

Sygn. akt: KIO 3527/22

WYROK

z dnia 17 stycznia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Rafał Malinowski

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 stycznia 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 grudnia 2022 r. przez wykonawcę ZEC Service Sp. z o. o. z siedzibą we Wrocławiu, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Elektrociepłownia „Zielona Góra” S.A.

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia:

- O. A., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą ESOX O. A.,
- M. P., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „ESOX” M. P.,
- E. P., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą E. P. PHU „ESOX”

działających jako wspólnicy spółki cywilnej pod nazwą Przedsiębiorstwo Handlowo - Usługowe ESOX O. A., E. P., M. P. spółka cywilna z siedzibą w Zielonej Górze

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 224 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, a w jej ramach wezwanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia działających jako wspólnicy spółki cywilnej pod nazwą Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe ESOX O. A., E. A., M. P. spółka cywilna z siedzibą w Zielonej Górze do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, w zakresie wyliczenia istotnych części składowych ceny oferty w trybie art. 224 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.
2. Oddala odwołanie w pozostałym zakresie.
3. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża w 5/6 odwołującego ZEC Service Sp. z o. o. z siedzibą we Wrocławiu oraz w 1/6 zamawiającego Elektrociepłownia „Zielona

Góra” S.A. i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

4. Zasądza od zamawiającego Elektrociepłownia „Zielona Góra” S.A. na rzecz odwołującego ZEC Service Sp. z o. o. z siedzibą we Wrocławiu kwotę 3 334 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące trzysta trzydzieści cztery złote, zero groszy) z tytułu proporcjonalnego rozdzielenia kwoty wpisu od odwołania uiszczonej przez odwołującego.
5. W pozostałym zakresie znosi koszty między stronami.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2022 r., poz. 1710) 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:

Uzasadnienie

PGE Energia Ciepła S. A. prowadzi na rzecz Elektrociepłowni „Zielona Góra” S. A., zwanej dalej jako: „Zamawiający” postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710), dalej jako: „ustawa PZP”, którego przedmiotem jest wykonywanie robót budowlanych w zakresie budowy sieci i przyłączy ciepłych w ramach Nowych Przyłączeń do miejskiej sieci ciepłowniczej w Zielonej Górze.

Wartość zamówienia przekracza progi unijne, o których mowa w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy PZP.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 7 września 2022 r. pod numerem 2022/S 172-488447.

W dniu 30 grudnia 2022 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy ZEC Service Sp. z o. o. z siedzibą we Wrocławiu, dalej jako: „Przystępujący”, w którym zarzucił on Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP w związku z art. 224 ust. 1 ustawy PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przedsiębiorstwa Handlowo-Usługowego ESOX spółka cywilna O. A., E. P., M. P. (dalej: „Wykonawcy ESOX”), pomimo że istotne elementy części składowych zaoferowanej przez Wykonawcę ESOX ceny są rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia, ewentualnie
2. art. 224 ust. 1 ustawy PZP w związku z art. 224 ust. 6 ustawy PZP poprzez zaniechanie wezwania ESOX do złożenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny co do istotnych elementów części składowych zaoferowanej przez niego ceny (zarzut ewentualny);
3. art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy ESOX, pomimo że oferta została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;
4. art. 224 ust. 1 pkt 3 ustawy PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy ESOX, pomimo że cena oferty jest niezgodna z przepisami ustawy, co powoduje niezgodność oferty w ustawą;
5. art. 224 ust. 1 pkt 10 ustawy PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy ESOX, pomimo że cena oferty zawiera błędy w obliczaniu ceny (kosztu) w odniesieniu do stawki za roboczogodzinę;

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

W związku z postawionymi zarzutami Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty wykonawcy ESOX, ewentualnie nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej oraz nakazanie Zamawiającemu wezwania Wykonawcy ESOX do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny.

Stanowisko Odwołującego:

Argumentując postawione zarzuty Odwołujący wskazywał przede wszystkim, że części składowe wyceny wskazane w ofercie Wykonawcy ESOX w sposób bezsporny i niebudzący wątpliwości wskazują, iż ceny te noszą znamiona ceny rażąco niskiej. Odwołujący zwrócił uwagę, że stawką podstawową za wykonanie przedmiotowego zamówienia jest stawka godzinowa za roboczogodzinę prac objętych przedmiotem zamówienia. Wykonawca ESOX określił tę stawkę na poziomie 14,90 zł netto. Już powyższa kwestia powinna wzbudzić wątpliwości Zamawiającego, gdyż jest ona niższa niż minimalna stawka godzinowa określona przepisami prawa powszechnie obowiązującego, tj. ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (t.j. Dz.U. z 2020 r. poz. 2207) („ustawa o minimalnym wynagrodzeniu”) i wydanym na jej podstawie akcie wykonawczym, tj. rozporządzeniu 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. poz. 1690) („rozporządzenie na 2022 r.”).

Odwołujący zwrócił uwagę, że zgodnie z ww. przepisami minimalna stawka godzinowa w 2022 r. wynosi 19,70 zł, z kolei w roku 2023 będzie ona wynosić 22,80 zł od stycznia do końca czerwca oraz 23,50 zł od lipca 2023 r. Powyższe świadczy zdaniem Odwołującego, że oferowana przez Wykonawcę ESOX stawka za roboczogodzinę netto jest niższa niż minimalna stawka godzinowa. Trzeba wziąć pod uwagę, że realizacja Umowy będzie się odbywać w roku 2023 i następnych, a zatem w chwili składania ofert powyższe przepisy były znane lub powinny być znane Wykonawcy ESOX, będą też miały zastosowanie do wynagradzania pracowników wykonawcy.

Odwołujący dodał, że nie można ponadto zapominać, że do stawki godzinowej określonej w rozporządzeniu na 2022 r., jak i rozporządzeniu na 2023 r. należy doliczyć dodatkowo koszty pracodawcy (tj. płatne przez pracodawcę obowiązkowe składki) oraz przedstawił na tę okoliczność odpowiednie wyliczenia, z których wynikało, że w 2022 r. całkowity koszt pracodawcy w przypadku zatrudnienia w oparciu o stosunek pracy wynosi 3 626,46 zł.

Przyjmując, że średnia liczba godzin w miesiącu wynosi 152 ($3010/152=19,80$ zł), a zatem kwota zbliżona do minimalnej stawki godzinowej, minimalna roboczogodzina kosztowała będzie pracodawcę 23,85 zł.

