

Sygn. akt: KIO 3556/23

WYROK

z dnia 18 grudnia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Elżbieta Dobrenko

Członkowie: Anna Chudzik

Przemysław Dzierżędzki

Protokolant: Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 grudnia 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 listopada 2023 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **TPF Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, MGGP S.A. z siedzibą w Tarnowie oraz ZBM S.A. z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad – Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Rzeszowie** przy udziale wykonawców:

1. wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **INKO Consulting Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie** oraz **MP Consulting Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie**;
2. **Safege S.A.S. z siedzibą w Nanterre CEDEX (Francja)**;
3. **ECM Group S.A. z siedzibą w Warszawie**

– zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego oraz wykonawcy **Multiconsult Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża **TPF Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, MGGP S.A. z siedzibą w Tarnowie** oraz **ZBM S.A. z siedzibą w Warszawie** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez **TPF Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, MGGP S.A. z siedzibą w Tarnowie** oraz **ZBM S.A. z siedzibą w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od **TPF Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, MGGP S.A. z siedzibą w Tarnowie** oraz **ZBM S.A. z siedzibą w Warszawie** na rzecz **Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad – Generalnej Dyrektcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Rzeszowie** kwotę 3.600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019r. - Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605) na niniejszy wyrok - w terminie

14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Członkowie:.....

.....

Sygn. akt KIO 3556/23

Uzasadnienie

Zamawiający Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad – Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Rzeszowie, dalej: „Zamawiający” prowadzi na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych, dalej: „ustawa Pzp”, postępowanie

o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Pełnienie nadzoru nad projektowaniem

i realizacją Robót oraz zarządzanie Kontraktem pn.: Zaprojektowanie i budowa drogi ekspresowej S19 na odcinku Lutcza - w. Domaradz (z węzłem) dł. ok. 6,43 km” np. post.: O.Rz.D-3.2410.3.2410.3.2022, dalej: „Postępowanie”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej

w dniu 15 kwietnia 2022 r. pod numerem 2022/S 075-201980.

W dniu 27 listopada 2023 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: **TPF Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, MGGP S.A. z siedzibą w Tarnowie** oraz **ZBM S.A. z siedzibą w Warszawie** wnieśli odwołanie od czynności i zaniechań Zamawiającego, zarzucając mu naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

- 1)art. 226 ust. 1 pkt 3) ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia ofert: Konsorcjum INKO oraz Konsorcjum PROMOST z Postępowania pomimo tego, że są one niezgodne z przepisami ustawy Pzp;
- 2)art. 226 ust. 1 pkt 8) ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia ofert Konsorcjum INKO oraz Konsorcjum PROMOST z Postępowania pomimo tego, że zawierają one ceny rażąco niskie;
- 3)ewentualnie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 224 ust. 3 pkt 4) ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania: Konsorcjum INKO oraz Konsorcjum PROMOST do złożenia wyjaśnień w zakresie sposobu kalkulacji ceny oferty mających na celu potwierdzenie zgodności tej kalkulacji 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;
- 4)art. 224 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 223 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum PROMOST, Multiconsult, ECM oraz SAFEGE do złożenia wyjaśnień w zakresie sposobu kalkulacji kosztów istotnej części składowej ceny zawartej w pozycji 1.4 oraz 2.2.8; 2.2.13; 2.2.21; 2.2.22; 2.2.36; 2.2.41; 2.2.44; 2.2.45; 2.2.48 Formularza Cenowego, pomimo tego, że skalkulowane przez tych wykonawców koszty Środka transportu Zamawiającego są rażąco niskie.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i w konsekwencji nakazanie Zamawiającemu:

- 1)unieważnienie wyboru oferty Konsorcjum INKO jako oferty najkorzystniejszej;
- 2)przeprowadzenie ponownego badania i oceny ofert;
- 3)odrzućenie oferty Konsorcjum INKO oraz Konsorcjum PROMOST na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 3) oraz pkt 8) ustawy Pzp;
- 4)ewentualnie wezwanie Konsorcjum INKO oraz Konsorcjum PROMOST na podstawie art. 224 ust. 1 oraz ust. 3 pkt 4) ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień w zakresie sposobu kalkulacji ceny oferty mających na celu potwierdzenie zgodności tej kalkulacji 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)wezwanie Konsorcjum PROMOST, Multiconsult, ECM oraz SAFEGE na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 223 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień w zakresie sposobu kalkulacji kosztów istotnej części składowej ceny zawartej w pozycji 1.4 oraz 2.2.8; 2.2.13; 2.2.21; 2.2.22; 2.2.36; 2.2.41; 2.2.44; 2.2.45; 2.2.48 Formularza Cenowego, w tym w szczególności w zakresie kosztów transportu.

Odwołujący w uzasadnieniu odwołania wskazał:

W Rozdziale 17 SWZ Zamawiający określił zasady obliczania ceny oferty. W pkt 17.2 wskazano: "Formularz cenowy, o którym mowa w pkt. 17.1., należy wypełnić ściśle według kolejności pozycji wyszczególnionych w tym formularzu, wyliczając poszczególne ceny jednostkowe netto. Wykonawca powinien określić ceny jednostkowe netto oraz wartości netto dla wszystkich pozycji wymienionych w tym formularzu, a następnie wyliczyć cenę netto łącznie. Wykonawca obliczając cenę oferty musi uwzględniać wszystkie pozycje opisane w Formularzu cenowym. Wykonawca nie może samodzielnie wprowadzić żadnych zmian do Formularza cenowego."

W pkt 17.3 SWZ wskazano: "Każda cena jednostkowa zawarta w Ofercie powinna obejmować całkowity koszt wykonania danej pozycji w przyjętej jednostce czasu/ilości rozliczenia

w Formularzu cenowym." Natomiast w pkt. 17.5 określono: "Dla każdej pozycji wyszczególnionej w Formularzu cenowym, jeśli składają się na nią elementy o zróżnicowanych kosztach, jednolita stawka jednostkowa powinna zostać skalkulowana na zasadzie uśrednienia kosztów składowych."

Dowód: SWZ - w aktach Postępowania

W Postępowaniu oferty złożyło 9 (dziewięciu) wykonawców, w tym Odwołujący.

Dowód: zbiorcze zestawienie ofert - w aktach Postępowania

Zamawiający w dniu 16 listopada 2023 r. poinformował o wyborze oferty Konsorcjum INKO jako oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący nie zgodził się z tą decyzją wskazując, że została ona podjęta z naruszeniem przepisów ustawy Pzp.

Zgodnie z treścią SWZ wykonawcy dokonując kalkulacji kosztów wykonania zamówienia byli zobowiązani do uwzględnienia wszystkich okoliczności mających wpływ na obliczenie ceny. Dodatkowo cena oferty wykonawcy powinna uwzględniać obowiązki wykonawcy wynikające

z obowiązujących przepisów prawa.

Przedmiotem niniejszego zamówienia jest świadczenie usługi nadzoru inżynierskiego. Podstawą wyceny kosztów

realizacji zamówienia w tego rodzaju projektach są przede wszystkim koszty zatrudnienia inżynierów/specjalistów, posiadających określone kompetencje w poszczególnych branżach. Specjaliści ci mogą zostać zaangażowani do świadczenia usługi na podstawie: umów o pracę lub umów cywilno - prawnych (umowa o świadczenie usług, umowa zlecenia etc.). Przy czym w branży inżynierskiej dominuje praktyka nawiązywania współpracy z personelem na podstawie drugiej z wyżej wskazanych form zaangażowania pracownika.

Wykonawca angażując poszczególnych członków swojego personelu jest zobowiązany skalkulować koszty ich zatrudnienia w oparciu o przepisy ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę. Przepisy te - wbrew dominującemu w branży pogładowi - mają zastosowanie do wszystkich kategorii umów, a nie tylko umów o pracę.

Powyższe wynika wprost z definicji "minimalnej stawki godzinowej" oraz "przyjmującego zlecenie", zawartej w art. 1 pkt 1 a) i 1 b) tej ustawy:

1a) "minimalna stawka godzinowa" - minimalna wysokość wynagrodzenia za każdą godzinę wykonania zlecenia lub świadczenia usług, przysługująca przyjmującemu zlecenie lub świadczącemu usługi:

1b) "przyjmujący zlecenie lub świadczący usługi":

a) osoba fizyczna wykonująca działalność gospodarczą zarejestrowaną w Rzeczypospolitej Polskiej albo w państwie niebędącym państwem członkowskim Unii Europejskiej lub państwem Europejskiego Obszaru Gospodarczego, niezatrudniająca pracowników lub niezawierająca umów ze zleceniobiorcami albo

b) osoba fizyczna niewykonywająca działalności gospodarczej - która przyjmuje zlecenie lub świadczy usługi na podstawie umów, o których mowa w art. 734 i art. 750 ustawy z dnia

23 kwietnia 1964 r.- Kodeks cywilny (Dz. U. z 2020 r. poz. 1740), zwanej dalej "Kodeksem cywilnym", na rzecz przedsiębiorcy lub na rzecz innej jednostki organizacyjnej, w ramach prowadzonej przez te podmioty działalności.

Postępowanie zostało wszczęte w czerwcu 2022 r., a więc z oparciu o stan prawny i faktyczny istniejący w tej dacie, należy ustalić minimalny koszt wynagrodzenia członka personelu inżyniera.

W 2022 r. minimalna stawka godzinowa przysługująca przyjmującemu zlecenie/świadczącemu usługi wynosiła 19,70 zł. Jest to stawka godzinowa, którą inżynier jest zobowiązany zapłacić "na rękę" swojemu pracownikowi. Zatem koszt samego wynagrodzenia członka personelu inżyniera wynosić będzie przy stawce za 1 h – 19,70 zł, stawka za 8 h = "dniówka" (zgodnie ze wzorem umowy "dniówka" to 8 h) – 157,60 zł.

Odwołujący wskazał, że zleceniobiorca nie może zrzec się minimalnej stawki godzinowej. Umowa

o współpracy/umowa zlecenia nie może tej kwoty pomniejszać, dzielić czy przekazywać jej osobom trzecim. Jeśli przy wykonywaniu zaangażowany jest podwykonawca, to zgodnie

z przepisami tejże ustawy jemu także należy się minimalna stawka godzinowa.

