kosztów zatrudnienia inspektorów nadzoru w tym koordynatora stawka za „pobyt" inspektora lub koordynatora obejmuje jedynie uczestnictwo w spotkaniach opisane w Informacjach dodatkowych pkt 1.3. SWZ; Stąd kalkulacja jest wybiórcza, niekompletna, nie uwzględnia całego zakresu przedmiotu zamówienia, którego ma dotyczyć;
- kalkulacja cenowa nie obejmuje wyceny wszystkich wymaganych SWZ 5 branż nadzoru inwestorskiego lecz tylko 4; jedną stawkę (300 zł) przypisuje za pełnienie obowiązków Koordynatora Zespołu i nadzór 2 branż (IN branży sanitarnej i IN branży konstrukcyjno-budowlanej), a pozostały nadzór w pozostałych branżach za jedną stawkę jedna branża, co według Odwołującego stanowi o nieuwzględnieniu w wycenie wszystkich 5 przewidzianych SWZ branż podlegających nadzorowi i ogranicza wycenę do 4 branż (w zakresie Koordynacji Zespołu, - wycenione jako jedna pozycja i jedna stawka zamiast dwóch - skoro są to osobne branże), podczas gdy zgodnie z treścią wzoru umowy (§ 9 pkt 4) przewidziane do wykonywania usługi są osoby odpowiedzialne za realizacje przedmiotu umowy w zakresie 5 branż: 1) branży budowlanej 2) branży sanitarnej 3) branży elektrycznej 4) branży telekomunikacyjnej 5) branży drogowej.

Odwołujący podnosił, że:

- wyjaśnienia nie są dostateczne w zakresie podstawowego czynnika kosztotwórczego tj. kosztów pracy inspektorów nadzoru wobec określenia jedynie ryczałtowo stawki za „pobyt" inspektora nadzoru bez szczegółowego wyjaśnienia (i udowodnienia), że koszty te są realne i zgodne z przepisami prawa (nie niższe od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy o minimalnym wynagrodzeniu za pracę 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)
- nierealne jest założenie kalkulacji ceny ofertowej Przystępującego, że wszyscy Inspektorzy będą dojeżdżać razem jednym samochodem, co powoduje nieadekwatność kosztów dojazdów uwzględnionych w kalkulacji
- kalkulacja powinna zawierać rezerwę na koszt przedłużenia trwania kontraktu przewidziany SWZ (z17 do 24 miesięcy), czego zabrakło, a wzrost kosztu pobytu jest wprost proporcjonalny do czasu trwania kontraktu, co powoduje wprost proporcjonalny wzrost kosztów realizacji zamówienia, co nie zostało uwzględnione w rezerwie („Gdyby przyjąć proporcjonalne wydłużenie usługi, to cena ofertowa oczywiście nie pokryje tych kosztów, szczególnie w świetle zapisów SWZ, że Inspektor ma być obecny na budowie minimum 3 w tygodniu (zatem, tylko przykładowo, przyjęta stawka za wizytę koordynatora to 300 zł brutto x 7 miesięcy x 4,33 tyg./m-c = 27 279 zł. - taka rezerwa również nie została założona w kalkulacji)".
- kalkulacja pomija „zobowiązanie podatkowe VAT, polegające na obowiązku zapłaty do Urzędu Skarbowego kwoty podatku VAT 23% tj. 37 214,00 zł w ramach kalkulacji ceny ofertowej. Wykonawca do swojej kalkulacji ceny przyjął cenę ofertową brutto: 199 014 zł, czyli kwotę zawierającą kwotę podatku VAT - wliczoną do ceny ofertowej. (...) Zgodnie ze złożoną ofertą w przypadku realizacji usług za łączną cenę brutto 199 014,00 zł - w tym uwzględniono podatek VAT w wysokości 37 214,00 zł (23,00 %), cena netto to 161 800,00 zł. Wykonawca w swoich wyjaśnieniach nie wykazał, jak rozlicza ww. kwotę VAT. W kalkulacji ceny (zawierającej wydatki brutto) wśród kalkulowanych do zapłaty zobowiązań Wykonawca nie uwzględnił w ogóle pozycji dotyczącej zobowiązania podatkowego VAT. Po dodaniu do ww. kalkulacji, dodatkowej pozycji do zapłaty, tj. kwoty podatku VAT (37 214,00 zł) - pozostaje do „rozdysponowania" na pozostałe elementy wyceny oferty kwota 161 800 zł, co też automatycznie generuje stratę a nie zakładany zysk."

Odwołujący wskazał również, że do wyjaśnień nie załączono dowodów w zakresie wyliczenia kosztów pracy, których wartość została przyjęta w cenie, pomimo takiego obowiązku.
Odwołujący wskazywał, że wyjaśnienia, w tym „kalkulacja ceny": są ogólnikowe, nie uzasadniają zaoferowania niskiej ceny ofertowej za przedmiotową usługę, nie wskazano oszczędności, które pozwoliły wycenić tak tanio usługę, nie wykazały, że cena oferty pokrywa koszty realizacji przedmiotu zamówienia, zatem nie obala istniejącego domniemania rażąco niskiej ceny oferty.