W 2023 r. całkowity koszt pracodawcy będzie wynosił 4 204,75 zł. Przy średniej liczbie roboczogodzin w miesiącu równej 152 stawka godzinowa wynosić będzie 27,66 zł. Natomiast od lipca 2023 r. będzie to 28,53 zł. Wszystkie te kwoty są wyższe od przyjętego przez Wykonawcę ESOX wynagrodzenia za roboczogodzinę netto.

Odwołujący wskazał również, że wykonawca przewidział zysk na poziomie 18%, zaś wynagrodzenie netto za roboczogodzinę z uwzględnieniem kosztów pośrednich i zysku na poziomie 27,30 zł netto (tj. kwota bez VAT). Tym samym, obliczając kwotę bez zysku (tj. koszt roboczogodziny i koszty pośrednie), otrzymamy kwotę 23,08 zł netto. Kwota ta jest niższa nie tylko od kosztów roboczogodziny pracodawcy w 2023 r., które wynoszą odpowiednio 27,66 w pierwszym i 28,53 zł w drugim półroczu, ale także od kosztów roboczogodziny w 2022 r., oscylujących na poziomie 23,85 zł.

Odwołujący podkreślił, że w stawce 27,23 powinny być uwzględnione nie tylko koszty pracownicze (omówione wyżej), zysk określony przez Wykonawcę ESOX na poziomie 18%, ale także wszelkie koszty pośrednie (określone na poziomie odpowiednio 54,9% oraz 80%), które wiążą się z realizacją umowy. Wszystkie powyższe wyliczenia wskazują zatem jednoznacznie, że wynagrodzenie za roboczogodzinę nie uwzględnia stawki minimalnej wynagrodzenia pracownika, a zatem jest niezgodne z przepisami prawa powszechnie obowiązującego. Oznacza to, że oferta Wykonawcy ESOX powinna być już z tego powodu odrzucona jako niezgodna z ustawą.

Odwołujący zwrócił również uwagę na następujące kwestie:

- w stawce godzinowej powinno być także uwzględnione ryzyko braku waloryzacji minimalnej stawki godzinowej w odniesieniu do osób niezatrudnionych w oparciu o umowę o pracę (§ 4 pkt 4.8.2 wzoru umowy),
- zgodnie z punktem 4.4 SWZ „4.4. Zamawiający wymaga zatrudnienia przez Wykonawcę lub Podwykonawcę na podstawie umowy o pracę osób wykonujących czynności wskazane w pkt 2.1 OPZ – Załącznika nr 1 do SWZ w rozumieniu art. 22 § 1 ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. Kodeks pracy (t.j. Dz.U. 2020 poz. 1320 z późn. zm.)”,
- zgodnie z wytycznymi kosztorysowania w skład ceny robocizny wchodzi następujące składniki kosztów pracy robotników zatrudnionych bezpośrednio przy wykonywaniu robót budowlanych: wynagrodzenie zasadnicze, premie regulaminowe, dodatkowe składniki wynagrodzenia, inne świadczenia związane z pracą, obowiązkowe obciążenia płac, odpisy na zakładowy fundusz świadczeń socjalnych, mieszkaniowy itp.,

- w cenach jednostkowych uwzględnia się kosztorysową cenę pracy jednostki sprzętowej lub transportowej wraz z kosztami obsługi etatowej oraz kosztami jednorazowymi, uwzględniającymi koszty przewozu sprzętu lub środków transportu z bazy na budowę i z powrotem, montaż i demontaż na miejscu pracy albo przebrojenie.

Powyższe okoliczności, zdaniem Odwołującego, świadczą o tym, że stawka na poziomie 14,90 zł nie może uwzględniać ww. kosztów, a zatem jest stawką nierealną, nierynkową i niezgodną z ustawą.

Odwołujący dodał, że jako uzasadnienie rażąco niskiej ceny przyjętej przez wykonawcę stawki za roboczogodzinę należy także zauważyć, że są one istotnie niższe od stawek przyjętych w biuletynie cen robót Sekocenbud dla III kwartału 2022 r., gdzie określono je na wyższym poziomie (stawki III kwartał 2022 r dla Zielonej Góry – miejsca wykonywania prac) dla robót podobnych do objętych przedmiotowym zamówieniem. Stawki ukazane w tabeli przedstawionej przez odwołującego wahają się od 21,50 do 55,20.

Wobec powyższego, w razie nieuwzględnienia zarzutu nr 1, konieczne jest uzyskanie stosowanych wyjaśnień mających na celu przede wszystkim ustalenie, czy Wykonawca ESOX wykona należycie przedmiotowe zamówienie.

W zakresie pozostałych zarzutów Odwołujący wskazywał, co następuje:

Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy ESOX, pomimo że oferta została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji: Odwołujący zauważył, że jako czyn nieuczciwej konkurencji uznać należy praktykę manipulowania ceną oferty, np. poprzez określanie cen jednostkowych w taki sposób, że część cen określana jest na poziomie rażąco niskim, w oderwaniu od rzeczywistych kosztów i nakładów związanych z realizacją zamówienia, a część jest bez uzasadnienia zawyżona, by rekompensować zaniżenie innych cen, przy czym celem dokonywania takiej operacji jest zamierzona optymalizacja dokonanych wycen. „Optymalizacja” ta z reguły dokonywana jest w celu uzyskania przewagi nad innymi wykonawcami w przyjętych przez zamawiającego kryteriach oceny ofert, zawyżenia ostatecznego wynagrodzenia przysługującego wykonawcom lub otrzymania części wynagrodzenia za wykonanie zamówienia na wcześniejszym etapie realizacji umowy. Zdaniem Odwołującego Wykonawca ESOX zaniżył ceny jednostkowe, o których mowa powyżej, w sposób nieuprawniony, co z kolei wskazuje, że oferta została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji. Wykonawca ESOX zaoferował ceny jednostkowe w oderwaniu od rzeczywistych kosztów i nakładów związanych z realizacją zamówienia.

Zarzutek naruszenia art. 224 ust. 1 pkt 3 poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy ESOX, pomimo że cena oferty jest niezgodna z przepisami ustawy, co powoduje niezgodność oferty z ustawą: Zdaniem Odwołującego niezgodności z ustawą w przypadku tej oferty można dopatrzeć na dwóch płaszczyznach. Jak już wyżej omówiono, stawka za roboczogodzinę netto jest niższa niż stawki określone w rozporządzeniu na 2022 r., jak i w rozporządzeniu na 2023 r. Istotne jest zatem, że niezgodność z ustawą występuje na gruncie niezgodności z art. 224 ust. 3 pkt 4 ustawy PZP w zakresie, w jakim zawiera właśnie stawkę niższą niż określona w rozporządzeniu na 2022 r., jak i w rozporządzeniu na 2023 r.