W przypadku poszczególnych umów i zleceniobiorców, stawka minimalna może nieco się różnić, w zależności od opłacanych składek i zwolnienia z opodatkowania. Każda umowa zlecenia albo

umowa o świadczenie usług jest odrębnym tytułem do ubezpieczeń emerytalnego i rentowych. Dlatego z każdego tytułu (umowy) zleceniobiorca powinien być zgłoszony do ubezpieczeń społecznych, a także ubezpieczenia zdrowotnego bądź wyłącznie do ubezpieczenia zdrowotnego. Również w przypadku, gdy te umowy są zawarte z tym samym płatnikiem (przedmiot umów jest różny), płatnik z każdej z tych umów powinien zgłosić zleceniobiorcę do ubezpieczeń społecznych lub ubezpieczenia zdrowotnego.

W konsekwencji całkowity koszt zleceniodawcy/usługodawcy wynosi 189,88 zł, przy uwzględnieniu stawki za 1 h – 19,70 zł, stawki za 8 h = "dniówki" (zgodnie ze wzorem umowy "dniówka" to 8 h) – 157,60 zł oraz składek: na ubezpieczenie emerytalne (9,76%) – 15,38 zł,

na ubezpieczenie rentowe (6,5%) – 10,24 zł, na ubezpieczenie wypadkowe (1,67)* – 2,63 zł,

na ubezpieczenie zdrowotne – 0 zł, Fundusz Pracy (2,45%) – 3,86 zł, FGŚP (0,10%) – 0,16 zł.

Odwołujący wskazał, że analiza złożonych w Postępowaniu ofert wykazuje, że Konsorcjum INKO zaoferowało w Formularzu Cenowym stawki dniówek w wysokości 170 zł dla poszczególnych specjalistów, które są niższe od minimalnego kosztu zleceniodawcy/usługodawcy.

Dowód: formularz cenowy Konsorcjum INKO - w aktach Postępowania

Podobna sytuacja ma miejsce w formularzu cenowym Konsorcjum PROMOST ze stawką 180 zł.

Dowód: formularz cenowy Konsorcjum PROMOST - w aktach Postępowania

Postępowanie zostało wszczęte ponad 1.5 roku temu. Zarówno Konsorcjum INKO, jak

i Konsorcjum PROMOST, realizując zamówienie będzie zobowiązane do zastosowania przy współpracy minimalnej stawki godzinowej obowiązującej w 2024 r., która wynosić będzie od

1 stycznia do 30 czerwca 2024 r. – 27,70 zł brutto, od 1 lipca 2024 r. - 28,10 zł brutto.

Powyższe będzie powodować, że szacowany koszt 1 dnia pracy specjalisty będzie wynosić minimum 280 zł.

Zamawiający przewidział w § 38 ust. 5 umowy mechanizmy waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy z tytułu zmiany

przepisów rozporządzenia o minimalnym wynagrodzeniu o pracę/minimalnej stawce godzinowej, ale umowa dopuszcza zmianę wynagrodzenia wyłącznie, jeśli do zmiany przepisów doszło w trakcie realizacji umowy, a nie w trakcie prowadzonego postępowania przetargowego.

Jeśli zatem umowa z konsultantem zostanie podpisana po 1 stycznia 2024 r. (a co zapewne będzie mieć miejsce na skutek zainicjowanego przez Odwołującego postępowania odwoławczego oraz okresu świąteczno-noworocznego), to Konsorcjum INKO do lipca 2024 r. będzie zobowiązane pokrywać "z własnej kieszeni" koszty związane ze zmianą przepisów w tym zakresie. Dodatkowo, umowa nakłada na wykonawcę obowiązek wykazania, że zmiana przepisów miała faktyczny wpływ na wysokość ponoszonych przez wykonawcę kosztów. Zatem nie jest przesądzone, że waloryzacja wynagrodzenia będzie w ogóle miała miejsce. Wszystko uzależnione będzie o tego, w jaki sposób Zamawiający dokona oceny wniosku wykonawcy

o zmianę wynagrodzenia oraz przedstawionych przez wykonawcę dowodów (wykonawca będzie zobowiązany przedstawić umowę z danym pracownikiem, w którym jako podstawę zatrudnienia określono wartości wynikające z ustawy o minimalnym wynagrodzeniu, która została zawarta przed dniem wejścia w życie wyżej wskazanych przepisów, ale po zawarciu umowy

z inwestorem).

Odwołujący wskazał, że dokonanie takiej waloryzacji w momencie zawarcia umowy

z inżynierem wydaje się niedopuszczalne. W okresie prowadzonego postępowania doszło do

3-krotnego podniesienia wartości minimalnej stawki godzinowej. Od momentu wszczęcia Postępowania do dziś stawka ta wzrosła o 30%. Zatem, wykonawcy którzy założyli, że personel będzie pracował w oparciu o najniższe wynagrodzenie dopuszczalne przepisami prawa znajduje się w uprzywilejowanej sytuacji względem wykonawców, którzy założyli „rezerwy” na wypadek przedłużającego się postępowania. Wykonawcy, którzy do kalkulacji przyjęli najniższe dopuszczalne prawem stawki godzinowe będą mogli bowiem zgodnie z § 38 ust. 5 umowy domagać się zmiany wynagrodzenia, a pozostali wykonawcy - nie.

Odwołujący wskazał również, że urzeczywistnienie minimalnej stawki godzinowej nie będzie również realne na podstawie umownych mechanizmów waloryzacyjnych, albowiem Zamawiający jednoznacznie wskazał, że zgodnie z § 6 ust. 9 i 10 PPU: „Łączna wartość korekt wynikających

z waloryzacji nie przekroczy (+/-) 10% wynagrodzenia netto, o którym mowa w § 4 ust 1 Umowy.” Na etapie postępowania wykonawcy zwracali się o zmianę tego postanowienia wskazując, że określenie maksymalnej wartości waloryzacji na poziomie 10 % wynagrodzenia netto w realizacji niniejszego zamówienia sprawia, że ewentualna waloryzacja miałaby w znacznej mierze charakter pozorny. Zamawiający stanął jednak na pryncypialnym stanowisku o braku konieczności zmiany tych postanowień i nie wyraził zgody na ich zmianę (vide pytanie

nr 38). W sytuacji w której od momentu wszczęcia Postępowania do dziś wartości minimalnej stawki godzinowej wzrosła o 30%, to ewentualna waloryzacja umowna w żaden sposób nie zrekompensuje tych zmian.

Dowód: pismo Zamawiającego z dnia 13 maja 2022 r. (znak: O.RZ.D-3.2410.3.2022) - w aktach Postępowania

Finalnie, jeśli Zamawiający będzie zmuszony do waloryzacji wynagrodzenia Konsorcjum INKO, to może okazać się, że dla Zamawiającego korzystniejszą ekonomicznie ofertą będzie oferta wykonawcy, który przyjął wyższe stawki godzinowe (zakładające niezbędne rezerwy i ryzyka)

i którego wynagrodzenie nie będzie podlegać waloryzacji.

Z powyższego w sposób jednoznaczny wynika, że Konsorcjum INKO i Konsorcjum PROMOST nie doszacowali kosztów wykonania zamówienia, a tym samym zaoferowali ceny, które noszą znamiona cen rażąco niskich. Powyższe z kolei implikuje po stronie Zamawiającego obowiązek odrzucenia ofert tych wykonawców na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8) ustawy Pzp.

Powyższe stanowisko Odwołującego potwierdziła Izba w wydawanych na gruncie analogicznych stanów faktycznych orzeczeniach. Przykładowo w wyroku z dnia 25 maja 2022 r., KIO 1241/22 Izba orzekła, że:

„Zgodnie z SWZ Wykonawca, jego Podwykonawcy i dalsi Podwykonawcy realizujący Usługi mają obowiązek zatrudnienia osób wykonujących czynności wskazane w Opisie Przedmiotu Zamówienia na podstawie umowy o pracę, jeżeli czynności te polegają na wykonywaniu pracy

w sposób określony w art. 22 § 1 Kodeksu pracy. Podkreślenia wymaga, że minimalne wynagrodzenie za pracę w 2022 r. wynosi 3010,00 zł brutto, natomiast minimalna stawka

godzinowa w 2022 r. wynosi 19,70 zł brutto - zgodnie z rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 14 września 2021 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2022 r. (Dz. U. z 2021 r., poz. 1690). Tym samym wartość kosztów pracy przyjęta do ustalenia ceny oferty nie powinna być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę, co ma miejsce w przypadku oferty (...) oferta zawiera rażąco niską cenę, jeżeli Wykonawca nie wykazał pełnego pokrycia podstawowego kosztu, jakim jest wynagrodzenie za pracę na minimalnym poziomie. Jeżeli z wyjaśnień wynika, że Wykonawca nie zapewni zatrudnionym nawet płacy w minimalnej wysokości,

Zamawiający powinien uznać, że ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.”

W wyroku KIO z dnia 31 sierpnia 2022 r., sygn. akt: KIO 2111/22 Izba zajęła stanowisko

w brzmieniu: „Izba uznała, że Odwołujący słusznie podniósł, iż wyjaśnienia złożone przez Przystępującego w zakresie ceny rażąco niskiej nie uzasadniają ceny podanej w ofercie ze względu na nieprzedstawienie sposobu kalkulacji ceny jednostkowej za 1 miesiąc zarządzania kontraktem wraz z patrolowaniem dróg i podejmowaniem działań interwencyjnych -

z uwzględnieniem konieczności zatrudnienia osób skierowanych do ww. działań na podstawie stosunku pracy zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa pracy oraz zabezpieczenia społecznego, jak również ustawy o minimalnym wynagrodzeniu. Odwołujący trafnie także wskazał, że Przystępujący w treści złożonych wyjaśnień nie przedstawił informacji dotyczących przyjętych do kalkulacji ww. elementów kosztotwórczych liczby roboczogodzin brygad patrolowych i interwencyjnych wraz z uwzględnieniem niezbędnej liczby etatów koniecznych do wykonania zamówienia w zakresie Grupy Prac nr 11. Przystępujący w ocenie Izby nie wykazał, że jego cena nie jest rażąco niska, pomimo ziszczenia się ustawowych przesłanek podejrzenia rażąco niskiej ceny.”