W zarzutach:
- poddano pod wątpliwość wyliczenia Przystępującego w zakresie części elementów składowych kosztów (dotyczących wynagrodzenia personelu wykonawcy - inspektorów nadzoru w tym również ich koordynatora) jako nierynkowych i nieadekwatnych dla inspektorów nadzoru, w tym również nieobejmujących całości zakresu obowiązków tego personelu opisanych SWZ, i bez wyspecyfikowania czasochłonności i bez zdefiniowania jednostki rozliczeniowej z Zamawiającym (za jeden pobyt inspektora nadzoru) stanowiącej podważany odwołaniem element kosztów, co w ocenie Odwołującego nie pozwala na ustalenie, że wynagrodzenie inspektorów przewyższa minimalne wynagrodzenie a w zestawieniu ze stawkami wskazuje na to, że jest niższe od minimalnego wynagrodzenia,
- wskazano nieuwzględnienie i niewykazanie w kosztach przewidzianej SWZ możliwości wydłużenia okresu świadczenia przedmiotu zamówienia z 17 do 24 miesięcy
- wskazano na nieprawidłowość przyjęcia do kalkulacji ceny wynagrodzenia za nadzory w okresie gwarancji i rękojmi (min. 5 lat) wobec przyjęcia ryczałtowej kwoty 4 500,00 zł - bez wyjaśnienia co dokładnie wchodzi w skład ww. kwoty ryczałtowej, jak została wyliczona,
- nieudowodnienie kosztów inspektorów nadzoru w tym koordynatora.

Na udowodnienie zarzutów Odwołujący przedstawił opracowane w oparciu o stawki Przystępującego i własne założenia wyliczenia kosztu zatrudnienia inspektorów nadzoru/koordynatora, wyciągi ze stron internetowych wskazujące na wynagrodzenia inspektorów nadzoru na rynku oraz dokument potwierdzający, że w innym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego Przystępujący w ramach wyjaśnień rażąco niskiej ceny wskazał jako stawkę rozliczeniową inspektora nadzoru branży elektrycznej oraz drogowej (dla osób, które mają realizować te funkcje również w ramach realizacji przedmiotu zamówienia w Postępowaniu) za jeden pobyt wyższą niż w tym Postępowaniu kwotę 370 zł brutto.

Odwołanie nie kwestionowało a Zamawiający uznał za wystarczające opisane w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny koszty:
1.Koszty paliwa – jako skalkulowane w oparciu o wyższe niż obowiązująca obecnie cena rynkowa - nie wymagają zatem dodatkowego dowodu (tutaj kwestionowano wyłącznie założenie wspólnych dojazdów jako nierealne)
2.Koszty materiałów biurowych
3.Wynagrodzenie spec. ds. administracyjno- technicznych
4.Wycena doradztwa technicznego i technologicznego
5.Koszty ubezpieczenia.

Izba w oparciu o zebrany w sprawie materiał dowodowy stwierdziła, że Odwołujący nie wykazał, że cena ofertowa

Przystępującego jest ceną rażąco niską ani, że wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu, nie obejmują zakresem przedmiotu zamówienia lub skalkulowane zostały z naruszeniem przepisów regulujących wysokość minimalnego zatrudnienia.

Izba ustaliła bezsporne okoliczności, w oparciu o dokumenty Postępowania w szczególności SWZ, oferty, wezwania do wyjaśnień rażąco niskiej ceny, wyjaśnienia rażąco niskiej ceny oraz decyzję wyboru oferty najkorzystniejszej, że:

1.W Postępowaniu zostały złożone 3 oferty z następującymi cenami ofertowymi: Przystępujący - 265 000,00 zł brutto, HTS Sp. z o.o. - 405 900,00 zł brutto, Odwołujący - 199 014, 00 zł brutto;

2.Zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia 407 000,00 zł brutto;

3.Zamawiający pismem z dnia 22 stycznia 2024 r. wezwał Przystępującego do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 224 ust. 1 w zw. z ust. 2 pkt 1 i 2 Pzp, tj. o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny i jej istotnych elementów; Zamawiający zauważył w wezwaniu, że zaoferowana cena oferty jest niższa: o 59,3 % od wartości ustalonej z należytą starannością przez Zamawiającego przed wszczęciem przedmiotowego postępowania oraz o 31,37 % od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert w Postępowaniu;

4.Zamawiający w wezwaniu:

-przytoczył treść art. 224 ust. 3 ustawy Pzp wskazując, czego w szczególności dotyczyć mogą wyjaśnienia,

- wskazał, że „wymaga, by w wyjaśnieniach wskazano szczegółowy sposób kalkulacji ceny ofertowej uwzględniający m.in. poszczególne elementy OPZ składające się na przedmiot zamówienia wraz z ich opisem i cenami jednostkowymi (kalkulacja szczegółowa)", zaznaczył, że w uzasadnionym przypadku „może wymagać, aby wykonawca w ramach dowodu przedłożył tzw. Kosztorys/wyliczenie szczegółowe - nawet, jeśli zgodnie z postanowieniami specyfikacji warunków zamówienia Zamawiający nie wymagał jego złożenia wraz z ofertą."

- wskazał, że „Zamawiający oceniając złożone wyjaśnienia będzie brał pod uwagę, obiektywne czynniki, w szczególności: -

ilość osób sprawujących nadzór inwestorski, -zasadność i sposób wyceny poszczególnych pozycji przedmiotu zamówienia (sposób kalkulacji ceny i możliwość wykonania przedmiotu zamówienia za wskazaną cenę), - dowody wskazujące, iż za zaproponowane wartości cenowe wykonawca jest w stanie wykonać poszczególne elementy przedmiotu zamówienia, - sposób wykonania usługi wskazany przez Wykonawcę, - koszty Wykonawcy związane z realizacją zamówienia, w szczególności związane z koniecznością współpracy z podmiotem trzecim, - informację, czy w cenie uwzględniono wszystkie wymagania określone w niniejszej swz oraz wszelkie koszty i obciążenia, jakie poniesie Wykonawca z tytułu należytej oraz zgodnej z obowiązującymi przepisami prawa realizacji przedmiotu zamówienia, - uwzględnienie wszystkich kosztów związanych z realizacją zamówienia wynikających z zakresu świadczonych usług, niezbędnych do realizacji zamówienia, - wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla Państwa,- kosztów prac, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3.5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. nr 2015, poz. 2008 oraz 2016 poz. 1265 z późn. zm.), lub - pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów. „