Zarzutek naruszenia art. 224 ust. 1 pkt 10 poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy ESOX, pomimo że cena oferty zawiera błędy w obliczaniu ceny (kosztu) w odniesieniu do stawki za roboczogodzinę: Zaoferowanie przez Wykonawcę ESOX stawki roboczogodziny netto na poziomie 14,90 zł, tj. poniżej minimalnej stawki za roboczogodzinę i minimalnego wynagrodzenia za pracę, stanowi także błąd w obliczaniu ceny i z tego względu oferta tego wykonawcy powinna być odrzucona. Doktryna wskazuje, że błędy w obliczeniu ceny charakteryzują się tym, że nie można ich poprawić. Ingerencja bowiem w ofertę Wykonawcy ESOX co do cen jednostkowych za roboczogodzinę stanowiłaby nieuprawnioną ingerencję w cenę oferty, a nawet prowadzeniem nieuprawnionych negocjacji co do ceny jednostkowej.

Powyżej opisane okoliczności powinny zdaniem Odwołującego skutkować uwzględnieniem odwołania.

Dodatkowe stanowisko Odwołujący wyraził w piśmie procesowym z dnia 13 stycznia 2023 r.

Stanowisko Zamawiającego:

Stanowisko w sprawie zajął również Zamawiający przedstawiając odpowiedź na odwołanie i wnosząc o jego oddalenie.

Zamawiający podkreślił, iż żadna z części składowych oferty Wykonawcy ESOX nie budzi wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego w dokumentach zamówienia za zaoferowaną cenę.

Jak kontynuował, na etapie przygotowania postępowania przetargowego zostało przeprowadzone szacowanie wartości zamówienia w oparciu o ceny/stawki zawarte w aktualnie obowiązującej umowie nr 3310088512 zawartej w dniu 21.06.2021 r. z Wykonawcą ESOX, przy czym Zamawiający powiększył wartość szacowania o 20% z uwagi na obecną sytuację na rynku usług/robót budowlanych.

Jednocześnie Zamawiający podkreślił, iż prace wykonywane na podstawie ww. umowy były i są realizowane należycie, zgodnie z wymaganiami umowy i przepisów powszechnie

obowiązujących, w tym nie zaistniały przesłanki uprawniające do naliczenia Wykonawcy jakichkolwiek kar umownych.

Zamawiający wskazał również na inne umowy, które realizowane były na jego rzecz przez wykonawcę ESOX. Z analizy przedstawionych danych jasno wynika, że Wykonawca ESOX, uwzględniając zmieniające się uwarunkowania gospodarcze i koszty prac, sukcesywnie z każdą kolejną ofertą składaną w postępowaniach o tożsamym przedmiocie zamówienia, zwiększa oferowane przez siebie stawki. Tym samym, Zamawiający nie powziął wątpliwości co do zasadności przyjętej przez Przystępującego „stawki podstawowej R” na poziomie 14,90 zł, ponieważ, jak to zostało wskazane wyżej, jest to stawka wyższa niż stawka wynikająca z poprzednich umów obejmujących analogiczny zakres prac realizowanych przez Wykonawcę ESOX. W stosunku do aktualnie obowiązującej umowy, zawartej na lata 2021-2024, tzw. „stawka podstawowa R” wykonywania prac zaoferowana przez Wykonawcę ESOX w przedmiotowym Postępowaniu jest wyższa o ok. 17%.

Zamawiający dodał, iż wziął pod uwagę przy analizowaniu ofert złożonych w postępowaniu, wyjątkowo korzystne warunki realizacji prac, którymi dysponuje Wykonawca. Należy podkreślić, że ESOX jest firmą lokalną, która posiada własny park maszynowy oraz zaplecze techniczne zlokalizowane w bliskiej odległości od miejsca robót objętych przedmiotem zamówienia, co przekłada się na możliwość oferowania konkurencyjnych cen i stawek. Jest dla Zamawiającego oczywiste, że na oferowane przez Przystępującego stawki wpływa możliwość znacznego ograniczenia kosztów z uwagi na lokalizację prowadzonej przez niego działalności. Brak konieczności przemieszczania się pracowników ESOXA, zmniejszone koszty mobilizacji załogi, zapewnienia bazy noclegowej oraz wyżywienia (lub zwiększenia stawki żywieniowej pracownikom) obiektywnie są czynnikami umożliwiającymi znaczną oszczędność kosztów realizacji umowy.

Wobec powyższego, zdaniem Zamawiającego, nie ulega wątpliwości, że każdy z Wykonawców biorących udział w postępowaniu, pomimo funkcjonowania w podobnym środowisku, ma inne podejście do ustalenia ceny świadczenia oferowanych usług. Dodatkowo każdy z Wykonawców prowadzi indywidualną politykę kadrowo-płacową, koszty prowadzenia działalności w każdym przypadku również są indywidualne. O oferowanej cenie decydują w znacznej mierze czynniki obiektywne, niezależne od Zamawiającego, mające związek z przedmiotowym zamówieniem, takie jak: dogodność dla wykonawcy miejsce realizacji świadczenia robót, znajomość miejsca realizacji robót czy znajomość innych uczestników procesu budowlanego (w tym instytucji, urzędów itd.). Ponadto należy zwrócić uwagę na formę prowadzenia działalności przez Wykonawcę ESOX, tj. jako spółka cywilna, co wiąże się z minimalizowaniem kosztów prowadzenia działalności gospodarczej.

Mając powyższe na względzie, stawki oferowane przez ESOX, w ocenie Zamawiającego zostały ustalone na adekwatnym dla przedmiotu zamówienia poziomie i znajdują uzasadnienie m.in. w lokalnej działalności firmy i wieloletnim doświadczeniu w realizacji prac na rzecz Zamawiającego. Nadto, mając na uwadze fakt, że zakres prac, o wykonanie których ubiega się Przystępujący nie odbiega od zakresu prac realizowanych na podstawie umów zawartych w przeszłości — za niższe stawki, Zamawiający bez cienia wątpliwości przyjął, że Wykonawca jest w stanie wykonać przedmiot zamówienia zgodnie z warunkami określonymi w dokumentach zamówienia w oparciu o stawki wskazane w ofercie.