Odwołujący wskazał, że jeśli Izba uzna, że sformułowany powyżej zarzut ma charakter przedwczesny, to wnosi on o zobowiązanie Zamawiającego do wezwania Konsorcjum INKO oraz Konsorcjum PROMOST do złożenia w trybie art 224 ust. 1 i ust. 3 pkt 4) ustawy Pzp wyjaśnień w zakresie sposobu kalkulacji ceny oferty.

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

W ust. 3 pkt 4) powyższej regulacji wskazano, że: „Wyjaśnienia, o których mowa w ust. 1, mogą dotyczyć w szczególności 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.”

Powyższa sytuacja pozwala na sformułowanie stanowiska, że Konsorcjum INKO oraz Konsorcjum PROMOST nie uwzględniło w swoich ofertach obowiązków, jakie są nałożone na wykonawców ustawą o minimalnym wynagrodzeniu o pracę oraz ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych. Taka sytuacja daje podstawę do odrzucenia ofert tych wykonawców na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 3) ustawy Pzp, tj. jako niezgodnych z ustawą.

W ocenie Odwołującego powyższa sytuacja powinna również prowadzić do uznania, że oferty Konsorcjum INKO oraz Konsorcjum PROMOST podlegają odrzuceniu na podstawie art 226 ust. 1 pkt 3) ustawy Pzp jako niezgodne z tą ustawą. Wskazać bowiem należy, że skoro art. 224 ust. 3 pkt 4) ustawy Pzp zawiera jasną i bezpośrednią dyrektywę, aby w cenie uwzględnić wynagrodzenie minimalne za pracę, to oferta wykonawcy, który nie zastosuje się do tych wytycznych powinna zostać odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 3) ustawy Pzp (oferta niezgodna z ustawą).

Stanowisko Odwołującego potwierdza orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, która orzeka, że powyższą sytuację, tj. przyjęcie za podstawę obliczenia ceny oferty wynagrodzenia w kwocie niższej niż przewidziana w ustawie, należy postrzegać nie tylko jako podstawę odrzucenia związaną z rażąco niską ceną, ale również jako okoliczność uzasadniającą odrzucenie oferty na podstawie wyżej wskazanego przepisu. Jako reprezentowany należy wskazać wyrok Izby z dnia 24 sierpnia 2020 r., KIO 1742/20: „Powyższy argument jest nietrafny, bowiem niezależnie od wartości zakwestionowanych elementów oferty, powinny one przewidywać wynagrodzenie zgodne z wynagrodzeniem wynikającym z treści rozporządzenia w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2020 roku. (...) W świetle powyższego Izba uznała za zasadny zarzut naruszenia przez Zamawiającego art.

89 ust 1 pkt 1 w związku z art. 90 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku

z rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 10 września 2019 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2020 r., poprzez zaniechanie odrzucenia oferty, której cena jest niezgodna z ustawą, gdyż zawiera wynagrodzenie niższe od minimalnego wynagrodzenia za pracę.”

Odwołujący wskazał na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 sierpnia 2020 r. sygn. akt: KIO 1742/20, zgodnie z którym:

„Zdaniem Przystępującego zarzut ten jest niezasadny, gdyż artykuł 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych odnosi się do możliwości odrzucenia oferty, która jest niezgodna z ustawą, tj. ustawą Prawo zamówień publicznych, nie

zaś inną ustawą. Jednakże Odwołujący w treści zarzutu wskazał związek tego artykułu z artykułem 90 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Z artykułu 90 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych wynika wymaganie, aby koszty pracy przyjęte przez wykonawców do ustalenia ceny nie były niższe 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. W związku z powyższym, ustalenie wysokości wynagrodzenia niezgodnie z tą ustawą i wydanym na jej podstawie rozporządzeniem

wskazującym minimalną wysokość wynagrodzenia należy uznać za niezgodne także

z ustawą Prawo zamówień publicznych. Przystępujący zwracał także uwagę na marginalne znaczenie elementów oferty zakwestionowanych przez Odwołującego, wskazując, że wartość tych elementów jest niewielka w stosunku do wartości całej oferty. Powyższy argument jest nietrafny, bowiem niezależnie od wartości zakwestionowanych elementów oferty, powinny one przewidywać wynagrodzenie zgodne z wynagrodzeniem wynikającym z treści rozporządzenia w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2020 r."

Mając na względzie powyższe nie powinno budzić wątpliwości, że odwołanie zasługuje w tym zakresie na uwzględnienie.

Ad zarzut dotyczący naruszenia art. 224 ust. 1 ustawy PZP (zarzut nr 4)

W pkt 2.4 Opisu Przedmiotu Zamówienia (dalej jako: "OPZ") Zamawiający określił wymagania dotyczące zapewnienia przez wykonawcę środków transportu i łączności.

Wykonawcy biorący udział w Postępowaniu: Konsorcjum Promost, Multiconsult, ECM, Safège dokonali w formularzach cenowych kalkulacji kosztów na poziomie 5.000 zł netto.

W ocenie Odwołującego powyższa kwota nie pozwala na pokrycie kosztów wykonania zamówienia w tym zakresie.

Wymagania, jakie postawił Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu, odbiegają w sposób znaczący od wytycznych, jakie stosował Zamawiający

w innych postępowaniach. Dotychczasową normą było zapewnienie auta o pojemności do 2 000 cm³, a nie jak w przedmiotowym postępowaniu od 2 000 cm³ oraz o mocy 180 km. Przedmiotowy aspekt w połączeniu z zakazem posiadania homologacji na auto ciężarowe, oraz zapewnieniem specjalnych osłon podwozia dostosowanych do ciężkiej jazdy w terenie, eliminuje z rynku wszystkie dotychczas stosowane przez wykonawców auta, takie jak na przykład Dacia Duster, będąca „budżetową wersją” spełniającą dotychczasowe wymagania zamawiającego. Zamawiający w okresie prowadzenia robót budowlanych trwającego 63 miesiące planuje średniomiesięczny przebieg 5 000 km, a więc takie auto w toku realizacji będzie miało 315 000 km przebiegu i będzie jeszcze musiało przez kolejne 15 miesięcy być w stanie sprawnym technicznie, aby przejechać kolejne 37 500 km. Tak wygórowane wymogi, niemal od razu eliminują auta używane (mimo iż Zamawiający dopuszcza auto nie starsze niż 4 lata

z przebiegiem nie większym niż 80 tys. km), gdyż stanowi to rozwiązanie mało ekonomiczne

i problemowe w przypadku częstych awarii i konieczności zapewniania auta zastępczego zgodnie z SWZ.

Analizując wszystkie wymagania Zamawiającego, aby zapewnić środek transportu zgodny

z zapisami SWZ należy uwzględnić:

a) Zakup auta spełniającego wytyczne SWZ

Największym kosztem jest zakup odpowiedniego środka transportu. Wymagania eliminują

z rynku takie auta, jak Dacia Duster, Suzuki SX4, a nawet większe auta typu SUV Ford Kuga. Aby spełnić wymagania jednym z najtańszych rozwiązań, choć nie pozbawionym wad jest Mitsubishi L200 który po odpowiednich modyfikacjach dealera spełnia wymagania co do posiadanej mocy (pierwotna moc 150 km zwiększana do 185 km).

Koszt kupna takiego auta w roku 2022, to zgodnie z ofertą dealera to 183 392,00 PLN brutto.

Zakładając odliczenie całości stawki vat takie koszt to 149 099,19 PLN netto, a więc 2 366,66 PLN netto w skali miesiąca w okresie realizacji inwestycji. Nie wliczając ewentualnych kosztów finansowania auta w formie leasingu a zakup za gotówkę, jest to minimalny koszt jaki należało przyjąć.

b) Koszt zapewnienia paliwa — limit 5000 km miesięcznie w okresie projektowania i robót. Według producenta średnie spalanie auta wygląda następująco:

Spalanie w mieście 8,4 l/100 km i poza miastem - 7,51/100 km

Średnie - 7,9 l/100 km

Odwołujący podkreślił, że należy pamiętać, że auto przez większą część usługi będzie poruszało się w trudnym terenie, a więc średnie spalanie na poziomie 8,00 l/100km będzie tu spalaniem minimalnym. Średnia cena paliwa w maju 2022 r. (w dacie składania oferty) to 7,89 PLN brutto (6,41 PLN netto przy założeniu odliczenia pełnej stawki vat).

Ilość km - 5 000, cena litra paliwa 6,41, średni koszt miesięczny brutto, średni koszt miesięczny netto $6,41 \times 0,08 \times 5000 = 2 496,00$ PLN, brutto 2 564 PLN.

c) Ubezpieczenie OC i AC, NNW i Assistance.

Polisa spełniająca wymogi SWZ dla samochodu przeznaczonego dla Zamawiającego kosztuje

w najtańszym wariantie 3 869,00 PLN brutto rocznie. A więc po odliczeniu CIT 19 %, daje to koszt 3 251,26 PLN/rok. Odwołujący przedstawił zestawienie najtańszych ofert rynkowych (w uzależnieniu od przyjętej wartości auta) i wskazał, że ponieważ ubezpieczenie opłacane jest w okresach rocznych jego koszt będzie wynosił miesięcznie: 270,94 PLN miesięcznie (3 251,26 /12).

d)Mycie auta

Zgodnie z pkt 2.4 SWZ Konsultant zobowiązany jest do wykonania 4 myć auta w ciągu miesiąca oraz jedno sprzątanie wnętrza. Koszt jednego mycia na myjni automatycznej to w najtańszym pakiecie około 14,80 PLN brutto. Po odliczeniu Vat 12,03 PLN netto. Miesięczny koszt mycia

1 auta wynosi średnio 48,13 PLN. Koszt mycia wnętrza Odwołujący pominął, zakładając, że może to być usługa wykonana w ramach środków własnych wykonawcy.

e)Koszt zapewnienia karnetu na parkowanie

Zgodnie z pkt. 2.4 SWZ należy zapewnić Zamawiającemu abonament na korzystanie z miejsc postojowych w Rzeszowie. Strefa parkowania w Rzeszowie podzielona jest na IV podstrefy i na każdą ze stref wymagany jest oddzielny abonament.