- poinformował o rozkładzie ciężaru dowodowego oraz

- przytoczył szereg uzasadnień orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej oraz sądu zamówień publicznych;

W kolejnych wezwaniach Zamawiający żądał doprecyzowania lub wyjaśnienia udzielonych wyjaśnień rażąco niskiej ceny;

5.W odpowiedzi na wezwanie Przystępujący pismem z dnia 24 stycznia 2024 r., złożył wyjaśnienia, uzupełnione następnie (na wezwanie Zamawiającego) dodatkowo pismami z dnia 25 stycznia 2024 r. i z dnia 7 lutego 2024 r. Przystępujący odniósł się do wymaganych przez Zamawiającego i znajdujących zastosowanie wobec Przystępującego okoliczności wpływających na cenę ofertową. Wykonawca zawarł w wyjaśnieniach kalkulację kosztów obejmującą koszty realizacji przedmiotu zamówienia oraz opisał i wykazał czynniki korzystne mające wpływ na skalkulowanie ceny na niskim poziomie. Wykonawca przedstawił szereg dowodów lub danych pozwalających Zamawiającemu na zweryfikowanie podnoszonych okoliczności, w tym w szczególności rynkowości założonych stawek za jeden pobyt

6.Dnia 9 lutego 2024 r. Zamawiający uznając wyjaśnienia za wystarczające poinformował Odwołującego o wyborze najkorzystniejszej oferty w Postępowaniu tj. oferty Przystępującego.

Izba we oparciu o dokumenty postępowania, w tym SWZ ustaliła również bezsporne okoliczności, że:

7.Postępowanie poprzedzone zostało postępowaniem znak: 01/ZP/2023 (z dialogiem dialogiem technicznym) obejmującym jako przedmiot główny - dostawę linii technologicznej (wraz z jej zaprojektowaniem, skompletowaniem,

dostosowaniem do podsiadanej dokumentacji budowlanej hali sortowni, dostawą, montażem i rozruchem) wraz z wybudowaniem hali sortowni wg opracowanego przez Zamawiającego projektu budowlanego. Niniejsze Postępowanie obejmuje usługę nadzoru inwestorskiego części budowlanej wyżej opisanego już realizowanego. Zamawiający wskazał w SWZ w rozdz. 4.1 OPZ, iż: „Opis przedmiotu zamówienia Przedmiotem zamówienia jest usługa pełnienia nadzoru inwestorskiego nad realizacją zadania inwestycyjnego pn. „Dostawa i montaż linii technologicznej wraz budową hali sortowni i infrastruktury towarzyszącej w ramach projektu pn. „Budowa sortowni odpadów komunalnych wraz z infrastrukturą towarzyszącą na terenie ZGO w Brzeszczach".

8. Przedmiot zadania inwestycyjnego obejmuje w szczególności: zaprojektowanie i wykonanie linii technologicznej sortowni odpadów komunalnych pochodzących z selektywnej zbiórki wraz z montażem i dostawą technologii, zgodnie z Opisem Przedmiotu Zamówienia (dalej jako OPZ), budowę hali z zapleczem socjalnym wraz z infrastrukturą towarzyszącą zgodnie z wytycznymi dokumentacji technicznej i pozwoleniem na budowę.
9. Inwestycja realizowana będzie w Brzeszczach
10. W rozdz. 15 SWZ Zamawiający wskazał, że „Zamawiający szacuje wartość robót budowlanych na około 38.762.034,77 zł brutto, a wraz z dostawą i montażem instalacji 67 956 084,77 zł brutto".
11. SWZ przewiduje, że cena ofertowa jest łączna cena brutto i ma charakter ryczałtowy i Zamawiający nie wymagał podziału ceny ofertowej w formularzu ofertowym na jakiekolwiek stawki, przedziały, cenniki czy szczegółowe elementy wyceny;
12. SWZ warunki płatności przewiduje, że rozliczenie za wykonanie przedmiotu umowy dokonane zostanie w oparciu o treść przedłożonego w ofercie formularza ofertowego zawierającego ryczałtową kwotę wynagrodzenia (cenę ofertową); Faktury VAT winny być wystawione nie częściej niż kilka razy w ciągu realizacji umowy, tj. nie częściej niż 1 x na miesiąc kalendarzowy -wynagrodzenie będzie płatne w miesięcznych ratach, których wartość będzie ustalana stosownie do wynagrodzenia ofertowego, z zastrzeżeniem, że: łączna wartość wszystkich faktur wystawionych przez Wykonawcę z tytułu rat wynagrodzenia nie może przekroczyć 90 % wartości brutto umowy [17 m-cy obowiązywania umowy po 1/17 z 90% kwoty ofertowej netto plus VAT], ostatnie pozostałe 10 % wartości wynagrodzenia zostanie zapłacone Wykonawcy na podstawie faktury wystawionej w terminie 7 dni od dnia, w którym decyzja o pozwoleniu na użytkowanie stanie się ostateczna".
13. Zgodnie z SWZ Zamawiający nie będzie rozliczał wynagrodzenia wykonawcy w oparciu o stawki godzinowe, dniówki czy inne przedziały czasowe, nie wymagał podania w ofercie stawek jednostkowych za godziny czy dniówki pracy inspektora nadzoru inwestorskiego,
14. SWZ nie wymaga inspektora nadzoru inwestorskiego „na wyłączność", tj. zezwolił na wykonywanie przez inspektorów nadzoru wykonujących usługę dla Zamawiającego także innych usług,
15. SWZ nie wymagał stałej codziennej 8-godzinnej obecności inspektorów nadzoru na terenie prowadzenia prac ani zaplecza organizacyjnego typu biuro, gdyż wyraźnie zawarł wymóg odbywania się narad, zebrań, rad budowy na terenie inwestycji czy w siedzibie Zamawiającego (ta sama miejscowość - Brzeszcze),
16. SWZ dopuszcza koncentrację więcej niż jednej funkcji budowlanej (inspektora nadzoru różnych branż) oraz koordynatora w rękach jednej osoby, jednak nie mniej niż przed dwie („Warunek uznaje się za spełniony jeżeli Wykonawca przedstawi co najmniej dwie osoby posiadające kilka wymienionych uprawnień lub kilka osób posiadających jedno lub kilka z wymienionych uprawnień, osoby te łącznie powinny dysponować wszystkimi wymaganymi uprawnieniami wymienionymi powyżej. Nie dopuszcza się realizacji przedmiotu zamówienia jedynie przez jedną osobę posiadającą wszystkie wymagane uprawnienia i doświadczenie". „Zamawiający dopuszcza łączenie nie więcej niż 3 funkcji wymienionych powyżej, pod warunkiem wykazania się przez taką osobę niezbędnymi uprawnieniami i doświadczeniem łącznie dla każdej z tych funkcji". „Poza osobą Kierownika budowy w podanych wyżej specjalnościach, Wykonawca zapewni udział w realizacji niniejszego zamówienia niezbędnej ilości osób, posiadających wymagane kwalifikacje zawodowe, uprawnienia, jeżeli w trakcie realizacji niniejszego zamówienia, z uwagi na zakres przedmiotu zamówienia, wystąpi taka konieczność".
17. Zamawiający nie wskazał w wymaganiach konieczności pełnienia przez dodatkową osobę ww. funkcji koordynatora. W wymaganiach SWZ Zamawiający wskazał, że - rozdz. 4.1.2 swz: „4.1.2. W celu potwierdzenia spełniania niniejszego warunku Wykonawcy zobowiązani są wykazać się dysponowaniem osobami zdolnymi do wykonania zamówienia tj.: dysponują wykwalifikowanymi osobami, które będą uczestniczyć w wykonaniu niniejszego zamówienia, kierować robotami budowlanymi, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia, niezbędnych do wykonania zamówienia a także zakresu wykonywania przez nich czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami, dla następujących stanowisk według zał. nr 1.4 do swz: Wykonawca winien dysponować osobami legitymującymi się kwalifikacjami zawodowymi, doświadczeniem i wykształceniem niezbędnym do wykonania zamówienia: a) na stanowisku Koordynatora Inspektorów Nadzoru Inwestorskiego, osobą która będzie uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, posiadająca

uprawnienia budowlane bez ograniczeń do nadzorowania robót budowlanych w specjalności konstrukcyjno - budowlanej (...)"

18. SWZ nie wprowadza wymogu zatrudnienia inspektorów nadzoru/ koordynatora na podstawie umowy o pracę,
19. SWZ (pkt 1.2., str. 6-8) w Opisie przedmiotu zamówienia - w ramach obowiązków inspektorów wymienia 49 pozycji, których zakres odpowiada standardowemu, przewidzianemu ustawą prawo budowlane (t.j.: Dz.U. z 2023r., poz. 682 ze zm.) art. 25 i art. 10 (co potwierdziły również zgodne oświadczenia stron), Dając wiarę wyjaśnieniom Zamawiającego w świetle SWZ i doświadczenia życiowego Izba ustaliła również, że podstawowe obowiązki realizowane są przez inspektorów nadzoru inwestorskiego bezpośrednio w trakcie pobytów, pozostałe mają charakter pomocniczy i porządkujący względem realizowanych na terenie budowy,
20. SWZ (pkt. 1.3) w opisie przedmiotu zamówienia przewiduje obowiązek:

    - uczestniczenia wykonawcy w spotkaniach, naradach itp. organizowanych przez Zamawiającego, a dotyczących m. in. bieżącego postępu prac, zamykania etapów realizacji prac, innych okoliczności związanych z realizacja umowy według potrzeb Zamawiającego, nie częściej niż 1 x w tygodniu na powiadomienie z co najmniej 24 h wyprzedzeniem przed planowanym spotkaniem.
    - sporządzania zestawień i rozliczeń, które będą wymagane przez NFOSiGW w związku z rozliczeniem dotacji na realizację przedmiotu zamówienia.
    - minimum do 3 wizyt w ciągu jednego tygodnia na terenie objętym nadzorem przez cały okres realizacji robót budowalnych. W wyjątkowych przypadkach, gdy będzie to podyktowane tempem robót budowlanych, może być wymagana zwiększona ilość wizyt. " (str. 8-9 SWZ)

21. Dając wiarę wyjaśnieniom Zamawiającego zgodnym z treścią SWZ Izba ustaliła również, że usługa nadzoru inwestorskiego w ramach Postępowania realizowana jest w powiązaniu z inwestycją w zakresie budowlanym i intensyfikacja prac inspektorów zależy od aktualnego poziomu zrealizowania inwestycji, zaś przedłużenie realizacji inwestycji nie wpływa wprost proporcjonalnie na wzrost liczby wymaganych pobytów; w przypadku przedłużenia inwestycji do o 7 miesięcy intensywność i liczba pobytów, z dużym prawdopodobieństwem spadnie a wywołane przestojami przedłużenie realizacji inwestycji spowoduje w okresie przestojów brak uzasadnienia dla pobytów; w rozdz. 6 SWZZamawiający sprecyzował także sposób wynagrodzenia w przypadku wydłużenia okresu realizacji przedmiotu umowy przewidujący, że: „ Wykonawca będzie realizował przedmiot zamówienia podstawowego od dnia podpisania niniejszej umowy do dnia zakończenia realizacji robót budowlanych: Zamawiający przyjmuje, iż w ramach wynagrodzenia umownego możliwe będzie wydłużenie terminu realizacji nadzorów przy wydłużeniu terminu realizacji zamierzenia inwestycyjnego do 7 miesięcy. Cały przedmiot zamówienia w zakresie realizacji robót budowlanych i dostaw (roboty budowlane + dostawy + montaż + rozruch) musi zostać zrealizowany w terminie do 16 miesięcy od dnia podpisania umowy o wykonanie inwestycji, najprawdopodobniej do końca maja 2025 roku. Szczegółowy planowany termin realizacji zamówienia na roboty budowlane objęte nadzorem: luty 2024r. - maj 2025r. (realizacja przedmiotu umowy w trakcie trwania robót budowlanych - 16 miesięcy jak wyżej [02.2024r. do 05.2025r.] z zastrzeżeniem, że okres ten może ulegać przedłużeniu do 7 m-cy bez prawa Inspektora do renegocjacji warunków ustalonych w umowie (+ ewentualne możliwe przedłużenie robót budowlanych o 7 m-cy); + 1 miesiąc konieczny na weryfikację rozliczenia Inwestycji przez Wykonawcę robót, co daje maksymalnie do 24 miesięcy realizacji przedmiotu umowy. Inspektor przystąpi do realizacji przedmiotu zlecenia niezwłocznie po zawarciu umowy i będzie ją realizował do czasu przekazania do eksploatacji i rozliczenia Inwestycji. Szacunkowy termin obowiązywania Umowy: Rozpoczęcie realizacji usługi: data podpisania umowy na nadzór inwestorski. Zakończenie realizacji usługi: maksymalnie do końca czerwca 2025 roku (zakończenie robót budowlanych + 1 m-c na rozliczenie inwestycji). Zamawiający przewiduje możliwość wydłużenia robót budowlanych o maksymalnie 7 m-cy, stąd w wyliczeniu przyjęto okres realizacji przedmiotu umowy o roboty budowlane: 16 +1 + 7 m-cy = 24 m-ce. W razie wydłużenia okresu realizacji Zadania rozumianego jako realizacja robót budowlanych o okres nie dłuższy niż 7 miesięcy Wykonawca nie jest uprawniony do odmowy realizacji Przedmiotu umowy i żądania podwyższenia wynagrodzenia umownego. Wykonawca zobowiązany jest wykonywać swoje obowiązki w terminach określonych w OPZ i wzorze umowy, a obowiązki dla których nie ustalono terminu ich wykonania Wykonawca zobowiązuje się wykonywać w terminach uzgodnionych z Zamawiającym i nie powodujących opóźnień w realizacji prac wykonywanych podczas realizacji Zadania w stosunku do obowiązującego Harmonogramu realizacji robót budowlanych. Zamawiający dopuszcza możliwość przedłużenia lub zmiany terminu wykonania usługi objętej przedmiotem zamówienia w przypadku wystąpienia konieczności zmiany terminów realizacji rzeczowej inwestycji. Zamawiający przedłuży termin wykonania robót objętych przedmiotem zamówienia jedynie w przypadkach wskazanych w projekcie umowy ". Dalej, w rozdziale 15 SWZ - sposób obliczenia ceny ofertowej, Zamawiający dookreślił sposób wzajemnych rozliczeń Stron: „Warunki płatności: Rozliczenie za wykonanie przedmiotu umowy dokonane zostanie w oparciu o treść przedłożonego w ofercie formularza ofertowego zawierającego ryczałtową kwotę wynagrodzenia (cenę ofertową).

Kwota wynagrodzenia zostanie transponowana do treści umowy i jest wartością stałą. Faktury VAT winny być wystawione nie częściej niż kilka razy w ciągu realizacji umowy, tj. nie częściej niż 1 x na miesiąc kalendarzowy - wynagrodzenie będzie płatne w miesięcznych ratach, których wartość będzie ustalana stosownie do wynagrodzenia ofertowego, z zastrzeżeniem, że: łączna wartość wszystkich faktur wystawionych przez Wykonawcę z tytułu rat wynagrodzenia nie może przekroczyć 90 % wartości brutto umowy [17 m-cy obowiązywania umowy po 1/17 z 90% kwoty ofertowej netto plus VAT], ostatnie pozostałe 10 % wartości wynagrodzenia zostanie zapłacone Wykonawcy na podstawie faktury wystawionej w terminie 7 dni od dnia, w którym decyzja o pozwoleniu na użytkowanie stanie się ostateczna, W przypadku wydłużenia robót budowanych do 7 m-cy wynagrodzenie całkowite za wykonanie umowy pozostanie bez zmian, Zamawiający zwraca uwagę, iż w przypadku wydłużenia konieczności realizacji przedmiotu umowy do 7 m-cy wynagrodzenie Wykonawcy nie ulegnie zmianie tj. fv za „wydłużony" okres prac zostaną proporcjonalnie zmniejszone w taki sposób, by łączne wynagrodzenie Wykonawcy za usługę nadzoru inwestorskiego za nadzorowanie robót budowlanych odpowiadało wynagrodzeniu wskazanemu w umowie (kwota 90% wynagrodzenia Wykonawcy za bieżące miesięczne usługi nadzoru pozostała do zapłaty zostanie podzielona przez ilość miesięcy pozostałych do pełnienia nadzoru inwestorskiego; kwota pozostała w wys. 10% wynagrodzenia pozostanie niezmiennie rozliczone po zakończeniu realizacji umowy zgodnie z lit. b)). Faktura VAT za końcowy odbiór prac budowlanych (10% wg lit. b) zostanie wystawiona wyłącznie po zakończeniu całości robót budowlanych i po przeprowadzeniu prób technicznych i uzyskaniu w nich pozytywnego rezultatu oraz po podpisaniu protokołu końcowego odbioru prac". Zatem w SWZ Zamawiający podał, iż wydłużony czas realizacji będzie realizowany w ramach oferowanego wynagrodzenia, precyzując dodatkowo jego proporcjonalne pomniejszenie w miesiącach pozostałych do wykonania usługi i w miesiącach wydłużonej realizacji. Zasada ta zatem obowiązuje każdego Wykonawcę.

22. SWZ nie zawiera wytycznych dotyczących sposobu kalkulacji ceny ofertowej;
23. SWZ nie zawiera definicji, ani oczekiwanego wymiaru czasowego tzw. pobytu inspektora nadzoru;

Izba w oparciu o wyjaśnienia rażąco niskiej ceny wraz z załącznikami, znajdujące oparcie w stanowiskach Zamawiającego i Przystępującego a nadto zgodne z zasadami logiki i doświadczenia życiowego ustaliła, że:

24. Więcej niż jedna funkcja nadzoru oraz lub koordynatora zespołu inspektorów nadzoru mogą być i są w praktyce realizowane kilka łącznie przez jedną osobę;
25. Przystępujący wycenił i zamierza powierzyć więcej niż jedną funkcje w ramach nadzoru budowlanego jednej osobie, co wskazał jako argument za niższą wyceną ceny ofertowej (Przystępujący zamierza przypisać jednej osobie funkcje koordynatora zespołu i inspektora branży konstrukcyjno-budowlanej oraz sanitarnej) i osoba, której powierzone maja być te funkcje posiada uprawnienia budowlane wskazanych branż, co wynika z wykazu personelu załączonego do oferty, umów na realizacje innych inwestycji oraz listy realizowanych inwestycji i zaangażowania inspektorów wraz ze stawkami;,
26. Dojazdy na inwestycje realizowane będą przez inspektorów, co do zasady wspólnie, jednym pojazdem, i z biura Przystępującego znajdującego się w bliskiej odległości od terenu budowy lub pobliskiej innej inwestycji, w której realizację zaangażowany jest ten sam personel, co stanowi o argument za niższą cena, co wynika z wykazu personelu załączonego do oferty, umów na realizacje innych inwestycji oraz listy realizowanych inwestycji i zaangażowania inspektorów wraz ze stawkami;
27. Ilości i natężenie wizyt/spotkań na terenie budowy inspektorów nadzoru (tzw. Pobytów) uzależniona jest do aktualnego zaawansowania robót i tego jakie roboty są wykonywane (przy wznoszeniu hali nie ma potrzeby udziału inspektora nadzoru branży telekomunikacyjnej itd.) oraz zmniejsza się w przypadku przestojów, które mogą mieć wpływ na przedłużenie okresu realizacji zamówienia; przedłużenie realizacji robót budowlanych nie wpływa wprost proporcjonalnie na zwiększenie liczby pobytów, pobyty mogą trwać kilka – kilkadziesiąt minut w zależności od potrzeby i angażować jednego lub więcej inspektorów

Reasumując Izba ustaliła, opierając się na wyjaśnieniach stron, zgodnych z opisem przedmiotu zamówienia, że podstawowym elementem kosztotwórczym zamówienia jest wynagrodzenie personelu. Dając zaś wiarę spójnym wyjaśnieniom Zamawiającego i Przystępującego Izba ustaliła, że: Przystępujący zaangażowany był w szereg zamówień realizowanych na rzecz zamawiających, których przedmiot zamówienia odpowiadał lub był podobny do objętego Postępowaniem, w tym również aktualnie; Zamówienia na rzecz zamawiających były realizowane prawidłowo z zaangażowaniem stałego, wykwalifikowanego, doświadczonego i tożsamego do dedykowanego realizacji niniejszego Postępowania personelu; Ceny ofertowe na rynku lokalnym są niższe lub wyższe od ceny ofertowej Odwołującego i jednocześnie zbliżone do siebie - analogicznie odnosi się to do kosztów zatrudnienia inspektorów nadzoru (co potwierdziły również oferty odrzucone w niniejszym Postępowaniu oraz oferty składane w innych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego); określając cenę ofertową Przystępujący skalkulował wymagany i przewidziany SWZ

stopień zaangażowania wykonawcy (jego personelu) w realizację zadania; Przystępujący świadczy zamówienia na usługi nadzoru inwestorskiego i zatrudnia osoby z dużym doświadczeniem zawodowym; cena ofertowa przewidywała zysk i dodatkowo rezerwę, która przeznaczona może zostać na ewentualne pokrycie kosztów przedłużenie się robót; kalkulując zaangażowanie personelu brał pod uwagę niewielka odległość od biura i realizowanych na rzecz innego podmiotu analogicznych usług przez te same osoby oraz, wiarygodna w ocenie Izby, okoliczność możliwości wspólnych dojazdów na teren budowy.

Jednocześnie Odwołujący nie wykazał, że któryś z elementów ceny nie był adekwatny lub nierynkowy w stopniu zagrażającym realizacji zamówienia w sposób zgodny z warunkami zamówienia lub przepisami prawa.

Mając zaś na uwadze powyższe ustalenia Izba stwierdza, że rezerwa oraz zysk wskazują na racjonalne oszacowanie ryzyk i tym samym ceny ofertowej przez Przystępującego i potwierdzają prawidłowość decyzji Zamawiającego.

Izba, w oparciu o wezwania do wyjaśnień rażąco niskiej ceny oraz udzielonych odpowiedzi stwierdziła, że Przystępujący odniósł się do zakwestionowanych odwołaniem a objętych wezwaniem kwestii i skalkulował zakwestionowane elementy robót. W tym zakresie Izba dała również wiarę wyjaśnieniom Przystępującego i Zamawiającego a Odwołujący nie wskazał ani wykazał , że Przystępujący pomimo obowiązku nie odniósł się do jakiegoś elementu kosztotwórczego ceny żądanego do wyjaśnienia przez Zamawiającego.

Odwołujący zakwestionował kilka elementów wyceny Przystępującego, nie wykazując, że cena ofertowa ani jej część składowa będąca istotnym elementem ceny jest rażąco niska, w tym wobec zarzutu zaniechania odrzucenia oferty w oparciu o art. 226 ust 1 pkt 8 nie wykazał, że cena ofertowa nie jest ceną realną nie dająca Przystępującemu możliwości wykonania zamówienia zgodnie z SWZ ani, że wyjaśnienia są nieprawidłowe i nieodpowiadające wezwaniu Zamawiającego.

Jednocześnie Zamawiający ocenił wyjaśnienia jako dające podstawę do uznania ceny ofertowej za realną i dającą rękojmie wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z SWZ. Przystępujący i Zamawiający przedstawili wiarygodne w ocenie Izby dowody na to, że podobne zamówienia realizowane są za podobne stawki i jednocześnie, że istnieją okoliczności umożliwiające Przystępującemu w Postepowaniu zaoferowanie ceny ofertowej w określonej ofertą wysokości. Na warunki te wskazał i przedłożył dowody w ramach wyjaśnień i dodatkowo w toku postępowania odwoławczego. Izba dała także wiarę wyjaśnieniom rażąco niskiej ceny w świetle składanych wyjaśnień w toku postępowania odwoławczego.

Odwołanie opierało się na błędnym i nie mającym oparcia w treści wyjaśnień i sprzecznym ze stanowiskiem Przystępującego (znajdującym odzwierciedlenie w sposobie kalkulacji ceny) ani SWZ założeniu, że:

1. Kalkulacja ceny ofertowej Przystępującego oparta jest na nierynkowych stawkach za pobyt,
2. Pojęcie pobytu winno zostać przez Przystępującego w wyjaśnieniach określone np. poprzez wymiar godzinowy, podczas gdy wymogu takiego nie przewidział zamawiający w SWZ
3. Powyższe stanowiło podstawę przedstawienia przez Odwołującego własnej kalkulacji ceny ofertowej Przystępującego, która zdaniem Odwołującego uwzględniać winna zatrudnienie personelu w oparciu o umowy o prace oraz 8 godzinny wymiar czasu pracy na jeden pobyt z wyliczeniem na cały przedłużony okres obowiązywania umowy z taką sama intensyfikacją pobytów przez cały okres

Odwołujący nie wykazał też sprzeczności kalkulacji i zastosowanych stawek Przystępującego z przepisami prawa pracy.

Izba stwierdza, że:

Zgodnie z art. 224 ust. 1. 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. Celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest udzielenie zamówienia wykonawcy, który wykona zamówienie zgodnie z warunkami zamówienia, określonymi przez zamawiającego. Ustawodawca nie zdefiniował terminu „rażąco niskiej ceny". Rzeczony termin odnosi się do ceny oderwanej od realiów rynkowych. Rażąco niska cena to taka, która jest nierealistyczna, niewiarygodna w kontekście aktualnej sytuacji rynkowej i nie pozwalająca - przy zachowaniu reguł rynkowych - na wykonanie umowy przez wykonawcę, czyniąc je nieopłacalnym.

Zgodnie z art. 224 ust. 2 Pzp 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.

Wobec celu jakim jest rozstrzygnięcie czy dana oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 224 ust. 6 Pzp (zgodnie z którym oferta podlega odrzuceniu jeśli wykonawca nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu) zamawiający każdorazowo w odniesieniu do konkretnego przypadku, w oparciu o posiadane materiały, w szczególności wyjaśnienia wykonawcy i załączone przez niego dowody, ocenia charakter ceny w kontekście przedmiotu zamówienia.

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

Podstawą odrzucenia oferty jest zaoferowanie ceny „rażąco niskiej". Art. 224 ust. 3 Pzp zawiera czynniki, które mogą mieć wpływ na wysokość zaoferowanej przez wykonawcę ceny, należy jednak pamiętać, że jest to katalog otwarty, przy czym dowód powinien być adekwatny do konkretnej sytuacji i stanowić potwierdzenie tego, co wykonawca dowodzi w swoich wyjaśnieniach.

Powyższe przepisy mają zapobiegać wybieraniu ofert, które nie dają pewności, że zamówienie zostanie wykonane i to bez uszczerbku dla jego jakości. Zabezpieczając Zamawiającego przed nieuczciwymi praktykami wykonawców, którzy zaniżając cenę lub koszt w celu uzyskania zamówienia, na etapie realizacji mogą sobie to rekompensować niższą jakością lub domaganiem się dodatkowego wynagrodzenia. W skrajnych wypadkach zagrożone może być wykonanie całego zamówienia. Jednocześnie przepis chroni rzetelnych wykonawców, gdyż ułatwia eliminowanie z zamówień publicznych tych, którzy łamią zasady uczciwej konkurencji w zakresie ceny lub kosztu.

Jednocześnie zgodnie z art. 224 ust.5 Pzp na wykonawcy wezwanym do złożenia wyjaśnień spoczywa ciężar dowodowy wykazania charakteru ceny lub jej elementu jako niebędącej rażąco niskiej w stosunku do zamawiającego. Natomiast norma art. 537 pkt 1 Pzp w związku z art. 506 i n. Ustawy kładzie obowiązek wykazania, że działanie zamawiającego dokonującego oceny wyjaśnień i ofert były niezgodne z prawem na odwołującego. W postępowaniu odwoławczym konieczne jest więc wykazanie, że zamawiający błędnie ocenił wyjaśnienia złożone w wyniku procedury z art. 224 ust. 1 Pzp.

Izba stwierdza, że zarzut sprowadzał się twierdzenia o nieobaleniu domniemanie rażąco niskiej ceny oferty przez Przystępującego oraz sprzeczności stawek personelu z przepisami prawa pracy (nie wykazania, że „cena jego oferty nie jest rażąco niska, a jedynie przedstawił ogólną „kalkulację cenową" - nieobejmującą zresztą całości przedmiotu zamówienia wynikającego z SWZ (wg treści SWZ pkt 1.2. Zakres rzeczowy zadania - specyfikuje szczegółowy zakres obowiązków Inspektora Nadzoru Inwestorskiego, tj. 49 obowiązków - a nie tylko „pobyty" na budowie ujęte enigmatycznie w kalkulacji)." Nie wykazania „zasadniczej część ceny ofertowej usługi, tj. kosztów pracy, których wartość została przyjęta do ustalenia ceny - Wykonawca określił jedynie ryczałtowo stawki za „pobyt" inspektorów nadzoru (wg kalkulacji: 300 zł dla Koordynatora lub 240 zł dla innych Inspektorów Nadzoru - za jeden „pobyt") - bez szczegółowego wyjaśnienia (i udowodnienia), że koszty te są realne i zgodne z przepisami prawa - w szczególności że: - wartość kosztów pracy, przyjęta do ustalenia ceny nie jest niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy o minimalnym wynagrodzeniu za pracę 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. Odwołujący podkreśla, że Wybrany Wykonawca do ww. pisma (kalkulacja ceny) - nie załączył żadnych dowodów w zakresie wyliczenia kosztów pracy, których wartość została przyjęta w cenie, choć Zamawiający w wezwaniu żądał przedstawienia dowodów, a koszty pracy stanowią przeważającą część ceny oferty Wykonawcy. Przedstawione wyjaśnienia, w tym „kalkulacja ceny", są ogólnikowe, nie uzasadniają zaoferowania tak niskiej ceny ofertowej za przedmiotową usługę, Wykonawca nie wskazał na oszczędności, które pozwoliły wycenić tak tanio usługę (ponad 50% taniej od szacowanej wartości zamówienia i ponad 30 % taniej od średniej arytmetycznej cen pozostałych ofert), nie wykazał, że cena oferty pokrywa koszty realizacji przedmiotu zamówienia, zatem nie obala istniejącego domniemania rażąco niskiej ceny oferty.

Izba stwierdza, że w niniejszej sprawie brak było podstaw do przyjęcia, że doszło do błędnej oceny ceny ofertowej lub jej istotnego elementu i udzielonych na wezwanie do wyjaśnień rażąco niskiej ceny odpowiedzi również w kontekście zakresu wezwania a odwołanie nie sprostało wymogom ciężaru dowodowego. Odwołanie w zasadzie sprowadziło się do kwestionowania okoliczności podniesionych w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny i wskazywało na możliwość innej od dokonanej przez Przystępującego kalkulacji ceny. Odwołujący nie wykazał, że nie jest możliwa realizacja zamówienia za cenę ofertową, wyjaśnienia nie obejmują całości przedmiotu zamówienia i że nie mogły stanowić podstawy dla

Zamawiającego do oceny ich jako prawidłowe, zgodne z Ustawą i uzasadniające przyjęcie, że cena ani jej istotny element nie jest ceną rażąco niską. Wskazać należy, że z art. 537 Ustawy wynika, że w postępowaniu odwoławczym ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy, który złożył ofertę lub na zamawiającym, jeżeli wykonawca, który złożył ofertę, nie jest uczestnikiem postępowania odwoławczego. Ustalony w ten sposób ciężar dowodu nie zwalnia jednak Odwołującego, który podnosi okoliczności rażąco niskiej ceny, od obowiązku wykazania i udowodnienia okoliczności, które czyni podstawą zarzutu rażąco niskiej ceny. Przepis art. 537 pkt 1 Pzp nie może być rozumiany w ten sposób, że Odwołujący może poprzestać na samych twierdzeniach i przerzucić na uczestnika postępowania ciężar dowodowy. W niniejszym postępowaniu Odwołujący nie wykazał okoliczności przemawiających za zasadnością sformułowanego przez niego zarzutu.

W świetle art. 555 ust. 1 w zw. z art. 516 ust. 1 pkt. 8-10 Ustawy „Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu", zaś „Odwołanie zawiera: (…) 8) zwięzłe przedstawienie zarzutów; 9) żądanie co do sposobu rozstrzygnięcia odwołania; 10) wskazanie okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania oraz dowodów na poparcie przytoczonych okoliczności". W niniejszej sprawie, odwołanie nie zawierało uzasadnienia faktycznego, które pozwoliłoby na zrekonstruowanie sprzecznego z Ustawą zachowania Zamawiającego czy zdarzenia, wypełniającego przepisy prawa, których naruszenie zarzucił Odwołujący. Zgodnie z art. 554 ust. 1 Ustawy „Izba uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi: 1) naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców", co nie zostało wykazane odwołaniem. Jednocześnie poczynione w sprawie ustalenia przeczą założeniom opisanym w odwołaniu.

Mając na uwadze powyższe, Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie art. 552 ust. 1, art. 553, art. 554 ust. 1 pkt. 1) Ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 575 i art. 574 Ustawy oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 pkt 2 w zw. z § 5 Rozporządzenia 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 zaliczyła do kosztów postępowania wpis wniesiony przez Odwołującego oraz koszty postępowania poniesione tytułem wynagrodzenia pełnomocników i obciążyła nimi Odwołującego.

Mając na uwadze powyższe Izba orzekła jak w sentencji.

Przewodnicząca :……