Zamawiający wyjaśnił również, że:

Stawka podstawowa R [zł/rbg] — stanowi jeden ze składników kalkulacyjnych ceny kosztorysowej, stawka, do kosztorysowania danej roboty, która będzie przyjmowana na etapie realizacji umowy (stawka ta nie jest minimalną stawką godzinową określoną przepisami prawa powszechnie obowiązującego, tj. ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (tj. DZ.U. z 2022 r. poz. 2207) i wydanym na jej podstawie akcie wykonawczym, tj. rozporządzeniu Rady Ministrów z dnia 14 września 2021 r. w sprawie minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2022 r. (Dz.U. 2021, poz. 1690). Stawka ta na żadnym etapie postępowania i w żadnym dokumencie nie została określona przez Zamawiającego jako minimalna stawka godzinowa w rozumieniu ww. przepisów, nie zostało również nigdzie przez Zamawiającego wskazane, że stawka ta powinna zawierać w sobie wszystkie koszty związane z zatrudnianiem pracowników, a żaden z wykonawców nie składał wniosku o wyjaśnienie treści SWZ w tym zakresie.

Koszty pośrednie Kp od R - stanowi jeden ze składników kalkulacyjnych ceny kosztorysowej, wartość % do kosztorysowania danej roboty, która będzie przyjmowana na etapie realizacji umowy (Zamawiający żądał wskazania tej wartości na etapie postępowania w celu uniknięcia jej zawyżania na etapie kosztorysowania na etapie realizacji umowy). Zamawiający nie precyzował, co w jego ocenie wykonawcy powinni uwzględnić w kosztach pośrednich, a żaden z wykonawców nie składał wniosku o wyjaśnienie treści SWZ w tym zakresie.

Koszty pośrednie Kp od S - stanowi jeden ze składników kalkulacyjnych ceny kosztorysowej, wartość % do kosztorysowania danej roboty, która będzie przyjmowana na etapie realizacji umowy (Zamawiający żądał wskazania tej wartości na etapie postępowania w celu uniknięcia jej zawyżania na etapie kosztorysowania na etapie realizacji umowy). Zamawiający nie precyzował, co w jego ocenie wykonawcy powinni uwzględnić w kosztach pośrednich.

Stawka końcowa = BAZA — pozycja określona przez Zamawiającego w Formularzu Cenowym, wyliczona na etapie składania ofert przez wykonawcę, która służy

Zamawiającemu do określenia wysokości wynagrodzenia, wyliczona na podstawie stawki podstawowej R [zł/rbg], kosztów pośrednich Kp od R i Zysku Z.

Zamawiający podkreślił, iż w żaden sposób nie narzucał Wykonawcom sposobu ustalenia stawek kosztorysowych określonych w pierwszej tabeli Formularza Cenowego i nie wskazywał, co powinno się w nich znajdować. Jednocześnie, w związku z wyżej określonym mechanizmem działania tabeli cenowych, Zamawiający zweryfikował, że kwota określona jako „stawka końcowa = BAZA” jest kwotą przewyższającą minimalne godzinowe wynagrodzenie ustalone na podstawie ww. przepisów, a więc nie istniały jakiegokolwiek podstawy do wzywania Wykonawcy do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny.

W związku z powyższym, zdaniem Zamawiającego, odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Stanowisko Przystępującego:

Stanowisko w sprawie zajęli również wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego działający jako wspólnicy spółki cywilnej pod nazwą Przedsiębiorstwo Handlowo - Usługowe ESOX O. A., E. P., M. P. spółka cywilna z siedzibą w Zielonej Górze, zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, dalej jako: „Przystępujący”.

Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania oraz przedstawił argumentację na odparcie zarzutów Odwołującego. Zdaniem Przystępującego złożona przez niego oferta nie spełnia przesłanek koniecznych do uznania, że zaoferowana przez Wykonawcę cena realizacji przedmiotu zamówienia jest rażąco niska, ani też, że cena któregośkolwiek z elementów części składowych oferty jest rażąco niska. Skoro Zamawiający nie powziął wątpliwości co do ceny zaoferowanej przez Wykonawcę na zrealizowanie przedmiotu zamówienia nie miał obowiązku dokonywania jej badania pod kątem weryfikacji, czy jest ona rażąco niska, tym bardziej, że nie zostały spełnione ustawowe przesłanki obligatoryjnego badania rażąco niskiej ceny przewidziane w art. 224 ust 2 PZP.

Przystępujący podkreślił, iż z porównania wartości ofert złożonych przez Przystępującego i Odwołującego wynika, że różnica wynikająca ze średniej arytmetycznej tych ofert to 20,25% - nie został zatem przekroczony próg obligujący Zamawiającego do badania rażąco niskiej ceny. Jak kontynuował, dokonał on prawidłowej i zgodnej z przepisami kalkulacji ceny stawki godzinowej, umieszczonej w pozycji pierwszej formularza cenowego w kwocie 14,90 netto bez narzutów wykazanych w dalszych punktach formularza.

Jak dodał Przystępujący analiza kalendarza dni i godzin roboczych prowadzi do konkluzji, że średnia liczba godzin roboczych w roku 2022 to 168 miesięcznie – co stanowi istotną różnicę wobec 151 godzin wskazanych przez Odwołującego. Wykonując zatem oczywiste działanie

matematyczne polegające na obliczeniu ilorazu kwoty 3010 zł (minimalne wynagrodzenie zagwarantowane ustawowo) i 168 (średnia liczba roboczogodzin w miesiącu) otrzymamy kwotę 17,92 zł przy czym jest to kwota BRUTTO. Powyższe prowadzi do konkluzji, że Odwołujący nie tylko błędnie wskazał na liczbę roboczogodzin w miesiącu, ale następnie porównał kwoty netto i brutto – co z oczywistych względów jest nieprawidłowe. Kwota netto obliczona od 17,92 zł to 14,07 zł – a zatem kwota oferowana przez Przystępującego w postępowaniu (14,90 zł) jako stawka roboczogodziny nie jest stawką określoną w sprzeczności z przepisami prawa.

Zdaniem Przystępującego istotne z punktu widzenia przeprowadzania takiej kalkulacji jest także i to, że Przystępujący działa na swoim rynku lokalnym w miejscu prowadzenia działalności gospodarczej, roboty będzie wykonywał przy pomocy zatrudnionych pracowników (nie zaś podwykonawców), którym nie musi zapewniać dojazdów, ani zaplecza socjalnego (noclegów, posiłków), bowiem są to osoby zamieszkałe na terenie miejsca wykonywania prac objętych postępowaniem. Wykonawca skalkulował wszystkie dodatkowe koszty wymagane do prawidłowej kalkulacji ceny. Wykonawca wskazuje, że w formularzu cenowym znajdują się pozycje takie jak: koszty pośrednie od roboczogodziny (54,9%), koszty pośrednie użycia sprzętu (80%), przewidziano także zysk na poziomie 18%. Istotnie Wykonawca nie dokonał kalkulacji zatrudnienia pracowników zamiejscowych – bo takich pracowników nie zatrudnia i nie planuje zatrudniać. Wykonawca dysponuje długoletnim, stabilnym zespołem zatrudnionych na umowę o pracę osób.