Koszt abonamentu dla I oraz łącznie II, III i IV strefy parkowania w Rzeszowie w 2022 r. wynosił 270 PLN brutto (dla I) i 170 PLN brutto (strefa II-IV), a więc łącznie 440 PLN brutto, co stanowi 357,72 PLN netto.

f)Koszt serwisu, itp.

W ramach kosztu serwisu należy przede wszystkim uwzględnić między innymi:

Wymagany przegląd techniczny na stacji SKP – 98,

Wymiana opon dwa razy w roku wraz z przechowaniem – 400,

Roczny serwis olejowy, zgodnie z książką serwisową co 20 tys., a więc 3 razy w roku – 1200,

Płyny eksploatacyjne (np. płyn do spryskiwaczy itp.) – 100,

Suma1798.

W skali miesiąca –149,83.

Jednocześnie kwota ta musi uwzględniać zapewnienie opon, zgodnie z zapisami SWZ, oddzielnie zimowych i letnich. Nie dopuszczalne są opony całoroczne.

Nawet przyjmując, że przez 63 miesiące i przebiegu 315 000 km zostanie zużyte po dwa komplety opon, do ceny auta należy doliczyć dokupienie 3 kompletów. Opony do aut terenowych cechują się dodatkowymi wzmocnieniami i oraz dużym rozmiarem. Średni koszt jednego kompletu

to około 2 000 PLN. A więc w skali inwestycji – 3 komplety x 2000)/63 miesiące = 96,77 netto/miesiąc.

Nawet nie uwzględniając, co oczywiście przy takiej eksploatacji auta jest niemożliwe, żadnego innego serwisu auta, napraw, zużycia części eksploatacyjnych, żadnej awarii miesięczny koszt to około 246,60 PLN netto.

Podsumowując przyjmując, najbardziej optymistyczny scenariusz średniomiesięczny koszt utrzymania auta Zamawiającego to:

Zakup– 2 366,66,

Koszt paliwa –2 564,

Ubezpieczenie – 270,94,

Parking – 357,72,

Serwis – 246,60, Łącznie – 5 805,92.

Przedmiotowa kwota nie zawiera pozostałych kosztów eksploatacyjnych związanych z serwisem (np. wymiana hamulców), zakupu nowego środka transportu, w przypadku gdy przedmiotowy ulegnie awarii w trakcie realizacji usługi.

Powyższe w ocenie Odwołującego rodziło uzasadnione twierdzenie, że wykonawcy ci nie skalkulowali wszystkich kosztów wykonania zamówienia w tym zakresie lub zakładają wykonanie zamówienia w sposób niezgodny z warunkami pkt 2.4 OPZ. W konsekwencji celowym wydaje się skierowanie do wykonawców wezwań w trybie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 223 ust.

1 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający w dniu 8 sierpnia 2023 r. skierował do wykonawcy Prokom Construction Sp. z o.o., który skalkulował koszty transportu również na poziomie 5.000 zł netto wezwanie oparte na dyspozycji wyżej wskazanych przepisów. W treści wezwania Zamawiający wskazał, że: „12. Środki transportu Konsultanta: Wykonawca zaoferował 5 000.00 zł za 1 miesiąc. Prosimy o przedłożenie założeń do kalkulacji ceny i szczegółowych wyliczeń (rozbicia ceny ryczałtowej, na podstawie których ustalona została wartość kosztów za środki transportu Konsultanta. Jakie obiektywne czynniki spowodowały obniżenie ceny oraz w jakim stopniu dzięki tym czynnikom cena została obniżona?”

Odwołujący stanął na stanowisku, że skierowanie wezwania do złożenia wyjaśnień w zakresie sposobu kalkulacji danej pozycji cenowej tylko do Prokom Construction Sp. z o.o. w sytuacji,

w której wyżej wskazani wykonawcy zaoferowali taką samą cenę w pozycji 1.4 formularza ofertowego, a także w zakresie pozycji 2.2.8; 2.2.13; 2.2.21; 2.2.22; 2.2.36; 2.2.41; 2.2.44; 2.2.45; 2.2.48 Formularza Cenowego stanowi jawne i bezpośrednie naruszenie zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. Zgodnie z tymi zasadami Zamawiający jest zobowiązany wykonawców będących w tej samej sytuacji faktycznej i prawnej potraktować w ten sam sposób.

W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający wskazał, że zarzuty zawarte w treści Odwołania oraz wnioski Odwołującego nie zasługują na uwzględnienie w żadnym zakresie i wniósł o:

1) oddalenie Odwołania w całości;

2) zasądzenie od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwoty 3.600,00 zł, stanowiącej równowartość kosztów poniesionych przez Zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika, zgodnie z przedstawioną fakturą.

W odniesieniu do Zarzutów dotyczących naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 3 oraz pkt 8 ustawy Pzp oraz naruszenia art. 224 ust. 1 oraz art. 224 ust. 3 pkt 4 ustawy Pzp (zarzuty nr 1 – 3), Zamawiający wskazał, że w § 13 ust. 4 Wzoru Umowy (SWZ TOM II) jedynie w stosunku do osób tworzących Personel biurowy i pomocniczy, tj. wykonujących czynności biurowe, administracyjne

i organizacyjne wskazane w pkt. 2.1. OPZ, wymagał skierowania do realizacji pracowników na podstawie narzuconej z góry przez Zamawiającego formy zatrudnienia, tj. umowę o pracę.

W pozostałym zakresie Zamawiający w żadnym miejscu nie określił wymagań co do formy współpracy z określonymi specjalistami (wykonawcy mieli dowolność decyzji odnośnie do zatrudnienia specjalistów na podstawie umów zlecenie, o dzieło czy też w ramach tzw. umowę b2b), jak również nie wymagał wyjaśnień w tym zakresie od Konsorcjum INKO oraz Konsorcjum PROMOST – gdyż oferta nie budziła wątpliwości w tym zakresie. Wobec powyższego, Zamawiający wskazał, że nie wie, na jakiej podstawie Odwołujący wywodził, że Konsorcjum INKO oraz Konsorcjum PROMOST będą zatrudniać pracowników w trybie umowy zlecenie/umowy

o świadczenie usług, których całkowity koszt musiałby uwzględniać składki o charakterze i wymiarze wskazanym na str. 8 odwołania – tym bardziej, że model taki nie wpisuje się w naturalną i powszechnie stosowaną „optymalizację kosztową” ofert w postępowaniach o zamówienie publiczne.

Powyższe założenie (wynikające być może na strategii Odwołującego), które miałyby potwierdzać nieuwzględnienie przez powyższych wykonawców wszystkich kosztów związanych z wynagrodzeniem za „dniówkę” specjalistów wyszczególnionych w pkt 2.2.1 –2.2.11 oraz pkt 2.2.23 – 2.2.31 Formularza Cenowego, jest tym samym w ocenie Zamawiającego, zbyt daleko idące i nie znajdujące uzasadnienia w obiektywnym stanie rzeczy, a w szczególności nie wynika z treści oferty Przystępującego.

Niemniej jednak, Zamawiający podkreślił, co również sam Odwołujący przyznał, że minimalna stawka wynagrodzenia przysługująca przyjmującemu zlecenie lub świadczącemu usługi, zgodnie

z obowiązującym w dniu składania ofert Rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 14 września 2021 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2022 r. (dalej zwanego: „Rozporządzeniem”), wynosiła 19,70 zł, a tym samym, stawka za 8 godzin pracy (za „dniówkę”) wynosić powinna 157,60 zł, aby wybrany wykonawca mógł zapewnić specjalistom wynagrodzenie na poziomie wynikającym z przepisów Rozporządzenia. Wynagrodzenie na poziomie 170,00 zł za „dniówkę” netto oferowane przez Konsorcjum INKO oraz Konsorcjum PROMOST pozostaje więc zgodne ze wskazywanym Rozporządzeniem.

Odnosząc się kolejno do twierdzeń Odwołującego dotyczących rzekomej wadliwości oferty Konsorcjum INKO oraz Konsorcjum PROMOST z uwagi na wzrost minimalnego wynagrodzenia w 2024 r., Zamawiający wskazał, że nie sposób wywodzić nieprawidłowości w ofertach wykonawców w sytuacji niezależnego od nich przedłużenia trwającego postępowania, wskutek czego doszło do wzrostu minimalnego wynagrodzenia za pracę jeszcze przed rozstrzygnięciem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Oferty składane przez wykonawców muszą bowiem uwzględniać wszystkie wymagania Zamawiającego oraz spełniać aktualne na dzień złożenia oferty przepisy prawa.

Jak słusznie wskazała KIO w wyroku z dnia 15 września 2016 r., sygn. akt KIO 1624/16: Głównym argumentem przedstawionym przez Zamawiającego, który ma - jego zdaniem - potwierdzać,

że cena oferty Odwołującego jest rażąco niska, jest przedstawienie przez niego kalkulacji ceny

z uwzględnieniem płacy minimalnej obowiązującej w 2016 r. W ocenie Izby okoliczność ta

w żaden sposób nie może potwierdzać zaoferowania rażąco niskiej ceny. Nie jest bowiem niczym niewłaściwym przedstawienie przez wykonawcę sposobu kalkulacji ceny z uwzględnieniem płacy minimalnej obowiązującej w dacie składania oferty, nawet w sytuacji, gdy czas realizacji zamówienia dotyczy w większości roku przyszłego.

Idąc nadto za stanowiskiem Odwołującego należałoby dojść do wniosku, że każda oferta zawiera niedoszacowaną cenę, a wykonawcy powinni przewidzieć znacznie dalej idące stawki minimalnego wynagrodzenia, mając na uwadze, iż

minimalny czas świadczenia usług przez wybranego wykonawcę wynosi 78 miesięcy, tj. 6 lat. Natomiast właśnie celem uniknięcia strat po stronie wykonawców, którzy zawarli wieloletnie umowy w oparciu o przepisy ustawy Pzp, w trakcie których może dojść do zmiany przepisów prawa prowadzących do wzrostu kosztów, ustawodawca przewidział regulacje ukonstytuowane w przepisie art. 436 pkt 4 lit. b ustawy Pzp.