Przystępujący zwrócił również uwagę, że:

- wbrew twierdzeniom Odwołującego w projekcie umowy znajdują się postanowienia waloryzacyjne jeśli zmianie ulegnie minimalne wynagrodzenie za pracę lub wysokość minimalnej stawki godzinowej,
 - mając na uwadze wcześniejszą współpracę z Zamawiającym ma już przygotowany park maszynowy, a także wykwalifikowanych pracowników do realizacji zadań zleczanych do realizacji przedmiotu zamówienia opisanego w przedmiotowym zamówieniu,
 - na każdą cenę ma wpływ cały szereg okoliczności i czynników indywidualnie dotyczących każdego przedsiębiorcy, przywołując jednocześnie fragment uzasadnienia wyroku KIO z dnia 24 lutego 2022 r., KIO 207/22,
 - dokonał kalkulacji ceny w sposób prawidłowy z uwzględnieniem zasad prowadzenia działalności gospodarczej, tj. z założeniem prawidłowego zrealizowania umowy zgodnego z oczekiwaniami Zamawiającego i uzyskania zysku,
 - nie ma obowiązku posługiwania się SECOCENBUDEM przy kalkulacji swoich robót.
- Publikacja ta ma charakter wyłącznie pomocniczy.

Dodatkowe stanowisko Przystępujący wyraził również w trakcie rozprawy.

Po przeprowadzeniu posiedzenia i rozprawy z udziałem stron i uczestników postępowania, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 ustawy PZP. Ponadto Izba ustaliła, że Odwołujący posiada interes we wniesieniu odwołania wynikający z art. 505 ustawy PZP.

Izba postanowiła dopuścić do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, tj. O. A. - prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą ESOX O. A., M. P. - prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „ESOX” M. P. oraz E. P.- prowadzący działalność gospodarczą pod firmą E. P. PHU „ESOX”, działających jako wspólnicy spółki cywilnej pod nazwą Przedsiębiorstwo Handlowo - Usługowe ESOX O. A., E. P., M. P. spółka cywilna z siedzibą w Zielonej Górze. Wszystkie warunki formalne związane ze zgłoszonym przystąpieniem zostały spełnione, a zatem należało uznać je za skuteczne.

Izba dokonała ustaleń faktycznych w oparciu o zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, tj. przede wszystkim w oparciu o dokumentację przedmiotowego postępowania, której treść była kluczowa dla rozstrzygnięcia sprawy.

Ponadto w ramach postępowania odwoławczego złożone zostały następujące dowody:

1. Zamawiającego:

- a. Wyciąg z umowy nr 3310088512 pn. „UMOWA SUKCESYWNA dotycząca wykonywania robót budowlanych w zakresie budowy sieci i przyłączy ciepłych w ramach Nowych Przyłączy do miejskiej sieci ciepłowniczej na terenie miasta Zielona Góra”,
- b. Wyciąg z umowy nr C18Z170031 na „Wykonywanie robót budowlanych w zakresie budowy sieci i przyłączy ciepłych w ramach Nowych Przyłączy do miejskiej sieci ciepłowniczej”,
- c. Wyciąg z umowy nr S18Z170001 na wykonywanie robót budowlanych w ramach budowy/rozbudowy oraz modernizacji węzłów ciepłowniczych wraz z ich infrastrukturą oraz ich dostawą dla Elektrociepłowni „Zielona Góra” S.A.
- d. Wyciąg z umowy nr 3310090169 na usługi w ramach montażu, demontażu oraz modernizacji węzłów ciepłowniczych wraz z infrastrukturą na terenie Zielonej Góry,

- e. Wyciąg z umowy nr C18Z170030 na wykonywanie robót budowlanych w ramach utrzymania (awarie, usterki, remont bieżący/remont planowy) oraz modernizacja sieci ciepłowniczych na obiektach i instalacjach należących do Elektrociepłowni „Zielona Góra” S.A.
- f. Wyciąg z umowy nr 3310075589 na wykonywanie robót budowlanych w ramach utrzymania i modernizacji istniejących sieci ciepłowniczych wraz z infrastrukturą na terenie Zielonej Góry,
- g. Wyciąg z umowy nr 3310086995 na wykonywanie robót budowlanych w ramach utrzymania (awarie, usterki, remont bieżący/remont planowy) oraz modernizacja sieci ciepłowniczych na obiektach i instalacjach należących do Elektrociepłowni „Zielona Góra” S.A. na terenie miasta Zielona Góra
- h. Referencje wykonawcy ESOX

2. Przystępującego:

- a. Wydruk ze strony internetowej <https://kalendarz.livecity.pl/czas-pracy/2022> wskazującego na ilość dni i godzin roboczych w poszczególnych miesiącach roku 2022
- b. Wydruk ze strony internetowej <https://kalendarz.livecity.pl/czas-pracy/2023> wskazującego na ilość dni o godzin roboczych w poszczególnych miesiącach roku 2023

Wydając rozstrzygnięcie Izba oparła się jednak tylko na niektórych dowodach, co znajdzie wyraz w treści uzasadnienia.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny sprawy:

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest wykonywanie robót budowlanych w zakresie budowy sieci i przyłączy ciepłych w ramach Nowych Przyłączy do miejskiej sieci ciepłowniczej w Zielonej Górze.

Do dnia upływu terminu składania ofert, tj. 20 października 2022 r. godz. 13:00, w postępowaniu wpłynęły 2 oferty, tj. oferta Odwołującego oraz Przystępującego, opiewające odpowiednio na kwoty 36 112 922,34 zł brutto oraz 23 952 337,23 zł brutto.

Zgodnie z punktem 20.3.2 SWZ oferta powinna zawierać m. in. formularz cenowy, którego wzór stanowi załącznik nr 7 do SWZ, w postaci elektronicznej, opatrzony kwalifikowanym podpisem elektronicznym.