Oczywiste jest natomiast, że celem przepisu art. 436 pkt 4 lit. b ustawy Pzp oraz sformułowanego zgodnie z tym przepisem § 38 ust. 5 Wzoru Umowy, nie jest umożliwienie wykonawcy, który nie uwzględnił wszystkich ryzyk, podwyższenie jego wynagrodzenia do kwoty pozwalającej na pokrycie mogących powstać w przyszłości strat, bowiem dopiero w momencie, gdy stawka minimalnego wynagrodzenia za pracę ulegnie zmianie po zawarciu umowy, wybrany wykonawca będzie uprawniony do wszczęcia procedury związanej z modyfikacją wynagrodzenia umownego, o ile wykaże wpływ zmian na realizację umowy. Jak słusznie wskazała E. Wiktorowska: Waloryzacja wynagrodzenia zgodnie z tym przepisem to jego uaktualnienie, a nie podwyższenie w celu zwiększenia zysku wykonawcy. Waloryzacja wynagrodzenia winna zatem ograniczać się

do rozmiarów faktycznego wzrostu kosztów realizacji zamówienia z powodów wskazanych

w przepisie. Waloryzacja w tym przypadku obejmuje każdego wybranego wykonawcę w tożsamy

sposób, co oznacza, że pierwsza waloryzacja, w trybie postanowienia § 38 ust. 5 Wzoru Umowy, będzie mogła mieć miejsce dopiero po zmianie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę

albo wysokości minimalnej stawki godzinowej, która nastąpi już po zawarciu umowy.

Na marginesie Zamawiający wspomniał, że stawka minimalnego wynagrodzenia – wbrew twierdzeniom Odwołującego zawartym w pkt 22 Odwołania – wzrosła o 20 % względem obowiązującej na moment składania ofert, a nie o 30 %.

Zamawiający podkreślił, że Odwołujący zarzucił także jakoby Konsorcjum INKO pozostawiało uprzywilejowane względem wykonawców, którzy założyli „rezerwę” na wypadek przedłużającego się postępowania. Zarządzanie ryzykami jest istotną częścią sporządzania każdej oferty

w postępowaniach przetargowych. Jest ono częścią strategii przedsiębiorstw i fakt, że jeden wykonawca skalkulował dane ryzyko, a drugi nie - w żadnym wypadku nie świadczy o wadliwości takiej oferty, o ile nie stoi ona w sprzeczności z minimalnymi wymaganiami określonymi w SWZ – jak w niniejszej sprawie. Zamawiający natomiast wystąpił do Konsorcjum INKO z wnioskiem

o wyrażenie zgody na wybór oferty Konsorcjum Inko do dnia 10 listopada 2023 r. (wobec upływu terminu związania ofertą), a Konsorcjum Inko potwierdziło chęć wyboru jego oferty na dotychczasowych warunkach, będąc świadomym konieczności realizacji zamówienia

za wynagrodzenie oferowane w chwili składania oferty.

Zamawiający podkreślił, że Zamawiający zobowiązany jest do wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny w sytuacji, gdy całkowita cena oferty jest niższa

o co najmniej 30 % od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10, co oczywiście nie dotyczyło oferty Konsorcjum INKO oraz Konsorcjum Promost. Oferta Konsorcjum INKO stanowiła blisko 92 % wartości szacunkowej zamówienia, natomiast oferta Konsorcjum PROMOST przewyższyła o 12 % tę wartość. Nadto, różnica cen ofertowych w stosunku do średniej arytmetycznej cen wszystkich ofert w przypadku Konsorcjum INKO wynosiła natomiast -10%, a w przypadku Konsorcjum PROMOST +9%.

Jak wynika z przepisu art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, Zamawiający żąda wyjaśnień od wykonawcy, 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.

Jak wskazała KIO w wyroku z dnia

11 kwietnia 2023 r., sygn. akt KIO 822/23: Ustawodawca nie określił szczegółowo progów wartości, jak wobec całości ceny oblig 30%, poniżej których następuje w stosunku do składowych ceny obowiązek wezwania do wyjaśnień. Zależy więc to od indywidualnej oceny zamawiającego, czy takie podstawy istnieją. Pozostawiono to w gestii oceny zamawiającego, która to ocena podlega kontroli Izby.

W analizowanej sprawie po stronie Zamawiającego nie powstały natomiast rzeczne wątpliwości, a stawka nie wydaje być rażąco niską, mając na uwadze, że zaoferowana przez Konsorcjum INKO oraz Konsorcjum PROMOST stawka za „dniówkę”, w wysokości kolejno 170 zł oraz 180 zł,

stanowi stawkę umożliwiającą nawiązanie współpracy z określonymi specjalistami, przy zachowaniu minimalnych stawek wynikających z Rozporządzenia.

Również wyroki przywołane przez Odwołującego nie potwierdzają jego stanowiska w niniejszej sprawie, a co więcej – pozwalają wywodzić, że Zamawiający w prawidłowy sposób pojmuje zakres, w którym powinien zbadać cenę

zaoferowaną przez Konsorcjum INKO i Konsorcjum PROMOST w kontekście wynagrodzenia poszczególnych specjalistów. Jak bowiem wynika chociażby już z fragmentu wyroku KIO 1241/22 przywołanego przez Odwołującego, Izba stwierdziła nieprawidłowość wynikającą z faktu zaoferowania ceny, która nie pozwoliłaby na pokrycie co najmniej minimalnego wynagrodzenia za pracę. Stawka za „dniówkę” w kwocie 170,00 zł, zaoferowana przez Konsorcjum INKO i Konsorcjum PROMOST pozwala na zapłatę poszczególnym specjalistom wynagrodzenia w stawce za godzinę świadczenia usług wynikającą z Rozporządzenia obowiązującego w dniu składania ofert.

Odnosząc się do zarzutu związanego z rzekomym zaniżeniem wynagrodzenia za poz.

1.4 Formularza Cenowego „Środek transportu Zamawiającego” przez wykonawców Konsorcjum PROMOST, Multiconsult, ECM oraz SAFEGE, Zamawiający zwrócił uwagę, że cena wskazywana jako rzekomo „minimalna”, która winien zaproponować w ocenie Odwołującego każdy

z wykonawców, jest jedynie o około 800 zł wyższa niż zaoferowana przez ww. wykonawców.

W związku z powyższym, w ocenie Zamawiającego, różnica w cenie zaproponowanej przez wskazanych wykonawców, a Odwołującego, w zasadzie sprowadza się do rozbieżności

w zakresie posiadanego asortymentu, sposobu obliczenia ceny oraz odmiennych warunków Odwołującego i tychże wykonawców, co nie może stanowić podstawy do uwzględnienia zarzutów Odwołującego, który zarzuca, iż kwota 5.000,00 zł za poz. 1.4 Formularza Cenowego jest rzekomo rażąco niską, a kwota ok. 5.800,00 zł jest już stawką realną. Ponadto, wykonawcy wskazani przez Odwołującego jako oferujący rażąco niską cenę za poz. 1.4 Formularza Cenowego stanowią blisko połowę podmiotów, które złożyły oferty w postępowaniu (czterech z dziewięciu), co samoistnie w ocenie Zamawiającego dodatkowo potwierdza rynkowość i realność tej kwoty.

Zamawiający wskazał, że nie wie przy tym, skąd Odwołujący wywodzi, że rzeczywiście każdy

z wykonawców zobligowany będzie do zakupu pojazdu spełniającego wytyczne SWZ,

a argumentacja w tym zakresie opiera się w zasadzie o założenie, że jeżeli Zamawiający postawił odmienne wymagania w niniejszym postępowaniu aniżeli w dotychczas prowadzonych,

to wskazani wykonawcy z całą pewnością nie posiadają pojazdów umożliwiających im realizację zadania w wyniku wygranej w tym postępowaniu.

Subiektywne, nie znajdujące uzasadnienia, założenia wykonawcy, nie mogą natomiast stanowić podstawy do uznania, że pozostali wykonawcy zaoferowali rażąco niską cenę.

Co pozostaje także kluczowe, Odwołujący na podstawie jednej oferty dealera przedstawia kwotę konieczną do ujęcia przez wszystkich potencjalnych wykonawców w poz. 1.4 Formularza

Cenowego. Jest to natomiast indywidualna kwestia każdego z wykonawców. Nie tylko bowiem istnieje możliwość, że określony podmiot jest już w posiadaniu środka transportu spełniającego wymogi SWZ, ale każdy z wykonawców może przecież dokonać dużo szerszego rozeznania bądź

nabyć pojazd spełniający stawiane wymagania w cenie wynegocjowanej indywidualnie

z dostawcą. Analogiczna kwestia dotyczy obliczeń Odwołującego w zakresie ubezpieczenia auta, kosztów zapewnienia paliwa czy mycia auta.

Koszt zapewnienia środka transportu dla Zamawiającego jest więc pozycją, która zawiera kilka składowych, co sam Odwołujący zaznacza. Polityka firmy, wynegocjowane i obowiązujące umowy z podmiotami zewnętrznymi, kontakty, analiza ryzyk i indywidualnych kalkulacji –

to wszystko wpływa na sposób wycenienia przedmiotowej pozycji przez wykonawców. Przekazana więc przez Odwołującego kalkulacja, potwierdza co najwyżej, że Odwołujący może minimalnie zaoferować za tę pozycję ok. 5.800 zł, aby móc pokryć koszty z wynagrodzenia uzyskanego w wyniku realizacji tej umowy, jednak nie jest to okoliczność obiektywna, która dotyczy wszystkich przedstawicieli rynku.