Przystępujący wraz z oferta złożył wymagany Formularz Cenowy, w którym wskazał następujące dane:

Stawka	podstawowa	R	14,90
--------	------------	---	-------

[zł/rbg]	
Koszty pośrednie Kp [%] od R	54,9%
Koszty pośrednie Kp [%] od S	80,0%
Zysk Z [%] od (R+Kp (R)) + (S+Kp (S))	18,00%
Stawka końcowa= BAZA	27,23
Koszt zakupu Kz [%]	5

Podstawą dla kalkulacji ceny oferty Przystępującego było przemnożenie stawki 27,23 z szacowaną ilością roboczogodzin w wysokości 693630, co dawało kwotę 18.887.544,90 netto (23.231.680,23 brutto). Do ceny oferty należało również doliczyć dodatkowe elementy zgodnie z tabelą 1.2 załącznika nr 7 do SWZ, tj. montaż lokalizatora, obsługa geodezyjna oraz dokumentacja powykonawcza, co składało się na całkowitą cenę oferty w wysokości 23.952.337,23 zł brutto.

Zgodnie z punktem 23.2 SWZ Cena Oferty uwzględnia wszelkiego rodzaju opłaty oraz podatki oraz wszystkie koszty związane z realizacją Zamówienia, transport, ewentualne upusty i rabaty oraz pozostałe składniki cenotwórcze. Podana cena nie ulega zmianie przez okres realizacji (wykonania) Zamówienia, z zastrzeżeniem warunków wynikających z Umowy w sprawie zamówienia, której projekt stanowi Załącznik nr 2 do SWZ.

Zgodnie z § 4 punkt 4.1 załącznika nr 2 do SWZ „Projekt umowy” ostateczna wartość Wynagrodzenia Umownego stanowić będzie sumę wartości wynagrodzeń za faktycznie zrealizowane przez Wykonawcę i odebrane przez Zamawiającego Prace w okresie obowiązywania Umowy.

Z kolei zgodnie z punktem 4.2 wzoru umowy „rozliczanie wykonanych Prac, realizowanych w ramach Zamówień w ramach Umowy będzie się odbywało na podstawie ryczaftu, kosztorysów powykonawczych Zamawiający każdorazowo w Zamówieniu określi sposób rozliczenia dla poszczególnych inwestycji) na podstawie i z zachowaniem kolejności następujących cen i stawek:

4.2.1 jednostkowych stawek ryczałtowych określonych w Katalogu Czynności, stanowiącym Załącznik nr 3 do Umowy;

4.2.2 ilości wykonanych prac i stawek kosztorysowych określonych w Załączniku nr 3 do Umowy oraz nakładów pracochłonności określonych w katalogach KNR, KNC lub innych katalogach norm pracy zaakceptowanych przez obie Strony w niniejszej Umowie;

4.2.3 na podstawie wystawionych Wykonawcy faktur VAT za części zamienne lub materiały, pod warunkiem, że przed realizacją dostawy lub wykonaniem usługi Wykonawca przedłoży Zamawiającemu do zatwierdzenia cenniki dostarczanych materiałów lub części zamiennych, a przedstawione ceny będą cenami rynkowymi. Do powyższych cen Wykonawca doliczy koszty zakupu w wysokości 5%.”

Zgodnie z informacją zawartą we wzorze umowy, Załącznik nr 3 – Katalog czynności, zostanie opracowany na podstawie Formularza cenowego.

Zgodnie z informacją z dnia 20 grudnia 2022 r., za najkorzystniejszą w postępowaniu uznano ofertę Przystępującego, przyznając jej 100 punktów. Na drugim miejscu uplasowała się oferta Odwołującego z punktacją na poziomie 66,33 pkt.

Izba zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności Izba pragnie wskazać, że zarzut zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego był zarzutem oczywiście przedwczesnym. Każdorazowo bowiem przed odrzuceniem oferty z uwagi na rażąco niską cenę zastosowanie powinna mieć procedura wyjaśniająca, która w prowadzonym postępowaniu nie miała miejsca. Brak przeprowadzenia tej procedury wyklucza również, zdaniem Izby, możliwość przesądzenia o zasadności pozostałych postawionych przez odwołującego zarzutów, które również należy uznać za przedwczesne.

Z tego względu na uwzględnienie zasługiwał jedynie zarzut naruszenia art. 224 ust. 1 ustawy PZP poprzez zaniechanie wezwania Przystępującego do złożenia wyjaśnień ceny. Dopiero złożenie i późniejsza ocena wyjaśnień może ewentualnie stanowić punkt wyjścia dla ustalenia zasadności pozostałych zarzutów, które na dzień wyrokowania są zarzutami przedwczesnymi, a zatem zasługiwały na oddaleniu.

Odnosząc się zatem do zakresu uwzględnionego, Izba pragnie stwierdzić, co następuje:

W pierwszej kolejności należy zwrócić uwagę na treść art. 224 ust. 1 ustawy PZP, zgodnie z którym, 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.

Z powyższego wynika, że nie tylko cena całkowita oferty może podlegać badaniu pod kątem rażąco niskiej ceny, ale również jej istotne części składowe. Przepis art. 224 ust. 1 ustawy PZP determinuje kryterium badania ceny oferty lub jej istotnej części składowej pod kątem rażąco niskiego charakteru, którym jest przekonanie Zamawiającego co do tego, że dana cena wydaje się być rażąco niska lub budzi jego wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów.

W zakresie interpretacji pojęcia istotnej części składowej Izba w pełni podziela stanowisko wyrażone w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 stycznia 2019 r., w którym wskazano, że istotnymi są te elementy, których wartościowy udział w przedmiocie zamówienia jest znaczny lub od których – ze względu na ich merytoryczne znaczenie – zależy osiągnięcie zasadniczych celów, dla których zamówienie jest udzielane. Chodzi więc o elementy istotne pod względem wartościowym lub merytorycznym, mogące zaważyć na powodzeniu zamówienia jako całości (tak: wyrok z dnia 18 stycznia 2019 r., KIO 2678/18).

W niniejszej sprawie w zasadzie nie ulega wątpliwości, że elementy kwestionowane przez Odwołującego, tj. stawka podstawowa za roboczogodzinę, ma charakter istotnej części składowej ceny oferty Przystępującego. Na jej podstawie wyliczane są bowiem pozostałe składniki jak koszty pośrednie oraz zysk, a także ostatecznie stawka końcowa, która jest podstawą dla kalkulacji całej ceny.

Przechodząc zatem do pytania, czy w niniejszej sprawie Zamawiający powinien był powziąć wątpliwości w zakresie zaoferowanej przez Przystępującego stawki podstawowej za roboczogodzinę, zdaniem Izby odpowiedź jest twierdząca.

Do przyjęcia takiego zapatrywania skłoniły Izbę następujące okoliczności.

Po pierwsze, w odniesieniu do stanowiska Przystępującego, który wskazał, że dokonał prawidłowej i zgodnej z przepisami kalkulacji ceny stawki godzinowej, umieszczonej w pozycji pierwszej formularza cenowego w kwocie 14,90 netto bez narzutów wykazanych w dalszych punktach formularza, Izba pragnie stwierdzić, co następuje. Przed wszystkim wskazać należy, że rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 14 września 2021 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2022 r. ustaliło minimalne wynagrodzenie za pracę w wysokości 3010 zł, co

dotyczy osób w tzw. zatrudnieniu pracowniczym. Z kolei minimalna stawka godzinowa w wysokości 19,70 zł dotyczy pozostałych form zatrudnienia, np. umowy zlecenia. W następnej kolejności należy wskazać, iż są to kwoty brutto. Stawki netto, zarówno w przypadku wynagrodzenia minimalnego, jak też minimalnej stawki godzinowej, będą się różnić, w zależności od ulg podatkowych, zakresu podlegania ubezpieczeniom, podleganiu pod pracownicze plany kapitałowe czy np. wieku osoby zatrudnionej – zgodnie bowiem z art. 21 ust. 1 pkt 148 ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 2647) wolne od podatku dochodowego są np. przychody ze stosunku pracy lub określonego rodzaju umów zlecenia otrzymane przez podatnika do ukończenia 26. roku życia, do wysokości nieprzekraczającej w roku podatkowym kwoty 85 528 zł. Nie jest więc tak, że można określić jedną stawkę netto jaka będzie przysługiwała danej osobie zatrudnionej, za każdym razem będzie to zależało od okoliczności.

Również w przypadku wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę należy uwzględnić, że nie każdy musi być zatrudniony w pełnym wymiarze. W takim przypadku, jak wskazywał w piśmie procesowym Odwołujący, wysokość minimalnego wynagrodzenia ustala się w kwocie proporcjonalnej do liczby godzin pracy przypadającej do przepracowania przez pracownika w danym miesiącu, biorąc za podstawę wysokość minimalnego wynagrodzenia ustalonego na podstawie ustawy (art. 8 ust. 1 ustawy o minimalnym wynagrodzeniu za pracę – Dz. U. z 2020 r. poz. 2207).

Nieprawidłowym jest więc podejście Przystępującego, który w stanowisku procesowym dokonał prostego dzielenia kwoty 3010 zł (minimalne wynagrodzenie brutto w roku 2022) przez średnią liczbę godzin pracy w miesiącu i na tej podstawie podnosił, że zaoferowana przez niego stawka jest wyższa niż minimalna stawka godzinowa wynikająca z przepisów. Izba w tym zakresie przyjęła argumentację Odwołującego, że ustawowy obowiązek zagwarantowania pracownikowi wynagrodzenia w wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę należy bowiem odnosić do każdego miesiąca z osobna, a nie średniej rocznej. Z kolei dla innych podstaw zatrudnienia znaczenie ma po prostu liczba przepracowanych godzin w miesiącu.

Przechodząc od tych ogólnych rozważań na grunt niniejszej sprawy wskazać należy, że w formularzu cenowym, wykonawcy mieli obowiązek wskazać m. in. stawkę podstawową [zł/rbg] oznaczoną symbolem R, jak również koszty pośrednie od tej stawki. Oprócz tego należało wskazać koszty pośrednie od S, co jak zostało wyjaśnione na rozprawie oznacza koszty pośrednie od sprzętu, a także zysk oraz stawkę końcową.

Nie ulega przy tym wątpliwości, że skrót „zł/rbg” oznacza pewną wartość wyrażoną w walucie przyjętą przez danego wykonawcę za świadczenie jednej roboczogodziny. W pozycji tej należało więc wpisać stawkę przyjętą przez wykonawcę za świadczenie jednej godziny pracy polegającej na realizacji przedmiotu zamówienia. Wynika to bezsprzecznie z brzmienia formularza cenowego. Z kolei na wysokość tej stawki powinny mieć wpływ główne czynniki kosztotwórcze związane z realizacją zamówienia. Jednym z takim czynników bez wątpienia jest koszt wynagrodzenia osób, które czynności te będą realizować.

Izba w tym zakresie nie zgodziła się z argumentacją Zamawiającego prezentowaną w odpowiedzi na odwołanie, że stawka ta jest pewną wartością wyjściową, z której wylicza się finalnie wszystkie pozostałe prace, ale w zasadzie Zamawiający nigdzie nie wskazał, że stawka ta powinna zawierać w sobie wszystkie koszty związane z zatrudnianiem pracowników. Owszem: 1) na jej podstawie wyliczane są pozostałe stawki, w tym stawka końcowa, 2) stawka ta nie musi zawierać wszystkich kosztów związanych z zatrudnianiem pracowników, ale nie ulega wątpliwości, że należało w niej uwzględnić m. in. stawkę za godzinę pracy polegającej na realizacji przedmiotu zamówienia, a jednym z głównym czynników wpływających na tę stawkę jest koszt wynagrodzenia osób wykonujących czynności w ramach realizacji zamówienia.

Wynika to wprost z brzmienia formularza cenowego. Pozycja ta nie dotyczy więc jakichkolwiek kosztów, a jedynie kosztów za jedną roboczogodzinę. Z kolei z tymi kosztami związane są właśnie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz minimalnej stawki godzinowej, obowiązek których przestrzegania wynika z powszechnie obowiązujących przepisów prawa.

Zdaniem Izby nie ulega również wątpliwości, co należy rozumieć przez pozycję kosztów pośrednich od ww. stawki. Kosztami pośrednimi od kosztów jednej roboczogodziny są koszty, które nie mogą być jednoznacznie wskazane jako bezpośrednio związane z kosztem jednej roboczogodziny, ale które można określić jako poniesione w związku z tymi kosztami. Będą to więc wszystkie koszty uboczne dla tejże stawki podstawowej (przykładem takiego kosztu może być np. koszt zapewnienia odzieży roboczej pracownikom).

Koszty pośrednie od pracy sprzętu należy rozumieć w ten sam sposób. Będą to wszystkie koszty uboczne związane z pracą sprzętu (np. koszty napraw, konserwacji itp.).

Wobec powyższego, zdaniem Izby, nieuprawnionym jest twierdzenie Zamawiającego i Przystępującego, że wykonawca składający ofertę mógł w zasadzie w każdej z ww. pozycji skalkulować koszty dowolnej kategorii, a zamawiający nie precyzował co powinny określać

poszczególne pozycje. Treść formularza cenowego jest jasna i nie pozostawia w tym zakresie żadnych wątpliwości.