Odnosząc się do zarzutu wezwania Konsorcjum PROKOM do złożenia stosownych wyjaśnień

w zakresie rażąco niskiej ceny, Zamawiający podkreślił, że wynikała ona z faktu złożenia oferty blisko 37 % poniżej szacunku Zamawiającego. Wobec powyższego, to nie wartość pozycji środka transportu Zamawiającego budziła wątpliwość, lecz globalna cena oferty, której wartość wymagała od Zamawiającego wezwania Konsorcjum PROKOM do złożenia stosownych wyjaśnień dotyczących złożonej kwoty oraz poszczególnych pozycji. Zamawiający wskazał, że zadano łącznie ponad 60 pytań, w tym również o kwotę przeznaczoną na środek transportu Zamawiającego, w żaden sposób nie podkreślając przyjęcia akurat ceny za poz. 1.4 Formularza Cenowego poniżej szacunków Zamawiającego. Zamawiający stwierdził, że zarzuty Odwołującego zostały sformułowane na skutek subiektywnych własnych założeń Odwołującego – zarówno w zakresie podstawy nawiązania współpracy przez Konsorcjum INKO oraz Konsorcjum PROMOST, jak i kosztów związanych z zakupem i utrzymaniem środka transportu wymaganego przez Zamawiającego wskazanych przez wykonawców Konsorcjum PROMOST, Multiconsult, ECM oraz SAFEGE. KIO w wyroku z dnia lutego 2023 r., sygn. akt KIO 266/23: To Wykonawca ma wiedzę, jakie zasoby posiada, w tym jakich pracowników może

skierować do realizacji zamówienia. (...) Za cenę rażąco niską uznaje się cenę poniżej kosztów własnych wykonawcy, niepozwalającą na wypracowanie zysku. Jest to cena oderwana od realiów rynkowych i nierzeczywista. Jeśli możliwe jest wykazanie, że za cenę wskazaną w ofercie wykonawca nie będzie w stanie należycie wykonać zamówienia, to znaczy że mamy do czynienia z ceną rażąco niską.

Nadto, jak słusznie zauważyła KIO w wyroku z dnia 11 stycznia 2023 r., sygn. akt KIO 3507/22:

Za cenę rażąco niską należy uznać cenę, która nie wystarcza na pokrycie kosztów świadczenia usługi, przy czym chodzi tu o pokrycie kosztów występujących u danego wykonawcy. Koszty te mogą być różne u różnych wykonawców z uwagi na przyjęty przez nich model organizacji pracy, sposób zatrudnienia, status przedsiębiorstwa i jego skalę.

Wobec powyższego, Zamawiający stwierdził, że zarówno żądanie zobowiązania Zamawiającego do wezwania Konsorcjum INKO oraz Konsorcjum PROMOST do wyjaśnień w trybie przepisu art. 224 ust. 1 oraz ust. 3 pkt 4 ustawy Pzp, jak i wykonawców Konsorcjum PROMOST, Multiconsult,

ECM oraz SAFEGE w trybie art. 224 ust. 1 w zw. z art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, jawi się jako nieuzasadnione.

Bezpodstawny jest także zarzut naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy z uwagi na zaniechanie odrzucenia ofert Konsorcjum INKO oraz Konsorcjum PROMOST, pomimo tego, że – w ocenie Odwołującego - zawierają rażąco niskie ceny. Możliwość odrzucenia oferty wykonawcy wskutek zaoferowania przez niego rażąco niskiej ceny aktualizuje się bowiem dopiero w przypadku, gdy wykonawca nie udzielił wyjaśnień w terminie wyznaczonym przez zamawiającego lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej

w ofercie ceny lub kosztu, co nie miało miejsca w przypadku Konsorcjum INKO oraz Konsorcjum PROMOST.

Nadto, Odwołujący nie wykazał, a tym bardziej nie udowodnił, na czym polega niezgodność oferty Konsorcjum INKO i Konsorcjum PROMOST z przepisami ustawy Pzp, co miałoby stanowić

o naruszeniu przez Zamawiającego przepisu art. 226 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

Po przeprowadzeniu posiedzenia i rozprawy z udziałem stron i uczestnika postępowania na podstawie zebranego materiału w sprawie Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła co następuje:

Izba stwierdziła, że żadna z przesłanek wskazanych w art. 528 ustawy Pzp, których skutkiem jest odrzucenie odwołania nie wystąpiła.

Izba uznała, że Odwołujący wykazał spełnienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, zarówno posiadania interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody

w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy wskazując, że z uwagi na prowadzenie przez Zamawiającego Postępowania z zastosowaniem procedury odwróconej, uwzględnienie odwołania i odrzucenie ofert dwóch wykonawców znajdujących się w rankingu przed Odwołującym może spowodować, że Odwołujący zwiększy swoje szanse na uzyskanie zamówienia oraz będzie miał możliwość ponownego skorzystania ze środków ochrony prawnej.

Do postępowania odwoławczego skutecznie przystąpili wykonawcy wspólnie ubiegający się

o uzyskanie zamówienia: INKO Consulting Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie oraz MP Consulting Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, zwani dalej: „Konsorcjum Inko”; Safege S.A.S. z siedzibą

w Nanterre CEDEX (Francja) oraz ECM Group S.A. z siedzibą w Warszawie – po stronie Zamawiającego oraz Multiconsult Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie – po stronie Odwołującego.

Przystępujący Konsorcjum Inko w piśmie z dnia 7 grudnia 2023 r. wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Przystępujący Multiconsult Polska Sp. z o.o. w piśmie z dnia 1 grudnia 2023 r. wskazał, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie w zakresie zarzutów dotyczących Konsorcjum Inko oraz Konsorcjum Promost, swoje stanowisko podtrzymał w piśmie z 12 grudnia 2023 r.

Przystępujący ECM Group S.A. w piśmie z 30 listopada 2023 r.– przystąpieniu do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wniósł o uznanie zarzutów podniesionych przez Odwołującego dotyczących oferty tego Przystępującego za niezasadne i oddalenie odwołania

w tym zakresie.

Przystępujący Safege S.A.S. w piśmie z dnia 30 listopada 2023 r. – przystąpieniu do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Izba uwzględniła stanowiska prezentowane przez strony i uczestnika postępowania odwoławczego na posiedzeniu i rozprawie.

Izba rozpoznając odwołanie uwzględniła akta sprawy odwoławczej, które zgodnie

z § 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 30 grudnia 2020 r. w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz. U. z 2020 r., poz. 2453) stanowią

odwołanie wraz z załącznikami oraz dokumentacja postępowania o udzielenie zamówienia

w postaci elektronicznej lub kopia dokumentacji, o której mowa w § 7 ust. 2, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma kierowane przez Izbę lub Prezesa w związku z wniesionym odwołaniem.

Izba zaliczyła do materiału dowodowego sprawy dokumenty pochodzące z akt sprawy odwoławczej, dokumenty stanowiące załączniki do odwołania oraz złożone podczas rozprawy.

Stan faktyczny ustalony przez Izbę

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia pn. Pełnienie nadzoru nad projektowaniem i realizacją Robót oraz zarządzanie Kontraktem pn.: „Zaprojektowanie i budowa drogi ekspresowej S19 na odcinku Lutcza - w. Domaradz (z węzłem) dł. ok. 6,43 km”. Postępowanie zostało wszczęte w dniu 15 kwietnia 2022 r.

W dniu 16 listopada 2023 r. Zamawiający opublikował informację o wyborze oferty najkorzystniejszej.

W Rozdziale I Instrukcja dla wykonawców pkt 17 Sposób obliczenia oferty w SWZ określił zasady obliczania ceny oferty w pkt 17.2 wskazano: „Formularz cenowy, o którym mowa w pkt. 17.1., należy wypełnić ściśle według kolejności pozycji wyszczególnionych w tym formularzu, wliczając poszczególne ceny jednostkowe netto. Wykonawca powinien określić ceny jednostkowe netto oraz wartości netto dla wszystkich pozycji wymienionych w tym formularzu, a następnie wyliczyć cenę netto łącznie. Wykonawca obliczając cenę oferty musi uwzględniać wszystkie pozycje opisane w Formularzu cenowym. Wykonawca nie może samodzielnie wprowadzić żadnych zmian do Formularza cenowego.”, natomiast pkt 17.3 SWZ przewidywał, że: „Każda cena jednostkowa zawarta w Ofercie powinna obejmować całkowity koszt wykonania danej pozycji w przyjętej jednostce czasu/ilości rozliczenia w Formularzu cenowym.” Pkt. 17.5 otrzymał brzmienie: „Dla każdej pozycji wyszczególnionej w Formularzu cenowym, jeśli składają się na nią elementy

o zróżnicowanych kosztach, jednolita stawka jednostkowa powinna zostać skalkulowana na zasadzie uśrednienia kosztów składowych.”

Wykonawca Konsorcjum Inko w Formularzu cenowym w pozycjach: od 2.2.1 do 2.2.11, od 2.2.23 do 2.2.27, od 2.2.32 do 2.2.45, od 2.2.47 do 2.2.53 jako dniówkę dla ekspertów

i specjalistów wskazał kwotę 170 zł netto, natomiast wykonawca Konsorcjum Promost w pozycji swojego Formularza cenowego: 2.2.7, 2.2.26, od 2.2.28 do 2.2.31 wskazał kwotę 180 zł, w pozycji 2.2.27 kwotę 200 zł.

W 2022 r., w roku w którym Postępowanie zostało wszczęte, zgodnie z rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 14 września 2021 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej, minimalna stawka godzinowa wynosiła 19,70 zł.

W pkt 2.4 Opisu Przedmiotu Zamówienia – Tom III, Zamawiający w odniesieniu do środków transportu i łączności wskazał:

„2.4 Środki transportu i łączności

Konsultant niniejszego zamówienia wyposaży swój personel w odpowiednią ilość środków transportu i łączności (telefony komórkowe), zapewniającą sprawne pełnienie Usługi.

W celu identyfikacji pojazdów samochody Konsultanta będą odpowiednio oznakowane i wyposażone w lampy ostrzegawcze.

W terminie do 14 dni od daty rozpoczęcia realizacji Usługi wyznaczonej poleceniem Kierownika Projektu Konsultant zapewni adres konta poczty elektronicznej wyłącznie na potrzeby realizacji niniejszego zamówienia.

Konsultant użyczy Zamawiającemu, 1 sztukę środków transportu do wyłącznej całodobowej dyspozycji Zamawiającego na czas określony poniżej:

1. samochód typu SUV o pojemności silnika co najmniej 2000 cm³ i mocy nie mniejszej niż 180 KM - 14 dni od daty rozpoczęcia realizacji Usługi wyznaczonej poleceniem Kierownika Projektu do wystawienia Ostatecznego Świadczenia Płatności.

Konsultant zapewni Zamawiającemu ciągłość w korzystaniu ze środków transportu. W przypadku ujawnienia wady lub awarii Konsultant zapewni pojazd zastępczy w ciągu 24 godzin od zgłoszenia. Samochód zastępczy ma spełniać wymagania techniczne jak samochód podstawowy.

Środek transportu dla Zamawiającego będzie spełniać niżej wymienione warunki:

1. Parametry i wyposażenie pojazdu nie będą gorsze niż określone w poniższej tabeli:

Lp.	Wyposażenie i parametry	Samochód SUV, 5-drzwiowy
1	Napęd 4x4 (stały lub dołączany)	+
2	Układ stabilizacji toru jazdy (ESP)	+
3	System zapobiegający blokowaniu się kół podczas hamowania (ABS)	+
4	Lusterka zewnętrzne boczne podgrzewane sterowane elektrycznie	+
5	Minimum 2 poduszki powietrzne	+
6	Klimatyzacja	+
7	Radio	+
8	Komplet podłogowych dywaników gumowych	+

9	Komplet opon zimowych, Komplet opon letnich	+
Lp.	Wypożyczenie i parametry	Samochód SUV, 5-drzwiowy
10	Wspomaganie układu kierowniczego	+
11	Regulowana kolumna kierownicy	+
12	Zestaw głośnomówiący	+
13	Lampa błyskowa pomarańczowa na magnes z przedłużaczem (kogut)	+
14	Polskie świadectwo homologacji	+
15	Ne dopuszcza się samochodów z homologacją ciężarową (tzw. Kratka)	+
16	Hak holowniczy	+
17	Stalowa lub aluminiowa osłona silnika (podwozie)	+

Wymaga się aby użyczony samochód posiadał ważny przegląd techniczny i ubezpieczenie OC, AC, NNW i Assistance. Wymagane jest aby Konsultant zapewnił obsługę związaną z eksploatacją użyczonego samochodu (usługi eksploatacyjne) oraz ponosił koszty eksploatacji tj. paliwa (rozliczanie bezgotówkowe), płynów, materiałów eksploatacyjnych, bieżących napraw, przeglądów technicznych, sezonowej wymiany opon, przechowywania opon, przedłużania ubezpieczenia, mycia samochodu cztery razy w miesiącu (dwa razy w miesiącu w okresie od wystawienia ostatniego Świadectwa Przejścia do wystawienia Ostatecznego Świadectwa Płatności), sprzątnięcia wnętrza samochodu raz w miesiącu, abonament na korzystanie z miejsc postojowych w strefie płatnego parkowania w Rzeszowie. Wymaga się aby Konsultant zapewnił samochód zastępczy na czas naprawy i przeglądu o parametrach i wyposażeniu nie gorszym niż określone w powyższej tabeli. Zamawiający zwróci samochód Konsultantowi niezwłocznie po wystawieniu Ostatecznego Świadectwa Płatności.”

Po zmianie SWZ nr 9 wskazano:

„Konsultant będzie ponosił wszelkie koszty, za które otrzyma zapłatę zgodnie z poz. 1.4 oraz

4.4 Formularza Cenowego, związane z utrzymaniem, w tym limit średnio 5 000 kilometrów na miesiąc (średnio 2 500 kilometrów na miesiąc w okresie od wystawienia ostatniego Świadectwa Przejścia do wystawienia Ostatecznego Świadectwa Płatności), naprawą, przeglądami, ubezpieczeniami w celu zapewnienia prawidłowego działania pojazdu. Poniesie również koszty materiałów i usług eksploatacyjnych wskazanych powyżej.”

Następujący wykonawcy: Konsorcjum Promost, Multiconsult, ECM Group, Saffège w pkt

1.4 Środek transportu Zamawiającego w Formularzach cenowych wskazali koszt związany w wymaganym przez Zamawiającego pojazdem na poziomie 5.000 zł netto w skali miesiąca.

Zamawiający w dniu 8 sierpnia 2022 r. skierował do wykonawcy Prokom Construction Sp. z o.o. wezwanie do wyjaśnienia wysokości zaoferowanej ceny, w tym wartości kosztów za środek transportu Konsultanta.

Izba – uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy przedłożony przez strony

i uczestników postępowania odwoławczego, po dokonaniu ustaleń poczynionych na podstawie dokumentacji postępowania, biorąc pod uwagę zakres sprawy określony przez okoliczności podniesione w odwołaniu oraz stanowiska złożone pisemnie i ustnie do protokołu – stwierdziła, że sformułowane przez Odwołujących zarzuty podniesione w odwołaniu okazały się niezasadne.

Odnosząc się do zarzutu nr 1 odwołania, tj. naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, Izba wskazuje:

Przedmiotem zamówienia jest pełnienie usług nadzoru nad projektowaniem i realizacją robót oraz zarządzanie kontraktem pn. Zaprojektowanie i budowa drogi ekspresowej S19 na odcinku Lutcza-w. Domaradz (z węzłem) dł. ok. 6,43 km, a zatem opiera się ono w głównej mierze na świadczeniu usług przez specjalistów.

Z dokumentów postępowania - § 13 ust. 4 Wzoru Umowy, zawartym w Tomie II SWZ wynika, że Zamawiający wymagał, aby w oparciu o umowę o pracę zatrudnione były tylko osoby wykonujące czynności biurowe, administracyjne i organizacyjne. Jeśli chodzi o formę zatrudnienia, czy też zasadę współpracy z specjalistami, SWZ nie zawierało żadnych, szczegółowych postanowień.

W ocenie Odwołującego oferty Konsorcjum Inko oraz Konsorcjum Promost powinny być odrzucone, ponieważ są one niezgodne z przepisami ustawy Pzp z uwagi na fakt, że stawki dniówek dla poszczególnych specjalistów są niższe od minimalnego kosztu zleceniodawcy/usługodawcy. Odwołujący podkreślił, że każda umowa zlecenia albo umowa o świadczenie usług jest odrębnym tytułem do ubezpieczeń emerytalnych i rentowych, z każdego tytułu (umowy) zleceniodawca powinien być zgłoszony do ubezpieczeń społecznych, a także do ubezpieczenia zdrowotnego bądź wyłącznie do ubezpieczenia zdrowotnego, jak również

zawarte są z tym samym w wypadku, gdy te umowy są zawarte z tym samym płatnikiem (gdy przedmiot umów jest różny), płatnik z każdej z tych umów powinien zgłosić zleceniobiorcę do ubezpieczeń społecznych lub ubezpieczenia zdrowotnego.

Odwołujący formułując powyższy zarzut oparł się na własnym założeniu, które nie znajduje oparcia w dokumentach postępowania, zgodnie z którym że specjaliści wykonywać będą przedmiot umowy w oparciu o umowę zlecenia czy też umowę o współpracę i że w związku z tym w stawce „dniówki” należy uwzględnić składki związane z ubezpieczeniem społecznym. Odwołujący pominął jednak istotną okoliczność, na którą zwrócił uwagę Zamawiający oraz uczestnik Konsorcjum Inko, że umowy zlecenia, umowy o współpracę, czy też umowy typu B2B, zawierane są przez specjalistów branży usług nadzoru nad projektowaniem i realizacją robót drogowych najczęściej w ramach prowadzonej działalności gospodarczej. A wówczas to osoby prowadzące działalność gospodarczą ponoszą koszty ubezpieczenia społecznego w ramach prowadzonej działalności gospodarczej.

Jak wynika z wyroku Sądu Najwyższego - Izba Pracy i Ubezpieczeń Społecznych z dnia

6 czerwca 2023 r., sygn. akt II USKP 6/22, umowa zlecenia (umowa o świadczenie usług), zawarta przez osobę prowadzącą pozarolniczą działalność gospodarczą, nie stanowi odrębnej podstawy (tytułu) podlegania ubezpieczeniom społecznym z umowy zlecenia (umowy

o świadczenie usług czy też), jeżeli przedmiot tej umowy jest taki sam, jak przedmiot prowadzonej działalności, co oznacza, że osoba ta podlega ubezpieczeniom tylko z tytułu prowadzonej działalności gospodarczej.

W powyższym wypadku wykonawcy nie byli zobowiązani uwzględniać w stawce za 1 godzinę pracy specjalisty składek na ubezpieczenie społeczne, ponieważ koszty powyższe specjalista ponosi sam w ramach prowadzonej działalności gospodarczej.

Izba wskazuje, że w jej ocenie, Odwołujący nie wykazał, że oferty Konsorcjum Inko i Konsorcjum Promost są niezgodne z ustawą Pzp, a ponadto stwierdza, że Zamawiający nie mógł odrzucić ofert Konsorcjum Inko oraz Konsorcjum Promost na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp

z uwagi na zastosowanie niższego od minimalnego kosztu zlecniodawcy, który wynika

z przepisów o minimalnym wynagrodzeniu za pracę.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jest niezgodna

z przepisami ustawy. Powyższy przepis dotyczy tylko niezgodności z ustawą Prawo zamówień publicznych oraz przepisami aktów wykonawczych do tej ustawy, a nie przepisów innych regulacji rangi ustawowej. Zarzut niezgodności oferty z innymi aktami prawnymi należałoby formułować

w oparciu o przepis art. 226 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, zgodnie z którym zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów.

Podniesiona przez Odwołującego okoliczność, mogłaby ewentualnie stanowić przesłankę odrzucenia oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, z którego wynika, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W konsekwencji zastosowanie stawki wynagrodzenia niższej niż wynikająca z przepisów

o minimalnym wynagrodzeniu za pracę skutkować by musiało odrzuceniem oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, nie zaś art. 226 ust. 1 pkt 3 ww. ustawy.

W zakresie zarzutu 2 odwołania, Izba wskazuje, że Odwołujący nie wykazał, że stawki za

1 godzinę pracy specjalisty zaoferowane przez Konsorcjum Inko w wysokości 170 zł oraz Konsorcjum Promost w wysokości 180 zł (przy stawce 157,60 zł wynikającej z przepisów ustawy o minimalnym wynagrodzeniu za pracę i wydanym na jej podstawie rozporządzeniu Rady Ministrów z dnia 14 września 2021 r.) były stawkami nierealnymi, stawkami, za które zamówienie nie mogło być wykonane.

Powyższe stawki podobnie jak stawki oferowane przez innych wykonawców, w tym Odwołującego w postępowaniach prowadzonych przez Zamawiającego a dotyczących sąsiednich odcinków dróg również nie zawierały, jak wynika z dowodów 1-9, złożonych na rozprawie przez Zamawiającego nie uwzględniały kosztów pracy – stawek ubezpieczenia społecznego. Zamawiający nie przewidział w dokumentach zamówienia konieczności nawiązania współpracy ze specjalistami i ekspertami była według określonego przez Zamawiającego modelu, zatem zarówno Konsorcjum Inko jak i Konsorcjum Promost nie było zobowiązane przyjąć, że współpraca ze specjalistami i ekspertami nastąpi w oparciu o umowę zlecenia lub umowę

o współpracę i uwzględnić w stawce „dniówki” specjalisty składki ubezpieczenia społecznego.

Ponadto Izba wskazuje, że w ocenie Izby, stanowisko Odwołującego zgodnie, z którym koszty wykonania zamówienia wskazane przez Konsorcjum Inko oraz Konsorcjum Promost są niedoszacowane, ponieważ nie uwzględniają wzrostu minimalnej stawki godzinowej, która ma nastąpić w 2024 r. i wobec powyższego oferty te powinny być odrzucone, na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, jest nieprawidłowe.

Izba podkreśla, że wykonawcy zobowiązani byli do przedstawienia sposobu kalkulacji ceny

z uwzględnieniem minimalnej stawki godzinowej obowiązującej w dacie składania ofert, nawet jeśli realizacja zamówienia obejmować będzie kolejne lata. Urealnieniu wynagrodzenia wykonawcy w wypadku zmiany wysokości minimalnego wynagrodzenia oraz minimalnej stawki godzinowej służy jego waloryzacja.

Zgodnie z art. 436 pkt 4 lit. b ustawy Pzp, umowa zawiera postanowienia określające

w szczególności w przypadku umów zawieranych na okres dłuższy niż 12 miesięcy zasady wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia w przypadku zmiany:

- stawki podatku od towarów lub usług oraz podatku akcyzowego,
- wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę albo wysokości minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę,
- zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenie społeczne lub ubezpieczenie zdrowotne,
- zasad gromadzenia i wysokości wpłat do pracowniczych planów kapitałowych, o których mowa w ustawie z dnia 4 października 2028 r. o pracowniczych planach kapitałowych (Dz. U. z 2023 r. poz. 46)
- jeśli zmiany te będą miały wpływ na koszty wykonania zamówienia przez wykonawcę.

Wskazany powyżej przepis określa automatyczną waloryzację wynagrodzenia w przypadku zmian związanych min. z wysokością minimalnego wynagrodzenia za pracę albo wysokości minimalnej stawki godzinowej.

Zamawiający w § 38 ust. 5 projektu umowy, że przewidział waloryzację wynagrodzenia w związku ze zmianą minimalnego wynagrodzenia za pracę i minimalnej stawki godzinowej.

Zmiana wysokości wynagrodzenia wykonawców będzie dokonywana w oparciu o klauzule waloryzacyjne zawarte w umowie. W przypadku zmiany przepisów regulujących wysokość minimalnego wynagrodzenia za pracę i wysokość minimalnej stawki godzinowej wykonawca może wystąpić o korektę wynagrodzenia, jeżeli powyższe zmiany będą miały wpływ na koszty wykonania zamówienia przez wykonawcę.

A wobec powyższego, Konsorcjum Inko w wypadku wystąpienia ww. zmian, będzie uprawnione do wystąpienia o zmianę wynagrodzenia, nie będzie pokrywać kosztów związanych ze zmianą przepisów „z własnej kieszeni”.

Powyższe oznacza również, że dowód w postaci symulacji stawek dla specjalistów po zmianie minimalnej stawki godzinowej, zawartych w ofertach Konsorcjum Inko i Konsorcjum Promost, przedstawiony przez Odwołującego na rozprawie, z której w ocenie Odwołującego wynika konieczność wezwania tych wykonawców do złożenia wyjaśnień w zakresie sposobu kalkulacji ceny oferty mających na celu potwierdzenie jej zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy nie ma zatem znaczenia dla rozpoznania odwołania w powyższym zakresie.

Wobec powyższego, Izba uznała zarzut nr 2 odwołania za nieuzasadniony.

W odniesieniu do zarzutu 3 odwołania Izba wskazuje:

Zgodnie z art. 224 ust. 1 oraz ust. 3 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 wynikających z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych.

Wyjaśnienia, o których mowa w ust. 1, mogą dotyczyć w szczególności 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. (Dz. U. 2020 r. poz. 2207) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie.

Obowiązek złożenia wyjaśnień, na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, powstaje wówczas, gdy w ocenie zamawiającego zaoferowana cena wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzi jego wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami.

Ze stanowiska Zamawiającego przedstawionego w odpowiedzi na odwołanie wynika jednoznacznie, iż stawki za „dniówkę” zaoferowane przez Konsorcjum Inko oraz Konsorcjum Promost odpowiednio w wysokości 170 zł oraz 180 zł nie wzbudziły u Zamawiającego wątpliwości. Jak stwierdził Zamawiający stawki powyższe stanowiły stawkę umożliwiającą nawiązanie współpracy z określonymi specjalistami, przy zachowaniu minimalnych stawek wynikających z Rozporządzenia.

W związku z powyższym, to na Odwołującym spoczywał ciężar udowodnienia lub choćby uprawdopodobnienia, że wskazane stawki za „dniówkę” wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z jego warunkami.

W świetle okoliczności, które Izba wskazała w uzasadnieniu wyroku w odniesieniu do zarzutu nr 2 odwołania, Izba nie znalazła podstaw, aby stwierdzić naruszenie przez Zamawiającego art. 224 ust. 1 oraz art. 224 ust. 3 pkt 4 ustawy Pzp, a zatem zarzut ten podlegał oddaleniu.

W odniesieniu do zarzutu 4 odwołania, Izba podkreśla przede wszystkim, że Odwołujący nie wykazał, że kwestionowany przez Odwołującego i wskazany jako koszt istotnej części składowej ceny - koszt środka transportu, wskazany w

ofertach wykonawców: Konsorcjum Promost, Multiconsult, ECM oraz Safege jest rażąco niski oraz że nie pozwala na pokrycie kosztów wykonania zamówienia w tym zakresie.

Odwołujący w powyższym zakresie wskazał jedynie na różnicę w kalkulacji kosztów, pomiędzy ofertami ww. wykonawców oraz własnymi założeniami dotyczącymi wysokości tego kosztu. Różnica wyniosła 800 zł. W ocenie Izby fakt, iż ww. wykonawcy nie skalkulowali kosztu związanego ze środkiem transportu na poziomie niższym od kosztu wskazanego przez Odwołującego obliczonego zgodnie z założeniami Odwołującego nie oznacza, że uzasadnione jest twierdzenie, że wykonawcy ci nie skalkulowali wszystkich kosztów wykonania zamówienia w tym zakresie lub zakładają wykonanie zamówienia w sposób niezgodny z warunkami pkt 2.4 OPZ, a wobec powyższego celowe wydaje się skierowanie do tych wykonawców wezwań w trybie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 223 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba wskazuje, iż Odwołujący poczynił w zakresie kalkulacji kosztu środka transportu swoje założenia, związane przede wszystkim z koniecznością zakupu auta określonej marki, które spełniać będzie wytyczne SWZ oraz koniecznością przyjęcia kosztu ubezpieczenia samochodu na określonym poziomie.

Zamawiający i uczestnik postępowania wskazywali, że możliwe jest przyjęcie kosztu związanego ze środkiem transportu na poziomie wskazanym przez wykonawców, których koszty Odwołujący kwestionował.

Izba stwierdza, że powyższa różnica wynika z faktu, że wykonawcy to podmioty o różnym potencjale zawodowym, finansowym i technicznym, posiadający kreślone doświadczenie i relacje handlowe, które to okoliczności przekładają się na oferowane przez nich ceny. A zatem, to że wykonawca oferuje cenę niższą niż inni wykonawcy nie oznacza automatycznie, że jest to cena rażąco niska.

Izba wskazuje na wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach w wyroku z 21 czerwca 2010 r.

w sprawie o sygn. akt XIX Ga 175/10, z którego wynika, że: *dysproporcja cen zaoferowanych przez kilku wykonawców nie daje jeszcze podstaw do założenia, że cena najniższa podana przez jednego z wykonawców jest ceną rażąco niską, gdyż zależne jest to od efektywności oraz kosztów prowadzenia działalności określonego podmiotu. Po drugie, podstawą odrzucenia oferty jest zaoferowanie ceny „rażąco niskiej”, a nie ceny „niskiej”. Te dwa pojęcia nie są tożsame.*

Zatem biorąc pod uwagę wskazane powyżej okoliczności, w ocenie Izby, Zamawiający nie był zobligowany do wezwania ww. wykonawców do złożenia wyjaśnień w zakresie sposobu kalkulacji pozycji cenowej dotyczącej środka transportu.

Izba wskazuje również, że Zamawiający wyjaśnił, że wezwanie Konsorcjum Prokom Construction, który określił również koszt związany ze środkiem transportu w wysokości 5000 zł netto, do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny wynikało z faktu, że oferta tego wykonawcy zawierała cenę niższą o 37% od wartości zamówienia ustalonej przed wszczęciem postępowania. Wezwanie dotyczyło zatem globalnej ceny oferty tego wykonawcy, a nie tylko wartości pozycji dotyczącej środka transportu. Powyższe oznacza, że Zamawiający nie naruszył zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. Izba uznała, że wyjaśnienia Zamawiającego w tym zakresie są wystarczające do uznania, że zasada równego traktowania wykonawców oraz zachowania uczciwej konkurencji nie zostały przez Zamawiającego naruszone.

Izba podkreśla, iż zgodnie z przepisem art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający żąda od wykonawców wyjaśnień, jeżeli zaoferowana cena lub koszt lub ich istotne części składowe wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, a nie w sytuacji, gdy wykonawcy zaoferowali taką samą cenę w tych samych pozycjach formularza cenowego.

O kosztach postępowania Izba na podstawie art. 574 i art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu

o § 8 ust. 2 w zw. z § 5 pkt 1 i pkt 2 lit. a) i b) 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) i obciążyła tymi kosztami Odwołującego.

Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji.

Przewodniczący:

Członkowie:.....

.....