Wskazać również należy, iż pozbawionym sensu byłoby wyodrębnianie stawki podstawowej za roboczogodzinę, kosztów pośrednich oraz stawki końcowej, gdyby przyjąć argumentację Zamawiającego, że w zasadzie można w nich było ująć dowolne koszty. W takim wypadku zasadnym byłoby określenie jedynie stawki końcowej, bez jej rozbijania na poszczególne elementy i na jej podstawie skalkulowanie ceny ofertowej. Skoro jednak z formularza cenowego wynikał obowiązek wskazania poszczególnych kategorii stawek, to obowiązkiem wykonawców było wskazywanie w poszczególnych pozycjach kosztów, które do nich się zaliczały.

Powyższe ma tym większe znaczenie, iż zgodnie z punktem 4.2 umowy rozliczanie wykonanych prac będzie odbywało się m. in. 1) na podstawie jednostkowych stawek ryczałtowych określonych w Katalogu Czynności, stanowiącym Załącznik nr 3 do Umowy oraz 2) ilości wykonanych prac i stawek kosztorysowych określonych w Załączniku nr 3 do Umowy oraz na podstawie nakładów pracochłonności określonych w katalogach KNR, KNC lub innych katalogach norm pracy zaakceptowanych przez obie Strony w niniejszej Umowie. Z kolei załącznik nr 3 do umowy, tj. Katalog Czynności zostanie opracowany na podstawie Formularza cenowego. Należy z tego wywodzić, że poszczególne wartości wskazane w formularzu cenowym, nie tylko stawka końcowa, będzie miała znaczenie w rozliczaniu poszczególnych prac. Tym bardziej więc poszczególne stawki określone w formularzu cenowym powinny odpowiadać kategoriom kosztów, których dane pozycje formularza dotyczą.

Podsumowując więc tę część rozważań wydaje się, że treść Formularza Cenowego, który stanowi załącznik nr 7 do SWZ, jasno wskazywała na kategorie kosztów jakie należy skalkulować w poszczególnych pozycjach. Tak więc stawka podstawowa dotyczyła kosztów jednej roboczogodziny. Wszystkie koszty uboczne dotyczące stawki podstawowej powinny zostać ujęte w pozycji Kp od R, a koszty pośrednie pracy sprzętu w pozycji Kp od S.

Izba nie wyklucza, że z uwagi na to, że ww. kategorie kosztowe bardzo często są ze sobą powiązane, mogą między nimi następować pewne przesunięcia. Natomiast na obecnym etapie, uwzględniając jedynie treść formularza cenowego, nie wiadomo w jaki sposób Przystępujący dokonał kalkulacji ceny swojej oferty, a w szczególności nie wiadomo w jaki sposób skalkulował koszty pracy i czy uwzględnił w ich ramach stawki minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz minimalne stawki godzinowe. Wskazanie stawki za jedną roboczogodzinę w wysokości 14,90 zł netto, biorąc pod uwagę argumentację znajdującą się

w odwołaniu, budzi poważne wątpliwości co do prawidłowego skalkulowania istotnej części składowej ceny oferty Przystępującego i kwestia ta powinna zostać wyjaśniona.

Wątpliwości jakie powinien był powziąć Zamawiający w zakresie sposobu skalkulowania kosztów pracy potwierdza punkt 23 odpowiedzi na odwołanie. Wskazuje w nim Zamawiający, że stawka podstawowa nie uwzględnia kosztów pośrednich, w których mogą znajdować się koszty związane z zatrudnieniem pracowników. Jak dalej zauważa, co do zasady w kosztach pośrednich za pracę sprzętu zawarte są koszty m. in. pracy jednostki sprzętowej wraz z kosztami obsługi etatowej. Z przytoczonego fragmentu wynikałoby, że koszty pracy mogły zostać skalkulowane przez Przystępującego w trzech pozycjach, jednak nie wiadomo ostatecznie w której i w jakiej wysokości. Nie można zatem na podstawie samego formularza cenowego stwierdzić czy założenia Przystępującego uwzględniają regulacje dotyczące minimalnego wynagrodzenia oraz minimalnej stawki godzinowej, skoro nawet sam Zamawiający nie ma pewności co do tego, w jakiej wysokości koszty te zostały przez Przystępującego ostatecznie skalkulowane.

Wydaje się więc, że zasadnym byłoby wyjaśnienie tej kwestii w oparciu o art. 224 ust. 1 ustawy PZP, a zatem zarzut postawiony w odwołaniu należało uznać za trafiony.

Podsumowując zatem, zdaniem Izby, poprzez przedstawioną w odwołaniu argumentację Odwołujący wykazał, że istnieją poważne wątpliwości w zakresie prawidłowego uwzględnienia w ofercie Przystępującego kosztów pracy, w szczególności w zakresie stawki za roboczogodzinę i jej zgodności z wysokością minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz minimalnej stawki godzinowej. Powyższe uzasadnione jest również faktem, iż realizacja zamówienia będzie trwała 27 miesięcy, a więc w latach 2023 i kolejnych, gdzie koszty pracy ulegną (lub już uległy) zwiększeniu w porównaniu z 2022 r. Biorąc pod uwagę datę wszczęcia postępowania oferenci powinni mieć tę okoliczność na uwadze. Dlatego też w składanych wyjaśnieniach Przystępujący powinien wykazać, w jaki sposób w ofercie skalkulował koszty pracy, skonfrontować wskazaną przez niego stawkę 14,90 zł netto z poziomem stawek wynikających z powszechnie obowiązujących przepisów prawa i wskazać na ewentualne przesunięcia skalkulowanych kosztów pracy w ramach innych pozycji formularza cenowego.

Na marginesie jedynie Izba pragnie wskazać, iż pomimo doświadczeń zamawiającego we współpracy z przystępującym, nie można uznać, że w niniejszej sprawie nie zachodzą żadne wątpliwości związane z wysokością zaoferowanej stawki. Fakt udanej współpracy z określonym wykonawcą może być okolicznością przemawiającą za brakiem skierowania

wezwania do wyjaśnień, jednak w niniejszej sprawie nie powinien przesłaniać wątpliwości w zakresie zaoferowanych przez wykonawcę stawek, które zdaniem Izby zaistniały.

W związku z powyższym, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy PZP oraz w oparciu o § 7 ust. 2 pkt 1 i ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437). Odwołujący w treści odwołania postawił 6 zarzutów, z których jeden okazał się zasadny. W związku z powyższym należało kwotę wpisu rozdzielić w takim samym stosunku, zasądzając od zamawiającego na rzecz odwołującego 1/6 jego wartości.

Przewodniczący: