

Sygn. akt: KIO 1360/22

WYROK
z dnia 9 czerwca 2022 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Poprawa

Anna Packo

Michał Pawłowski

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 czerwca 2022 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 maja 2022 roku przez wykonawcę J. W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usługowy Konserwacja Terenów Zielonych J. W. z siedzibą w Bytomiu w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gminę Bytom - Miejski Zarząd Dróg i Mostów przy udziale wykonawcy M. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Drogowych i Komunalnych „DROMAR” M. K. z siedzibą w Stanicy, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1360/22 po stronie zamawiającej

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża odwołującego J. W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usługowy Konserwacja Terenów Zielonych J. W. z siedzibą w Bytomiu i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego J. W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usługowy Konserwacja Terenów Zielonych J. W. z siedzibą w Bytomiu tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od odwołującego J. W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usługowy Konserwacja Terenów Zielonych J. W. z siedzibą w Bytomiu na rzecz zamawiającego Gminy Bytom - Miejski Zarząd Dróg i Mostów kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 z późn. zm.) 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:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający - Gmina Bytom – Miejski Zarząd Dróg i Mostów w Bytomiu prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na zadanie pn. „Letnie i zimowe utrzymanie pasa drogowego i konserwacja zieleni w posie drogowym na terenie miasta Bytomia do 30.04.2025 roku”. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonym, zgodnie z ustawą z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 z późn. zm.) zwaną dalej lub „Pzp2004”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 22 grudnia 2020 r. numer ogłoszenia 2020/S 249-621420.

W dniu 23 maja 2022 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zostało wniesione odwołanie przez wykonawcę J. W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usługowy Konserwacja Terenów Zielonych J. W. z siedzibą w Bytomiu (zwanego dalej „Odwołującym”) wobec niezgodnych z ustawą czynności i zaniechań Zamawiającego podjętych w przedmiotowym postępowaniu, polegających na wadliwym wyborze oferty najkorzystniejszej oraz:

1. zaniechaniu odrzucenia oferty Wykonawcy Zakład Usług Drogowych i Komunalnych DROMAR M. K. (ul. Gliwicka 25, 44-145 Stanica), mimo że oferta tego Wykonawcy nie jest zabezpieczona wadium oraz upłynął termin związania ofertą,
2. zaniechaniu odrzucenia oferty Wykonawcy Zakład Usług Drogowych i Komunalnych DROMAR M. K. (ul. Gliwicka 25, 44-145 Stanica), którego oferta zawiera rażąco niską cenę w zakresie istotnej części składowej oferty.

W związku z powyższym Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt. 7a i 7b w zw. z art. 85 ust. 2 i ust. 4 w zw. z art. 184 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych – poprzez bezpodstawny wybór oferty Wykonawcy DROMAR mimo, że oferta tego Wykonawcy w chwili wyboru najkorzystniejszej oferty nie była zabezpieczona wadium oraz upłynął termin związania ofertą tego Wykonawcy,
2. art. 89 ust. 1 pkt. 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy, mimo iż oferta Wykonawcy w zakresie istotnej części przedmiotu zamówienia jest ceną rażąco niską i budzącą wątpliwości co do możliwości realizacji zadania za podane wynagrodzenie.

Przez wzgląd na powyższe, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert - i w ramach tej czynności nakazanie odrzucenia oferty Wykonawcy Zakład Usług Drogowych i Komunalnych DROMAR M. K. (ul. Gliwicka 25, 44-145 Stanica),
2. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania, w tym kosztów reprezentacji według przedstawionej na rozprawie faktury.

Okoliczności wskazujące na istnienie interesu Odwołującego we wnoszeniu odwołania:

Stosownie do art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, Odwołujący wskazał, że ma interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę wskutek naruszenia przepisów przez Zamawiającego, z uwagi na to, że oferta Odwołującego uzyskała drugą pod względem kolejności liczbę punktów w zakresie zadania nr 3, a co za tym idzie w przypadku odrzucenia oferty poprzedzającej, Odwołujący wciąż może spodziewać się uzyskania dla siebie zamówienia. Tym samym Odwołujący jest Wykonawcą zainteresowanym udzieleniem zamówienia i może utracić korzyści związane z realizacją przedmiotowego zamówienia. Wskazać należy bowiem, że interes we wniesieniu odwołania wobec wyboru najkorzystniejszej oferty posiada każdy Wykonawca, który został sklasyfikowany w rankingu ofert.

W dniu 17 września 2021 roku Zamawiający poinformował, że dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu w zakresie zadania nr 3, tj. oferty Wykonawcy Zakład Usług Drogowych i Komunalnych DROMAR M. K. (ul. Gliwicka 25, 44-145 Stanica). Pismem z dnia 27 września 2021 roku ZUKTZ J. W. wniósł odwołanie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności wyboru oferty DROMAR M. K. w tym postępowaniu w zakresie zadania nr 3. Sprawa ta toczyła się pod sygn. akt: KIO 2832/21 i została rozstrzygnięta wyrokiem z dnia 21 października 2021 roku, w którym Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołanie w zakresie zarzutów dotyczących wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu dotyczących doświadczenia, zaniechania wezwania Wykonawcy DROMAR do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, zaniechania udostępnienia Odwołującemu pełnego i aktualnego protokołu z postępowania wraz z załącznikami.

W konsekwencji Izba nakazała unieważnienie czynności wyboru w zakresie zadania nr 3 oraz m.in. wezwanie na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp2004 Wykonawcy DROMAR do złożenia wyjaśnień w zakresie pozycji części składowych ceny opisanych przez

Odwołującego
w odwołaniu.

W wykonaniu tego orzeczenia Zamawiający wezwał Wykonawcę DROMAR do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Po złożonych wyjaśnieniach, w dniu 17 grudnia 2021 roku Zamawiający poinformował, że dokonał ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu w zakresie zadania nr 3, tj. oferty Wykonawcy Zakład Usług Drogowych i Komunalnych DROMAR M. K. (ul. Gliwicka 25, 44-145 Stanica). Na taką decyzję, Odwołujący w dniu 27 grudnia 2021 roku wniósł ponowne odwołanie – w którym zarzucił zaniechanie odtajnienia wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez Wykonawcę DROMAR oraz z ostrożności także zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy DROMAR z postępowania.

Odwołanie to zostało rozstrzygnięte wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 stycznia 2022 roku w sprawie KIO 3740/21, w którym Izba uwzględniła odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 8 ust. 1 i 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych w związku z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i nakazała Zamawiającemu w odniesieniu do zadania nr 3:

- unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- powtórzenie czynności badania i oceny ofert,
- ujawnienie, nie później niż 7 dni od otrzymania wyroku z uzasadnieniem, wyjaśnień (bez utajnionych załączników) dotyczących wyliczenia ceny oferty, złożonych przez Wykonawcę M. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Drogowych i Komunalnych „DROMAR” M. K. z siedzibą w Stanicy, zawartych w piśmie z dnia 2 grudnia 2021 roku wraz z uzasadnieniem objęcia ich tajemnicą przedsiębiorstwa.

Na to rozstrzygnięcie Zamawiający wniósł skargę do Sądu Okręgowego w Warszawie, jednakże skarga ta została oddalona w całości wyrokiem Sądu Okręgowego w Warszawie, XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy i Zamówień Publicznych z dnia 5 maja 2022 roku w sprawie o sygn. akt: XXIII Zs 36 /22.

Z uwagi na powyższe, wykonując wyrok KIO 3740/21 podtrzymany wyrokiem SO pod sygn. XXIII Zs 36/22 Zamawiający w dniu 12 maja 2022 roku unieważnił czynność wyboru najkorzystniejszej oferty oraz udostępnił Odwołującemu wyjaśnienia rażąco niskiej ceny złożone przez Wykonawcę DROMAR.

W dniu 13 maja 2022 roku Zamawiający dokonał ponownego wyboru oferty Wykonawcy Zakład Usług Drogowych i Komunalnych DROMAR M. K., jako najkorzystniejszej. Z taką decyzją jednakże nie można się zgodzić, bowiem udostępnione wyjaśnienia rażąco niskiej ceny złożone przez DROMAR potwierdzają, że oferta tego Wykonawcy powinna zostać odrzucona z postępowania, bowiem Wykonawca nie wykazał,

iż jego oferta w zakresie istotnej części składowej, jaką jest zimowe utrzymanie, nie jest ceną rażąco niską.

I. Rażąco niska cena

1. Uwagi wstępne

Na wstępie wskazać należy, że Zamawiający jest zobowiązany do zbadania czy oferta zawiera rażąco niską cenę, a w przypadku potwierdzenia się takich okoliczności do odrzucenia oferty Wykonawcy, który taką ofertę przedstawił. Badanie takie odbywa się nie tylko w odniesieniu do łącznej ceny lub ogólnego kosztu, ale także w odniesieniu do ich istotnych części składowych oferty, jeżeli te wydają się być rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości, co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikających

z odrębnych przepisów.

Szczegółowa analiza oferty Wykonawcy DROMAR wzbudziła wątpliwości w zakresie istotnej części składowej tej oferty, która jest znacznie zaniżona w stosunku do ofert konkurentów i do wartości zamówienia ustalonej przez Zamawiającego na zakres „utrzymanie zimowe”.

O tym zaś, że jest to istotna część składowa oferty przesądza wyrok KIO z dnia 21 października 2021 roku w sprawie KIO 2832/21.

Jest to więc rzecz bezsporna i potwierdzona orzeczeniem Izby wydanym w okolicznościach niniejszego postępowania. Z tego względu w chwili obecnej należy ocenić czy złożone przez Wykonawcę DROMAR wyjaśnienia w sposób wystarczający wykazały, że ceny zaoferowane w zakresie utrzymania zimowego są cenami rynkowymi i realnymi, które umożliwiają realizację zamówienia w sposób prawidłowy. Jeśli nie – zasadnym będzie odrzucenie oferty Wykonawcy DROMAR na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych, bowiem bez wątplenia odrzucenie oferty z uwagi na rażąco niską cenę jest możliwe nie tylko w przypadku gdy cena całej oferty jest rażąco niska, ale i gdy rażąco niska jest istotna część składowa.

Odwołujący podkreśla to, bowiem Zamawiający w toku tej sprawie podnosił, że żaden przepis ustawy nie uprawnia Zamawiającego do odrzucenia oferty, jeżeli rażąco niska stanowi istotną część składową zaoferowanej ceny lub kosztu. Wskazać należy jednak, że bezsprzecznie „ustawa z 2004 r. - Prawo zamówień publicznych w art. 90 ust. 1 i 1a p.z.p. pozwala Zamawiającemu na badanie zaoferowanej przez Wykonawcę ceny nie tylko w zakresie ceny za wykonanie przedmiotu zamówienia, ale także co do elementów składowych owej ceny, jeżeli ich wysokość budzi wątpliwości zamawiającego. W sytuacji,

w której części składowe ceny okażą się rażąco niskie, podstawą odrzucenia oferty powinien stać się art. 89 ust. 1 pkt 4 p.z.p.” (KIO 3393/20).

W pierwszej kolejności wskazać należy, że w ofertach, które zostały złożone w ramach zadania nr 3 istotność oraz kosztowność usługi zimowego utrzymania znalazła też odzwierciedlenie

w cenie. Średnia arytmetyczna zaoferowanych cen za „utrzymanie zimowe” wynosi około 6 388 113,42 zł. Oferta DROMAR w porównaniu do średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert za zakres usługi „utrzymanie zimowe” jest niższa o 31%.

Różnica pomiędzy ofertami w wartościach pieniężnych wynosi odpowiednio:

- do ZUKTZ J. W. – 3 158 209,35 zł,
- do Konsorcjum firm ALBA – 2 806 387,90 zł.

Wskazane wielomilionowe różnice pomiędzy ofertami musiały budzić wątpliwości czy Wykonawca ZUDI K DROMAR M. K. wykona przedmiot zamówienia zgodnie z wymaganiami Zamawiającego w zakresie części zimowego utrzymania. Z uwagi na to w złożonych wyjaśnieniach Wykonawca ten winien precyzyjnie wykazać w jaki sposób potrafi wygenerować oszczędności na poziomie 3 mln złotych w stosunku do swoich konkurentów.

W naszym przekonaniu Wykonawca DROMAR nie zdołał jednak wykazać w jaki sposób jest w stanie zaoszczędzić tak znaczną kwotę w stosunku do ofert konkurencyjnych, bowiem złożone wyjaśnienia są ogólnikowe i zawierają szereg braków i nieścisłości.

W dalszej kolejności należy wskazać, że zaoferowane ceny odbiegają od cen, które wykonawca ZUDI K DROMAR M. K. oferuje innym kontrahentom na tym samym rynku. W tym zakresie porównano ofertę, którą złożył Wykonawca ZUDI K DROMAR M. K. do postępowania przetargowego nr: DR.260.11.2021.PG w Miejskim Zarządzie Dróg i Infrastruktury Informatycznej w Zabrzu. Zakres prac objętych tym postępowaniem jest porównywalny, a warunki jego realizacji można uznać za tożsame z uwagi na lokalizację i sąsiedztwo miasta Zabrze. Układ urbanistyczny dróg pomiędzy miastami Bytom i Zabrze jest tak zbudowany, że część dróg objętych zamówieniem jest nawet połączona w ciągach komunikacyjnych pomiędzy miastami. Z uwagi na to standardy dróg są wyrównane.

Porównując ceny jednostkowe brutto za „akcja zima dobową” z odpowiednikiem, którym są stopnie zimowego utrzymania w postępowaniu nr DR.260.11.2021.PG prowadzonym przez Gminę Zabrze można ustalić, że zaoferowana dla Gminy Zabrze cena za ten sam rodzaj usług w tożsamych warunkach jest o 59% wyższa niż cena zaoferowana dla Gminy Bytom, która stanowi 41% ceny zabrzańskiej.

Bytomska cena w przeliczeniu jednostkowym – wynosi za „akcja zima dobową” – 0,0310 zł, a dla Zabrze za usługę wykonywaną w stopniu zimowym – 0,0756 zł. Z porównania tego wyniku wprost, że cena dla Gminy Bytom jest zaniżona, nieadekwatna, nie odpowiadająca kosztom wykonania prac.

Również stosunek zaoferowanych cen do cen szacowanych przez Zamawiającego pokazuje, że cena Wykonawcy DROMAR jest ceną rażąco niską. Z zestawienia szacunkowych wartości przyjętych przez Zamawiającego na podstawie wcześniejszych realizacji wynika, że w 7 na 11 pozycji ceny Wykonawcy DROMAR są dużo niższe niż te przyjęte przez Zamawiającego z należytą starannością.

W niektórych pozycjach ceny oferowane przez Wykonawcę DROMAR są o 60-70% niższe niż zakładane przez Zamawiającego. Mimo tego wyjaśnienia złożone przez Wykonawcę DROMAR nie wykazują w jaki sposób Wykonawca jest w stanie zaoszczędzić środki na takim poziomie - tym bardziej, że szacowane wartości zamówienia oparte są na rzeczywistych kosztach jakie ponosi Zamawiający, czyli Wykonawca zobowiązany był udowodnić jakie szczególne okoliczności wpływają na obniżenie cen.

Innym wskaźnikiem, który potwierdza, że aktualne ceny w ofercie Wykonawcy DROMAR są cenami rażąco niskimi są ceny, które wcześniej oferował przedsiębiorca ZUDI K DROMAR M. K. na ten przedmiot zamówienia. W postępowaniu przetargowym przeprowadzonym w roku 2019 na zadanie pn. „Letnie i zimowe utrzymanie czystości i konserwacja zieleni w pasie drogowym na terenie miasta Bytomia” (nr postępowania: DAZ.260.13.2019) zaoferował on bowiem w wielu pozycjach ceny wyższe niż te, które proponuje w roku 2021. Tym samym Wykonawca ten składając w roku 2021 nową ofertę przetargową w dziale „zimowe utrzymanie” część cen zachował niezmiennych (mimo globalnego wzrostu cen oraz inflacji), a część cen wręcz obniżył.

Jest to o tyle absurdalne, że w okresie 3 lat pomiędzy rokiem 2019 a 2021 zmieniły się koszty składników cenowych, które wchodzi w zaoferowaną wycenę. Wszystkie składniki wzrosły. Wpływ na to miał wzrost m.in. minimalnego wynagrodzenia i minimalnej stawki godzinowej za pracę w roku 2019 i latach kolejnych.

Wskazać należy, że do realizacji niniejszego zamówienia potrzebne jest zatrudnienie ok. 45 osób.

Pomiędzy rokiem 2019 a 2021 koszt godzinowy pracy jednego pracownika wzrósł o 4,99 zł netto, natomiast pomiędzy rokiem 2019 a 2022 nastąpił wzrost kosztu godzinowego pracy jednego pracownika o 6,31 zł netto.

Oznacza to, że dla osób niezbędnych do należytego wykonania umowy (45 osób) dzienny koszt utrzymania tych osób dla Wykonawcy wzrósł w stosunku do roku 2019 o 1 796,40 zł netto. W roku 2022 wzrost ten w stosunku do roku 2019 wynosi już 2 271,60 zł netto dziennie. Wykonując obliczenie tj. mnożąc ilość przewidzianych przez Zamawiającego

dób z pozycji Akcja Zima dobową (120) przez kwotę wzrostu dziennego kosztu utrzymania 45 pracowników (2 271,60 zł netto) otrzymujemy wartość 272 592,00 zł netto (wartość wzrostu na cały okres obowiązywania umowy). W związku z tym oferowanie usług po cenach niższych niż w roku 2019 jest całkowicie nieuzasadnione i nierentowne.

W omawianym okresie wzrosła również cena oleju napędowego na rynku. Olej napędowy jest istotnym elementem w wycenie usługi. Wzrost ceny oleju napędowego wynosi w okresie pomiędzy rokiem 2019 a 2021 około 6,36%, natomiast w okresie pomiędzy rokiem 2019 a 2022 już około 65,83%.

Innym istotnym elementem, który także należy uwypuklić jest wzrost ceny soli drogowej. Sól drogowa NaCl jest podstawowym materiałem do zwalczania śliskości i usuwania pozostałości śniegu na drogach. Materiał ten w okresie od 2019 do 2021 roku podrożał o około 4,58%. Jest to wartość zmiany inflacyjnej, która dotknęła wszystkich towarów na rynku, w tym również soli drogowej. Analogicznie, z uwagi na to nie jest możliwe, aby w 2021 (rok składania oferty) utrzymać ceny na tym samym poziomie co w roku 2019.

Ponadto wskazać należy, że w postępowaniu przetargowym – nr postępowania: DAZ.260.13.2019 jednym z odrębnych elementów wyceny była „gotowość”. W zakres tej czynności wchodziło wynagrodzenie za oczekiwanie w okresach bezśnieżnych personelu Wykonawcy i jego sprzętu do czasu wydania polecenia utrzymania dobowego lub jednorazowego przejazdu. Ten istotny z punktu widzenia element wyceny w obecnym postępowaniu zgodnie z udzielonymi odpowiedziami winien być wliczony - skalkulowany w cenę czynności wykonywanych przy odśnieżaniu. Wynika to z odpowiedzi m.in. na pytanie 1 w wyjaśnieniach z dnia 12 lutego 2021 roku (cyt. odpowiedź „Zamawiający informuje, iż gotowość do świadczenia usług Wykonawca winien wycenić w zaproponowanych cenach jednostkowych brutto”). Oznacza to, że zastosowana wcześniej cena winna być powiększona o wycenę wynagrodzenia za „gotowość”. W przypadku ZUDI K DROMAR M. K. ceny, które oferowane w roku 2019 bez wątpienia nie zostały powiększone o wynagrodzenie za „gotowość”, co wynika z prostego porównania cen z 2019 roku i cen obecnych.

2. Gotowość – zniżenie wartości wyceny zabezpieczenia zespołu do zimowego utrzymania

W dalszej kolejności wskazać należy, że Wykonawca ZUDI K DROMAR zniżył wartość gotowości. Wartość gotowości wyliczona przez ZUDI K DROMAR to kwota 439 993,92 zł brutto na cały okres obowiązywania umowy. Prawidłowa wartość to 2 334 233,53 zł brutto wyliczona na podstawie danych zawartych w wyjaśnieniach firmy ZUDI K DROMAR.

Zamawiający zastrzegł w dokumentacji przetargowej, że w okresie zimowym będą występować okresy bezśnieżne. W tych okresach mogą być zlecane prace związane

z oczyszczaniem. Prace te jednak mają inny charakter i nie są one odpowiednikiem obowiązków związanych z gotowością. Każda z czynności związanych z oczyszczaniem zawiera określony zakres obowiązków umownych. W zakres tych obowiązków nie wchodzi gotowość – czyli zabezpieczenie zespołu do natychmiastowego działania, co wiąże się z wyłączeniem go z innej działalności. Obowiązek gotowości obejmuje, co ustalono w SOPZ na stronie 2, pkt. 15 też realne czynności monitorowania rejonu oraz warunków pogodowych. Wykonawca w ramach umowy wykonuje również szereg obowiązków które zostały określone w SOPZ w Dziale IV. W ramach tych obowiązków m.in. Wykonawca zobowiązany jest do całodobowego kontaktu telefonicznego a także zorganizowania całodobowych dyżurów z możliwością kontaktów telefonicznych i elektronicznych (ustalono to na stronie 13 SOPZ).

Wykonawca DROMAR w złożonych wyjaśnieniach wskazał tylko, że „w przedstawionych cenach jednostkowych Wykonawca zawarł gotowość” – jednak w praktyce Wykonawca nie zmodyfikował cen oferowanych w 2019 roku, kiedy to gotowość była osobną pozycją, co pokazuje, że twierdzenie to jest gołosłowne, a Wykonawca nie wykazał w jakiej proporcji i czy w ogóle taką gotowość faktycznie wliczył do cen jednostkowych.

3. Koszty pracy – zaniżenie stawki kalkulacyjnej wynagrodzenia za pracę pracownika zatrudnionego na umowę o pracę

Odnosząc się do złożonych wyjaśnień Odwołujący wskazuje, że Wykonawca DROMAR wskazał, że koszt jednej roboczogodziny w roku 2022 wyniesie 22,00 zł brutto w zakresie wszystkich pozycji. Wykonawca wskazał, że jest to całkowity koszt ponoszony przez pracodawcę brutto przy uwzględnieniu waloryzacji minimalnego wynagrodzenia w 2022 roku. Wskazać należy jednak, że ta wartość nie gwarantuje wysokości aktualnie wymaganej prawem. Stawka ta jest znacznie zaniżona, bowiem jej wysokość przy uwzględnieniu minimalnego wynagrodzenia za pracę i innych kosztów pracodawcy powinna wynieść co najmniej 24,13 zł.

W niniejszym postępowaniu Zamawiający zawarł w SIWZ wymaganie, aby pracownicy realizujący zamówienie byli w okresie realizacji umowy zatrudnieni na podstawie umowy o pracę w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. - Kodeks pracy (pkt 3.11 SIWZ). Stawka wynagrodzenia pracownika jest zatem bez wątpienia kosztem i składnikiem ceny w tym postępowaniu. Jej wysokość, w związku z obowiązującymi przepisami, w roku 2022 nie może być niższa niż wskazana w rozporządzeniu Rady Ministrów z dnia 14 września 2021 roku w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia z pracą oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2022 roku. W przypadku zatrudnienia na umowę

o pracę od dnia 1 stycznia 2022 roku ustalono, że minimalne wynagrodzenie za pracę nie może być niższe niż 3 010 zł. Wskazana płaca minimalna jest prawnie ustalonym najniższym dopuszczalnym wynagrodzeniem za pracę. Wynagrodzenie poniżej najniższej płacy krajowej stanowi naruszenie praw pracowniczych i jest niedozwolone. Osobom zatrudnionym na podstawie umowy o pracę przysługuje tym samym co najmniej wynagrodzenie wyliczane z minimalnej płacy – niezależnie od tego czy podpisali oni umowę o pracę ze stawką godzinową czy miesięczną, a także bez względu na wymiar czasu pracy (pełny etat, pół etatu), miejsce pracy, czy też rodzaj pracy np. roboty budowlane lub usługi. Minimalna płaca ma charakter krajowy i jest punktem odniesienia dla wszystkich pracujących.

Wskazać należy, że zatrudnienie na „umowę o pracę” zobowiązuje Wykonawcę (pracodawcę) do tego, że nawet minimalne wynagrodzenie pracownika musi być obciążane szeregiem narzutów wynikających z przepisów o zabezpieczeniu społecznym i wraz z narzutami wynikającymi ze stosowania prawa pracy. Do tych obciążeń należą obciążenia wymagane ustawą takie jak składka emerytalna, składka rentowa, składka wypadkowa, fundusz pracy, fundusz gwarantowanych świadczeń pracowniczych. Wskazane wyżej składki nie są jedynym elementem, który kreuje stawkę. Dodatkowym obciążeniem stawki pracownika zatrudnionego na umowę o pracę jest koszt urlopu wypoczynkowego (20-26 dni) czy też kosztów związanych ze świadczeniami chorobowymi (33 dni w roku – płaci pracodawca), wymaganymi świadczeniami wynikającymi z przepisów BHP, czy też możliwość wyboru PPK (Pracownicze Plany Kapitałowe), przerw w pracy, na badania lekarskie. Przyjmuje się, że tzw. płace uzupełniające to 10% narzut do stawki podstawowej. Przy uwzględnieniu tych obciążeń stawka roboczogodziny wyliczona za poprzedni rok, tj. okres od dnia 1 stycznia do dnia 31 grudnia 2021 roku wynosiła 22,09 zł, zaś obecna stawka, którą można już wyliczyć za okres od 1 stycznia do 31 marca 2022 roku wynosi 24,13 zł.

Taką wartość podaje specjalistyczny publikator, uznany na rynku informator SEKOCENBUD, który w zeszycie wydanym za I kwartał 2022 roku poinformował, że przy minimalnym wynagrodzeniu 3.010,00 zł i przyjęciu wszystkich obciążeń związanych ze świadczeniem pracy stawka minimalna w złotych za godzinę dla ustalonego wymiaru czasu pracy w ilości 165,33 r-g wynosi 24,13 zł.

Z powyższego wynika tym samym jednoznacznie, że Wykonawca DROMAR zaniżył swoją stawkę godziny pracy jednego pracownika. Stawka firmy ZUDI K DROMAR jest niezgodna z przepisami, bowiem jest ona zaniżona w stosunku do obowiązującej w tym zakresie wartości stawki 24,13 zł. Oferta Wykonawcy jest zatem niezgodna z obowiązującymi przepisami i wynika to wprost ze złożonych wyjaśnień. Wykonawca DROMAR nie tylko wskazał na zaniżoną stawkę roboczogodziny, ale i w żaden sposób

realnie nie wykazał, że ma jakiegokolwiek możliwości na obniżenie tych kosztów w taki sposób, aby zastosowana stawka mogła zostać uznana za prawidłową.

Ponadto z odtajnionych wyjaśnień wynika, że Wykonawca w swojej kalkulacji wycenił stawkę roboczogodziny pracownika na poziomie 22,00 zł brutto. Wskazać należy jednak, że zamieszczona w kalkulacjach stawka została wyliczona z wartości brutto prac ustalonych w formularzu ofertowym. Ustalona stawka w wysokości 22,00 zł brutto roboczogodziny jest to zatem wartość, która zawiera w sobie 8% stawkę podatku VAT. Po odliczeniu VAT-u, który przecież nie stanowi wynagrodzenia pracownika stawka wynagrodzenia godzinowego wyniesie 20,37 zł, zgodnie z poniższymi obliczeniami: $22,00 \text{ zł (stawka brutto)} / 1,08 \text{ (8\% podatek VAT)} = 20,37 \text{ zł (stawka netto – stawka pracownika)}$.

Oznacza to, że realnie stawka taka jest jeszcze niższa i nie gwarantuje wysokości wymaganej prawem - jest bowiem zaniżona o prawie 15,58% względem minimalnej stawki uwzględniającej minimalne wynagrodzenie za pracę i innych kosztów pracodawcy. Zaniżenie to nominalnie w wartościach pieniężnych ma wartość 3,76 zł na każdej godzinie zatrudnionego pracownika. Poprawnie wyliczona stawka godzinowa jednej roboczogodziny ma wartość 24,13 zł netto, co jak wskazano we wcześniejszej części pisma potwierdza informator o stawkach roboczogodziny SEKOCENBUD z I kwartału 2022 na stronie 15. Warto wskazać również, że informator SEKOCENBUD zawiera stawki wynagrodzenia pracowników bez VAT. Bez wątpienia zatem podatek VAT nie stanowi wynagrodzenia pracownika i nie może być on związany z jego wynagrodzeniem, co powoduje, że prawidłowość stawki musi być oceniana bez uwzględnienia tego składnika.

Stawka w wysokości 22,00 zł jaką podał Wykonawca DROMAR w swojej ofercie jest zatem znacznie zaniżona i nie obejmuje wszystkich kosztów pracy, które są nałożone ustawowo na Wykonawcę. Wartość prawidłowo wyliczonej stawki jest odnośnikiem potwierdzającym zaniżenie wartości wynagrodzenia pracowników o 3,76 zł na każdej godzinie w ofercie przedsiębiorcy ZUDI K DROMAR.

4. Koszt najmu samochodów – zaniżenie wartości wyceny sprzętu

Przedsiębiorca ZUDI K DROMAR wykazał, że do realizacji zamówienia będzie wykorzystywał 5 pojazdów, które nie stanowią jego własności, a są przedmiotem najmu.

Przedmiotem najmu jest 5 pługosolarek z pługiem czołowym o ładowności zasobnika do soli drogowej lub piasku od 3 do 5 mg. Są to pojazdy o numerach rejestracyjnych:

- SG 2803Y – samochód ciężarowy powyżej 20 ton,
- SG 2804Y – samochód ciężarowy powyżej 20 ton,

- SG 4065Y – samochód ciężarowy powyżej 20 ton,
- SG 5163V – samochód ciężarowy powyżej 20 ton,
- SG 6367V – samochód ciężarowy powyżej 20 ton.

Pojazdy te pozyskano od przedsiębiorcy J. S. firma SILESIA INVEST sp. z o.o. sp.k. W oświadczeniu podmiotu trzeciego – załącznik nr 8 do SIWZ przedsiębiorca ten zadeklarował, że wynajmie te pojazdy na zasadzie najmu. Zdaniem Odwołującego, takie rozwiązanie jest droższe od innych rozwiązań chociażby z tego powodu, że wynajmujący sprzęt poza pokryciem kosztów jego eksploatacji tj. zakup paliwa, wymianę oleju, opłat za parking, remontów, musi również pokryć czynsz najmu.

Wskazane powyżej pojazdy są istotnym czynnikiem kosztowym i w swoich wyjaśnieniach i obliczeniach ceny Wykonawca winien bez wątpienia wykazać i wyliczyć koszty najmu sprzętu. Ceny najmu sprzętu samochodów ciężarowych powyżej 20 ton kształtowały się na rynku w okresie ofertowania w następujący sposób:

- dane z Informatora Sekocenbud – zeszyt 23/2021, II kwartał 2021 r.

- samochód samowyładowczy powyżej 20 -25 t – średnia cena najmu 110,32 za 1 m-g w zł

- dane z Informatora Sekocenbud – zeszyt 4/2022, I kwartał 2022 r.

- samochód samowyładowczy powyżej 20 – 25 t – średnia cena najmu 117,57 za 1 m-g w zł.

Najem dobowy 24 godzinny samochodu ciężarowego powyżej 20 - 25 ton w momencie składania oferty przetargowej wynosił ok. 2 647,68 zł netto. W przypadku 5 pojazdów dobowy najem stanowił wartość 13 238,40 zł netto. Zamawiający w formularzu ofertowym wskazał

120 dób w formule „Akcja zima dobowy”. Koszty najmu sprzętu, które nie zostały wykazane w wyjaśnieniach wyniosły więc odpowiednio w przypadku średnich cen rynkowych:

13 238,40 zł x 120 dób zimowego utrzymania = 15 88 608,00 zł netto.

Przedstawione wyliczenie oparte na średnich cenach rynkowych najmu samochodów pokazuje, że wartość najmu sprzętu jest wartością istotną i powinna ona być wskazana w wyjaśnieniach firmy ZUDI K DROMAR, czego nie uczyniono. W swoich wyjaśnieniach DROMAR nie poinformował również o warunkach tego najmu, rzeczywistym jego zakresie, prawach i obowiązkach wynikających z zawartej umowy wynajmu samochodów. Wszystkie te informacje mają bezpośredni wpływ na wycenę, bowiem w przypadku umów najmu do kosztów należy także doliczyć inne elementy cenotwórcze i konieczne opłaty tj. lokalne podatki, opłaty administracyjne, koszty ubezpieczenia, koszty ubezpieczenia kierowcy, koszty opcji dodatkowych wyposażenia samochodu np. wymagany umową system GPS.

Informacje które odnoszą się do sprzętu, a są podawane w wyjaśnieniach są lakoniczne i nie zawierają wyliczenia wartości. Tym samym bez wątpienia złożone wyjaśnienia

są niepełne i nie obejmują pełnego zakresu informacji koniecznych do zweryfikowania prawidłowości skalkulowanej ceny.

5. Koszty pracy sprzętu własnego – zaniżenie wartości wyceny sprzętu

ZUDI K DROMAR w przedstawionej kalkulacji nie uwzględnił kosztów pracy sprzętu a jedynie wyliczył ilość i wartość paliwa niezbędnego do wykonania usługi.

Na koszt pracy sprzętu wg informatora SEKOCENBUD składają się następujące koszty:

- koszty amortyzacji;
- koszty napraw i obsługi technicznych;
- koszty obsługi etatowej;
- koszty paliw, smarów i olejów,
- koszty ogólne i zysk bazy sprzętowej.

Ceny pracy sprzętu ciągnika kołowego 121 kW (165 KM) oraz ciągnika kołowego 18 kW (25 KM) kształtowały się na rynku w okresie ofertowania w następujący sposób:

- dane z Informatora Sekocenbud – zeszyt 23/2021, II kwartał 2021 r.

- ciągnik kołowy 121 kW (165 KM) – średnia cena pracy 75,99 za 1 m-g w zł
- ciągnik kołowy 18 kW (25 KM) – średnia cena pracy 49,41 za 1 m-g w zł

- dane z Informatora Sekocenbud – zeszyt 4/2022, I kwartał 2022 r.

- ciągnik kołowy 121 kW (165 KM) – średnia cena pracy 80,75 za 1 m-g w zł
- ciągnik kołowy 18 kW (25 KM) – średnia cena pracy 53,07 za 1 m-g w zł.

6. Koszty pracy sprzętu będącego w leasingu – zaniżenie wartości wyceny sprzętu

Poza 5 pługosolarkami z pługiem czołowym, które przedsiębiorca ZUDI K DROMAR wynajmuje – w koszt usługi zimowego utrzymania należy również doliczyć koszty leasingu sprzętu.

W załączniku nr 6 do SIWZ – wykaz narzędzi i urządzeń technicznych przedsiębiorca ten wykazał sprzęt leasingowany w pozycji 9 i 10 wykazu, tj.:

- ciągnik rolniczy z osprzętem do zimowego utrzymania dróg (pługiem czołowym o ładowności zasobnika piasku od 3 do 5 Mg) – SK 081R,
- pojazd wyposażony w pług czołowy i urządzenie sypiące, o ciężarze całkowitym do 2,5 Mg – bez rejestracji.

Ceny leasingu najmniejszego ciągnika kołowego o mocy 18 kW (25 KM) kształtowały się na rynku w okresie ofertowania w następujący sposób:

- dane z Informatora Sekocenbud – zeszyt 23/2021, II kwartał 2021 r.

- ciągnik kołowy 18 kW (25 KM) – średnia cena 49,41 za 1 m-g w zł

- dane z Informatora Sekocenbud – zeszyt 60/2021, IV kwartał 2021 r.

- ciągnik kołowy 18 kW (25 KM) – średnia cena 52,10 za 1 m-g w zł

Leasing dobowy 24 godzinny najmniejszego ciągnika kołowego o mocy 18 kW (25 KM) wynosi więc około 1 185,84 zł. W przypadku 2 pojazdów dobowy leasing wynosi 2 371,68 zł. Zamawiający w formularzu ofertowym wskazał 120 dób w formule „Akcja zima dobowa”.

Koszty leasingu sprzętu, które nie zostały wykazane w wyjaśnieniach wyniosły więc odpowiednio w przypadku średnich cen rynkowych:

$$\text{od } 2\ 371,68 \text{ zł} \times 120 \text{ dni} = 284\ 601,60 \text{ zł.}$$

Przedstawione ceny najmu pojazdów podano bez obsługi etatowej a zatem do tego należy doliczyć jeszcze pracę operatorów. Z tego względu kalkulacje Wykonawcy przedstawione w wyjaśnieniach bez wątpienia są niekompletne w tym zakresie.

7. Wewnętrzne sprzeczności w treści złożonych wyjaśnień

1. Prędkość poruszania pojazdów

W treści złożonych wyjaśnień Wykonawca w zakresie tych samych robót, realizowanych tym samym sprzętem wskazuje na różne prędkości poruszania się pojazdów – wyjaśniając koszty zużytego paliwa.

Nie jest wiadomym z jakiego powodu dokonując kalkulacji i udowadniając, że koszt paliwa został obliczony właściwie (co podważamy) przyjmuje raz 30 km/h, 27 km/h a innym razem 25 km/h. Podkreślić należy, że prędkość poruszanego pojazdu ma wpływ na spalanie, a tym samym na ilość zużywanego paliwa, co w konsekwencji ma przełożenie na koszty paliwa i świadczonej usługi. Zamawiający (gdyby dokonał rzetelnej oceny ofert) tak ewidentne rozbieżności winien był zakwestionować.

2. Ceny piasku

Podobnie należy zakwestionować niczym nieuzasadnione rozbieżności przy wykazywaniu cen piasku – dla przykładu w pozycjach utrzymanie chodników, przystanków komunikacji miejskiej – zabezpieczenie zimowe – doba (str. 13 wyjaśnień) oraz utrzymanie chodników, przystanków komunikacji miejskiej – zabezpieczenie zimowe – jednorazowe (str. 14

wyjaśnień) przy obliczeniach podano za taką samą ilość piasku (2 tony) dla takiej samej powierzchni diametralnie różne stawki – raz jest to 160,00 zł a raz 60,00 zł. Świadczy to o nierzetelności złożonych wyjaśnień i dopasowywaniu wyjaśnień do zaoferowanych w ofercie stawek.

3. Pracownicy wykonujący prace ręczne

W treści złożonych wyjaśnień w pozycji oczyszczanie ulic pozimowe (str. 11 wyjaśnień) uwzględniono wyłącznie mechaniczne oczyszczanie jezdni, ulic, placów i parkingów. ZUDI K DROMAR pominał w swoich wyjaśnieniach oczyszczenie miejsc niedostępnych dla sprzętu mechanicznego (zamiatarek). Prace w miejscach trudno dostępnych są wykonywane ręcznie przez pracowników fizycznych - nieuwzięcie tych pracowników w wyjaśnieniach wskazuje na błąd w kalkulacji, co też w przyszłości może skutkować niewłaściwym wykonaniem usługi.

4. Zużycie NaCl

Ponadto, w treści samych wyjaśnień znajdują się informacje wewnętrznie sprzeczne. W pozycjach utrzymanie chodników, przystanków komunikacji miejskiej – zabezpieczenie zimowe – jednorazowe (str. 14 wyjaśnień) oraz utrzymanie chodników, przystanków komunikacji miejskiej na wskazanie – zabezpieczenie zimowe (str. 16 wyjaśnień) w opisie w pkt. 3 (środki do likwidacji śliskości zimowej) przyjęto średnie zużycie NaCl w ilości 15g/m² - natomiast dwie linijki niżej w wyliczeniach przyjmuje się już wartość 10 g/m², co oznacza – po pierwsze sprzeczność, a po drugie nierzetelność złożonych wyjaśnień, a po trzecie błędy w dowodzeniu rzekomo prawidłowo skalkulowanej ceny.

5. Brak danych do wyliczenia kosztów

W pozycji oczyszczanie chodników w okresie zimowym (str. 18) wskazano jedynie łączny „koszt utylizacji odpadu wraz z transportem na wysyp”. Wyjaśnienia te są o tyle nierzetelne, że w ogóle nie przedstawiono szacowanej ilości odpadów, danych jakie przyjęto do wyliczenia kosztów utylizacji odpadów, w tym w szczególności kosztów transportu, kosztów oraz miejsca utylizacji odpadów.

Podobna sytuacja dotyczy pozycji wywóz śniegu (str. 18), gdzie również nie podano jakichkolwiek elementów składowych – w tym w szczególności rodzaju i ilości przewidzianego do prac sprzętu, czasu i kosztu jego pracy.

6. Chlorek magnezu oraz chlorek wapnia

W treści złożonych wyjaśnień nie uwzględniono również kosztów zakupu chlorku magnezu oraz wapnia jako materiałów niezbędnych do zimowego utrzymania dróg w temperaturach poniżej -10°C . Są to materiały niezbędne do prawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia, co powoduje, że wyjaśnienia są niepełne.

Zamawiający w załączniku nr 2 do SIWZ – Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia w części II Określenia podstawowe pkt. 13 wskazał, że środki do usuwania śliskości zimowej muszą być zgodne z obowiązującymi przepisami tj. rozporządzeniem Ministra Środowiska z dnia 27 października 2005 roku w sprawie rodzaju i warunków stosowania środków jakie mogą być używane na drogach publicznych oraz ulicach i placach. Swoją dyspozycję w zakresie wymaganych i stosowanych środków chemicznych dodatkowo podkreślił w Dziale IV - Podstawowe obowiązki Wykonawcy, pkt. 7 SOPZ. Zapisy te zobowiązują Wykonawcę, by zgodnie z ustawowymi dyspozycjami i zapisami SOPZ stosował i używał wskazane środki. Wskazane rozporządzenie w tym zakresie przewiduje następujące rodzaje środków chemicznych:

- chlorek sodu (NaCl),
- chlorek magnezu (MgCl_2),
- chlorek wapnia (CaCl_2).

W rozporządzeniu podano rodzaj środków chemicznych, zasady stosowania, temperatury w jakich należy stosować dany środek chemiczny, skład proporcji i ilość środków.

Najczęściej stosowanym, podstawowym produktem do rozpuszczania lodu i śniegu jest chlorek sodu NaCl (sól drogowa). Jednak potencjał topiący tego środka chemicznego jest ograniczony temperaturą. W przypadku niskich temperatur poniżej -6°C NaCl nie jest już efektywny, a poniżej -10°C jego użycie nie przynosi żadnego efektu, dlatego też przywołane rozporządzenie nie przewiduje użycia chlorku sodu jako samodzielnego topnika w temperaturze poniżej -10°C .

Ustawodawca uwzględniając właściwości fizyczno-chemiczne soli drogowej wskazał, że w niskich temperaturach poniżej -6°C należy stosować chlorek sodu wraz z chlorkiem magnezu lub chlorkiem wapnia w postaci mieszaniny tych substancji. Dopiero mieszaniny tych środków chemicznych powodują, że jest możliwa likwidacja lodu i śniegu w niskich temperaturach poniżej -10°C (a wskazać należy, że w naszym klimacie temperatury poniżej -10°C nie są zdarzeniem wyjątkowym czy rzadkim).

Mimo tego w złożonych wyjaśnieniach Wykonawca w ogóle nie uwzględnił kosztów zakupu chlorku magnezu oraz chlorku wapnia, podczas gdy ceny chlorku wapnia i chlorku magnezu kształtują się następująco:

- chlorek wapnia od 1 900 zł/t do 2100 zł/t,
- chlorek magnezu od 1 490 zł/t do 2 100 zł/t.

Z powyższego wynika zatem, że oferta w tym zakresie została zaniżona o istotne koszty, bowiem Wykonawca w ogóle nie przewidział tych wymaganych prawem składników w swojej wycenie.

7. Wartości brutto – błąd podatkowy, nieprawidłowa zaniżona stawka podatku VAT

Przedłożone przez Wykonawcę kalkulacje zostały ustalone w wartościach brutto. Jest to jednakże działanie nieprawidłowe, bowiem kalkulacje oblicza się w wartościach netto i dopiero po uzgodnieniu czynności i zakresu jaki obejmują w oparciu o ustawę podatkową naliczona jest prawidłowa stawka podatku VAT. W przypadku kalkulacji przedstawionych przez Wykonawcę DROMAR nie wiemy jaki VAT został naliczony na przykład w przypadku sprzętu, w zakresie odpadów czy materiałów. Poszczególne elementy wyceny mają kwalifikowane różne stawki podatku VAT i brak ich ujawnienia uniemożliwia weryfikację poprawności wyliczenia. W obecnym kształcie przedłożone kwalifikacje nie są możliwe do zweryfikowania w tym zakresie, na co powinien zwrócić uwagę Zamawiający dokonując oceny wyjaśnień.

8. Brak wyceny wymaganych kosztów magazynowania

W swojej kalkulacji bez wątpienia Wykonawca DROMAR nie przedstawił wyceny kosztów składowania materiałów chemicznych w ekologicznych magazynach. Brak jest również danych na temat wielkości tych magazynów, ilości soli jaka może być w nich zgromadzona, zastosowanych zabezpieczeń, ochrony tych magazynów i ubezpieczenia majątku. Są to istotne dane, ponieważ wartość kosztu soli wzrasta o koszty jego magazynowania i to zarówno w okresie zimowym jak i letnim, jeżeli jest w tym okresie przechowywana. Za hale magazynowe, centra logistyczne należy wnieść czynsz, opłaty,

podatki, które to powinny być wliczone w cenę oferty i ujawnione Zamawiającemu, ponieważ stanowią one wprost przedmiot zamówienia, który winien zostać wyceniony. Konieczność dysponowania magazynem została wskazana w SOPZ na stronie 14. Zapis taki przesądził o tym, że ujęcie kosztów jego posiadania w cenie ofertowej jest obowiązkowe.

Przy obecnych zagrożeniach i przerwach w dostawach bardzo ważnym czynnikiem jest zabezpieczenie wymaganego asortymentu w magazynach. Podstawowym wydatkiem przy usłudze zimowego utrzymania jest koszt utrzymania zapasów i niezbędnych rezerw. Opłaty ponoszone na tą działalność stanowią znaczny koszt logistyczny przedsiębiorstwa, który to wydatek jest niezbędny dla utrzymania łańcucha dostaw i terminowej realizacji zamówienia. Dzięki zmagazynowaniu wystarczającej ilości chlorku sodu w ogóle możliwe jest wykonanie zamówienia.

W skład kosztów magazynowania wchodzi następujące czynniki:

- Wynagrodzenie zatrudnionych pracowników,
- Koszt zużycia środków trwałych i niematerialnych – budynki i wyposażenie,
- Zużycie energii i paliw,
- Rachunki za media,
- Wyposażenie magazynów m.in. wytwornicy solanki,
- Remonty i naprawy budynków,
- Ubezpieczenia,
- Straty, których nie da się uniknąć,
- Systemy informatyczne i wagi,
- Ryzyko spadku wartości zmagazynowanej soli,
- Podatki od nieruchomości,
- Koszty zaangażowanych kapitałów finansowych w zapasy soli,
- Koszty starzenia się zapasów.

Kosztów tych Wykonawca DROMAR nie uwzględnił w swoich wyjaśnieniach.

9. Koszt wyceny zabezpieczenia i wytworzenia solanki

Zamawiający zobowiązał również Wykonawcę do stosowania solanki. W wycenie bez wątplenia brak jest informacji na temat kosztów wytworzenia tego materiału w wytwornicach i jego przechowywania oraz magazynowania, mimo że środki chemiczne, które będą przechowywane są wymagane przy realizacji zamówienia.

10. Koszt wyceny systemów GPS do monitoringu pracy pojazdów

W dalszej kolejności Odwołujący ponosi, że:

- w wycenie oferty DROMAR pominięto koszty działania systemu GPS tj. odbiorników systemu, oprogramowania, przesyłu danych GPRS, kosztów jego uaktualnienia i serwisu (podczas, gdy Zamawiający w tym zakresie nałożył taki obowiązek w SOPZ na stronie 13),
- Zamawiający w zakresie obowiązków nałożył na Wykonawcę (SOPZ, strona 13) obowiązek dyżurowania z wyposażeniem stanowiska w łączność telefoniczną i elektroniczną
 - w wyjaśnieniach DROMAR brak jest informacji na temat kosztów związanych z przesyłem informacji, łącznością,
- w wyjaśnieniach - zdaniem Odwołującego - brak jest także informacji o projektach organizacji ruchu, do których sporządzenia zobowiązany jest Wykonawca w sytuacjach awaryjnych - koszty takich projektów nie zostały ujęte w cenach.

Z uwagi na powyższe, Odwołujący wnosi o odrzucenie oferty Wykonawcy DROMAR z uwagi na rażąco niską cenę w zakresie istotnej części składkowej oferty, jaką jest zimowe utrzymanie, bowiem Wykonawca DROMAR bez wątpienia nie sprostął ciężarowi dowodu w niniejszej sprawie. Już sama rozbieżność cen oferowanych przez Wykonawcę DROMAR od cen rynkowych wskazuje, że w ofercie tego Wykonawcy mamy do czynienia z rażąco niską ceną w zakresie zimowego utrzymania. Wykonawca bowiem w żaden sposób nie udowodnił

i nie odniósł się do tego w jaki sposób jest w stanie wygenerować oszczędności w stosunku do swoich konkurentów – co wprost pokazuje, że cena Wykonawcy DROMAR jest nierynkowa i zaniżona, na co Wykonawca nie jest w stanie przedstawić żadnego uzasadnienia czy kontrdowodu.

Wskazać należy także, że brak uzasadnienia dla kosztów i ich ewidentne zniżenie może świadczyć również o tym, że Wykonawca zamierza ewentualnie – (co sugerował w toku tego postępowania) pokrywać swoje straty z tej części zamówienia na przykład w drugiej części zamówienia, tj. przy realizacji oczyszczania letniego lub też w roku zupełnie innych postępowań – co jest zabronione. Wykonawca nie może bowiem uzasadniać i tłumaczyć zarzutu rażąco niskiej ceny manipulowaniem wyceną i przerzucaniem kosztów pomiędzy poszczególnymi pozycjami.

II. Upływ terminu związania ofertą oraz ważności wadium

Wskazać należy również, że jak wynika z pisma Zamawiającego z dnia 18 maja 2022 roku oferta Wykonawcy DROMAR nie jest zabezpieczona wadium, jak również Wykonawca

nie jest związany ofertą. Oznacza to, że oferta tego Wykonawcy nie mogła zostać wybrana jako najkorzystniejsza w dniu 13 maja 2022 roku. Faktem jest bowiem, że zgodnie z rt. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy Pzp2004 *Zamawiający odrzuca ofertę jeśli Wykonawca nie wyraził zgody, o której mowa art. 85 ust. 2, na przedłużenie terminu związania ofertą.*

Art. 85 ust. 2 ustawy Pzp2004 stanowi, że *Wykonawca samodzielnie lub na wniosek Zamawiającego może przedłużyć termin związania ofertą, z tym że Zamawiający może tylko raz, co najmniej na 3 dni przed upływem terminu związania ofertą, zwrócić się do Wykonawców o wyrażenie zgody na przedłużenie tego terminu o oznaczony okres, nie dłuższy jednak niż 60 dni.*

W ust. 4 wskazano z kolei, że *przedłużenie terminu związania ofertą jest dopuszczalne tylko z jednoczesnym przedłużeniem okresu ważności wadium albo, jeżeli nie jest to możliwe, z wniesieniem nowego wadium na przedłużony okres związania ofertą.*

W niniejszym postępowaniu otwarcie ofert nastąpiło w dniu 23 czerwca 2021 roku, zaś zgodnie z SIWZ Wykonawca był związany ofertą przez 60 dni, tj. do dnia 21 sierpnia 2021 roku. W dniu 16 sierpnia 2021 roku Zamawiający zwrócił się do Wykonawców o przedłużenie terminu związania ofertą o kolejne 60 dni, tj. do dnia 20 listopada 2021 roku.

Po tym terminie Zamawiający nie miał możliwości zwrócić się do Wykonawców o przedłużenie terminu związania ofertą – i jak wynika z odpowiedzi Zamawiającego z dnia 18 maja 2022 roku Wykonawca DROMAR samodzielnie terminu tego nie przedłużył, bowiem Zamawiający wprost wskazał, że oferta Wykonawcy DROMAR „nie jest zabezpieczona wadium. Ponadto ww. Wykonawca nie jest związany ofertą”.

W konsekwencji powyższego bezspornie należy wskazać, że oferta Wykonawcy nie mogła zostać wybrana najkorzystniejszą w dniu 13 maja 2022 roku, bowiem jak wprost wskazał Urząd Zamówień Publicznych w wydanej opinii – „artykuł 89 ust. 1 pkt 7a p.z.p. stanowi, że oferta podlega odrzuceniu w przypadku gdy „wykonawca nie wyraził zgody, o której mowa w art. 85 ust. 2 p.z.p., na przedłużenie terminu związania ofertą”. Art. 85 ust. 2 p.z.p. dotyczy zarówno samodzielnego, jak i dokonanego na wniosek zamawiającego przedłużenia terminu związania ofertą. W ocenie UZP nieprzedłużenie okresu związania ofertą w obu przypadkach powinno zostać uznane za równoznaczne z rezygnacją wykonawcy z dalszego udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Jeśli wykonawca nie przedłuży z własnej inicjatywy terminu związania ofertą, należy to interpretować, używając terminologii ustawy, jako niewyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą” (informator Urzędu Zamówień Publicznych, lipiec-wrzesień 2017 roku, s. 25).

W opinii zwrócono także uwagę, że zgodnie z art. 14 ust. 1 ustawy Pzp2004 do czynności podejmowanych przez Zamawiającego i Wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy Kodeksu cywilnego, jeżeli przepisy Prawa zamówień publicznych nie stanowią inaczej. Z art. 66 § 1. k.c. wynika natomiast, że związanie ofertą jest konieczne dla uznania istnienia oferty, w przeciwnym wypadku oferta wygasa.

W tej sprawie Wykonawca DROMAR nie tylko nie przedłużył terminu związania ofertą, ani nie przedłużył także okresu ważności wadium - w konsekwencji czego oferta tego Wykonawcy również na tej podstawie podlegać winna odrzuceniu z postępowania.

Mając na uwadze powyższe okoliczności, niniejsze odwołanie należy uznać za uzasadnione i konieczne.

W dniu 26 maja 2022 r. do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca M. K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Drogowych i Komunalnych „DROMAR” M. K., zwany dalej jako „Przystępujący” lub „Uczestnik postępowania”, wnosząc o oddalenie odwołania.

W dniu 4 czerwca 2022 r. Zamawiający złożył „Odpowiedź na odwołanie”, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości jako niezasadnego.

W dniu 6 czerwca 2022 r. Przystępujący złożył pismo procesowe, w którym wniósł o uznanie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt. 7a i 7b w zw. z art. 85 ust. 2 i ust. 4 w zw. z art. 184 ustawy Pzp2004 jako wniesionego z uchybieniem terminu na jego wniesienie oraz o oddalenie odwołania w pozostałym zakresie.

W dniu 7 czerwca 2022 r. Odwołujący złożył dwa pisma procesowe, jedno stanowiące odniesienie do odpowiedzi na odwołanie złożonej przez Zamawiającego oraz drugie, stanowiące odniesienie do pisma procesowego Przystępującego.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie, oświadczeń i stanowisk złożonych pisemnie i ustnie do protokołu, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła co następuje:

Mając na uwadze treść art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 poz. 2020), zgodnie z którym do postępowań odwoławczych oraz postępowań toczących się wskutek wniesienia skargi do sądu, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych po dniu 31 grudnia 2020 r., dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem 1 stycznia 2021 r., stosuje się przepisy ustawy, o której mowa w art. 1, Izba do postępowania odwoławczego w przedmiotowej sprawie zastosowała przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 ze zm., dalej jako Pzp) Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 ustawy Pzp.

Izba za nie uwzględniła wniosku Przystępującego dotyczącego pozostawienia zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 7a i 7b w zw. z art. 85 ust. 2 i ust. 4 w zw. z art. 184 ustawy Pzp2004 bez rozpoznania jako zarzutu wniesionego z uchybieniem terminu, o jakim mowa w art. 515 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp. Przystępujący uzasadniał, że zdarzenia, jakie miały miejsce w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, wskazują, że w chwili wniesienia przez Odwołującego odwołania z 27 grudnia 2021 r., co nastąpiło ponad 2 miesiące po upływie terminu związania ofertą, Odwołujący mógł i pewien był zgłosić przedmiotowy zarzut. Nie ma przy tym znaczenia, iż dopiero w maju 2022 r. Odwołujący zdecydował

się na zbadanie tej kwestii i skierowanie pytania do Zamawiającego odnośnie zabezpieczenia oferty DROMAR wadium. Przy zachowaniu należytej staranności Odwołujący mógł bowiem powziąć tę wiadomość już w październiku 2021 r., a co najmniej od dnia dokonania wyboru oferty DROMAR 17 grudnia 2021 r.

W ocenie Izby analiza akt sprawy, wniosków Odwołującego o udostępnienie protokołu postępowania oraz przekazana Odwołującemu przez Zamawiającego dokumentacja postępowania dowodzą, że informacja o tym, że oferta Przystępującego nie jest zabezpieczona wadium, a Przystępujący nie jest związany ofertą, została przekazana Odwołującemu pismem z 18 maja 2022 r. Z akt sprawy nie wynika, aby łącznie z protokołami Zamawiający przekazał wszystkie pozostałe dokumenty złożone w postępowaniu lub przekazał wykaz załączników do protokołu, na podstawie których można by dojść do przekonania, że skoro wśród nich brak jest dokumentu dotyczącego przedłużenia terminu związania ofertą i wniesienia nowego wadium, to Przystępujący takiej czynności

nie dokonał. Jak wskazał Odwołujący na rozprawie, postępowanie prowadzone było w okresie pandemii i udostępnienie dokumentów możliwe było jedynie w drodze korespondencji elektronicznej. Jedynym dokumentem, z którego wynika, iż oferta

Przystępującego nie jest zabezpieczona wadium oraz że Przystępujący nie jest związany ofertą, jest pismo z 18 maja 2022 r. Podniesienie powyższego zarzutu w odwołaniu wniesionym do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 23 maja 2022 r. należy uznać za wniesione z zachowaniem terminu na jego wniesienie. Brak jest bowiem dowodu potwierdzającego, że informację o braku terminu związania ofertą oraz braku zabezpieczenia oferty wadium, przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć we wcześniejszym terminie. Zatem zarzut nie może zostać odrzucony jako wniesiony po upływie terminu, o którym mowa w art. 515 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp.

Izba ustaliła, że Odwołujący przekazał w ustawowym terminie kopię odwołania Zamawiającemu. Izba uznała, że Odwołujący wykazał interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp2004, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy.

Izba za skuteczne uznała zgłoszone przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego i dopuściła wykonawcę udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze Uczestników postępowania.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zamawiający, w treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej SIWZ) w Rozdziale 10, ustanowił następujące wymagania dotyczące wadium:

(...)

10.11. W przypadku wyboru formy niepieniężnej wadium wykonawca zobowiązany jest:

- 1) wnieść je przy użyciu środków komunikacji elektronicznej w formie oryginalnego elektronicznego dokumentu wadialnego (np. e-gwarancji bankowej lub ubezpieczeniowej) opatrzonego kwalifikowanym podpisem elektronicznym osoby upoważnionej do wystawienia dokumentu wadialnego (np. e-gwarancji bankowej lub ubezpieczeniowej),*

2) wykonawca zobowiązany jest złożyć dokument wadialny (np. e-gwarancje bankową lub ubezpieczeniową) w sposób umożliwiający zamawiającemu dopełnienie obowiązku określonego w art. 46 ustawy Pzp, tj:

a) wraz z ofertą w ten sam sposób co ofertę przy użyciu Platformy,
lub

b) na adres poczty elektronicznej: zamowienia@madim.bytom.pl, jednakże w wydzielonym odrębnym pliku (np. pdf), (w temacie wiadomości należy podać nr sprawy lub nazwę postępowania, do którego wadium jest wnoszone).

10.12. Za zgodą zamawiającego wykonawca może dokonać zmiany formy wadium na jedną lub kilka form, o których mowa w art. 149 ust. 1 Pzp. Zmiana formy wadium musi być dokonana z zachowaniem ciągłości zabezpieczenia oferty kwota wadium.

Termin związania ofertą wynosił 60 dni i upłynął 21 sierpnia 2021 r.

Zamawiający pismem z 16 sierpnia 2021 r. wystąpił do Przystępującego z wnioskiem o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą o 60 dni tj. do 20 października 2021 r. wraz z przedłużeniem okresu ważności wadium lub z wniesieniem nowego wadium na przedłużony okres związania ofertą.

Pismem z 18 sierpnia 2021 r. Przystępujący złożył oświadczenie o przedłużeniu terminu związania ofertą do 20 października 2021 r. wraz z przedłużeniem okresu ważności wadium (aneks do gwarancji ubezpieczeniowej).

Pismem z 26 listopada 2021 r. Zamawiający wezwał Przystępującego na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp2004 do złożenia wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny. W uzasadnieniu wskazał, że zachodzą wątpliwości co do części składowych ceny w zakresie zimowego utrzymania dróg. O istotności tej stanowią następujące elementy:

- koszty związane z postojem wykonawcy tzw. okresem gotowości do świadczenia usługi,
- wzrost cen soli,
- wzrost cen benzyny i oleju napędowego,
- wzrost kosztów pracowniczych związanych z najniższym wynagrodzeniem.

Pismem z 2 grudnia 2021 r. Przystępujący udzielił wyjaśnień w zakresie istotnej części składowej oferty, które utajnił, zastrzegając, iż stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa.

W dniu 12 maja 2022 r. Zamawiający udostępnił Odwołującemu odtajnione wyjaśnienia rażąco niskiej ceny dla zadania nr 3, złożone przez Przystępującego.

W dniu 13 maja 2022 r. Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej, za którą uznał ofertę złożoną przez Przystępującego.

W dniu 18 maja 2022 r. w odpowiedzi na pismo z 13 maja 2022 r. Zamawiający poinformował Odwołującego, że oferta Przystępującego nie jest zabezpieczona wadium, a wykonawca nie jest związany ofertą.

Izba zważyła co następuje:

Na wstępie Izba wskazuje, że rozpoznając zarzuty podniesione w odwołaniu ocenia czynności podjęte przez Zamawiającego, odpowiadając na pytanie, czy Zamawiający przez wykonanie konkretnych czynności w postępowaniu lub przez zaniechanie czynności, do których wykonania był zobowiązany na podstawie ustawy, naruszył przepisy Prawa zamówień publicznych. W analizowanym stanie faktycznym, w ocenie Izby, Zamawiający nie naruszył przepisów Prawa zamówień publicznych w zakresie wskazanym w odwołaniu.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 7a i 7b w związku z art. 85 ust. 2 i 4 w związku z art. 184 Pzp2004, w ocenie Izby zarzut należy uznać za niezasadny.

Izba przywołuje treść przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 200 r. Prawo zamówień publicznych, których naruszenie zarzucił Odwołujący.

Zgodnie z treścią art. 89 ust. 1 pkt 7a i 7b Pzp2004 Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli:

- 7a) wykonawca nie wyraził zgody, o której mowa w art. 85 ust. 2, na przedłużenie terminu związania ofertą;
- 7b) wadium nie zostało wniesione lub zostało wniesione w sposób nieprawidłowy, jeżeli zamawiający żądał wniesienia wadium.

Zgodnie z art. 85 ust. 2 Pzp2004 wykonawca samodzielnie lub na wniosek zamawiającego może przedłużyć termin związania ofertą, z tym że zamawiający może tylko raz, co najmniej na 3 dni przed upływem terminu związania ofertą, zwrócić się do wykonawców o wyrażenie zgody na przedłużenie tego terminu o oznaczony okres, nie dłuższy jednak niż 60 dni.

Z kolei, zgodnie z art. 85 ust 4 Pzp2004 przedłużenie terminu związania ofertą jest dopuszczalne tylko z jednoczesnym przedłużeniem okresu ważności wadium albo, jeżeli nie jest to możliwe, z wniesieniem nowego wadium na przedłużony okres związania ofertą. Jeżeli przedłużenie terminu związania ofertą dokonywane jest po wyborze oferty

najkorzystniejszej, obowiązek wniesienia nowego wadium lub jego przedłużenia dotyczy jedynie wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza.

Zgodnie z treścią art. 184 Pzp2004 Zamawiający, nie później niż na 7 dni przed upływem ważności wadium, wzywa wykonawców, pod rygorem wykluczenia z postępowania, do przedłużenia ważności wadium albo wniesienia nowego wadium na okres niezbędny do zabezpieczenia postępowania do zawarcia umowy. Jeżeli odwołanie wniesiono po wyborze oferty najkorzystniejszej, wezwanie kieruje się jedynie do wykonawcy, którego ofertę wybrano jako najkorzystniejszą.

Argumentacja Odwołującego w zakresie uzasadnienia powyższego zarzutu nie zasługuje na uwzględnienie. Odwołujący zarzuca Zamawiającemu dokonanie bezzasadnego wyboru oferty Przystępującego, mimo że oferta Przystępującego w chwili wyboru najkorzystniejszej oferty nie była zabezpieczona wadium oraz upłynął termin związania ofertą.

W ocenie Izby okoliczność, że Przystępujący samodzielnie nie przedłużył terminu związania ofertą, nie może stanowić podstawy do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7a Pzp2004. Analiza treści art. 89 ust. 1 pkt 7a Pzp2004 prowadzi do wniosku, że obowiązek zamawiającego co do odrzucenia oferty wykonawcy aktualizuje się w sytuacji, w której na wezwanie zamawiającego do przedłużenia terminu związania ofertą wykonawca zgody takiej nie wyrazi. Wniosek taki należy wywieść z użytego przez ustawodawcę w przepisie sformułowania „nie wyraził zgody, o której mowa art. 85 ust. 2”, bowiem właśnie o wyrażeniu zgody w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego do przedłużenia terminu związania ofertą jest mowa w art. 85 ust. 2 Pzp2004. Gdyby ustawodawca chciał zrównać sytuację, w której wykonawca samodzielnie nie przedłuża terminu związania ofertą z sytuacją niewyrażenia zgody na przedłużenia tego terminu na wezwanie zamawiającego, podstawą odrzucenia oferty uczyniłby brak związania ofertą. Ustawodawca nie zdecydował się jednak na takie rozwiązanie, przypisując sankcję w postaci odrzucenia oferty wykonawcy, w następstwie braku wyrażenia zgody na wezwanie zamawiającego w przedmiocie przedłużenia terminu związania ofertą. Zatem, zgodnie z treścią art. 89 ust. 1 pkt 7a Pzp2004, obowiązek odrzucenia oferty aktualizuje się, jeżeli wykonawca odmówi wyrażenia zgody

na przedłużenie terminu związania ofertą na wezwanie wykonawcy, natomiast nie będzie miał zastosowania, gdy wykonawca nie przedłuży terminu związania ofertą samodzielnie, tak jak miało to miejsce w analizowanym stanie faktycznym.

Również za niezasadny należy uznać zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 7b Pzp2004. Odwołujący nie kwestionował ani braku, ani poprawności wniesionego przez

Przystępującego

w postępowaniu wadium. Przystępujący wniósł wadium zgodnie z wymaganiami Zamawiającego oraz w formie określonej w treści SIWZ, ponadto, stosownie do art. 85 ust. 4 Pzp2004, przedłużył jego ważność zgodnie z treścią wezwania Zamawiającego z 16 sierpnia 2021 r.

Izba podkreśla, że art. 89 ust. 1 Pzp2004 stanowi przepis sankcyjny, odnoszący się do odrzucenia oferty wykonawcy, a zatem możliwość jego zastosowania nie może być interpretowana rozszerzająco, o okoliczności, które nie zostały wyraźnie wskazane w jego treści.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 184 Pzp2004, dotyczącego obowiązku nałożonego na zamawiającego do wezwania wykonawcy, którego ofertę wybrano jako najkorzystniejszą, do złożenia wadium nie później niż na 7 dni przed upływem ważności wadium, będący konsekwencją wniesienia odwołania, Izba wskazuje, że przepis ten nie będzie miał zastosowania w analizowanym stanie faktycznym. Podkreślenia wymaga, iż postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone jest zgodnie z ustawą z dnia 24 stycznia 2004 r., natomiast postępowania odwoławcze prowadzone jest zgodnie z przepisami ustawy Pzp z dnia 11 września 2019 r. tj. w innym stanie prawnym.

Przepis art. 184 Pzp2004 znajduje się w rozdziale VI ustawy z 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych zatytułowanym „Środki ochrony prawnej”, rozdział 2. „Odwołanie”

i ma bezpośredni związek z wniesieniem odwołania, polegającym na tym, iż możliwość jego zastosowania wywołana jest wyłącznie okolicznością wniesienia przez wykonawcę odwołania zgodnie z ww. przepisami. Aby obowiązek w postaci wezwania wykonawcy, którego ofertę wybrano jako najkorzystniejszą, do złożenia wadium nie później niż na 7 dni przed upływem ważności wadium zmaterializował się po stronie zamawiającego, niezbędne jest wniesienie odwołania zgodnie z wymaganiami ustawy Pzp2004 i to wyłącznie dlatego, że ustawa
ta zawiera regulację nakładającą wprost taki obowiązek na zamawiającego.

W analizowanym stanie faktycznym, w związku z wejściem w życie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych, zastosowanie znajdują przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz. U.2019 poz. 1086). Zgodnie z art. 92 ust. 2 przepisów przejściowych *Do postępowań odwoławczych oraz postępowań toczących się wskutek wniesienia skargi do sądu, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych po dniu 31 grudnia 2020 r., dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem 1 stycznia 2021 r., stosuje*

się przepisy ustawy, o której mowa w art. 1. tj. przepisy ustawy Pzp z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych.

Zestawiając powyższe wskazać należy, iż do postępowań odwoławczych wszczętych po 31 grudnia 2020 r. nie stosuje się przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. lecz przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych z 11 września 2019 r, która regulują kwestie związane

z postępowaniem odwoławczym, jak też i skutki, jakie wywołuje wniesienie odwołania.

Zgodnie z ustawą Pzp2004 obowiązek wezwania przez Zamawiającego wykonawcy w trybie art. 184 był wywołany wyłącznie wniesieniem odwołania. W ustawie Pzp brak jest podstawy prawnej nakładającej na Zamawiającego taki obowiązek.

Wobec powyższego odwołanie wniesione po 31 grudnia 2020 r (tu 23 maja 2022 r.) nie wywołało skutku w postaci obowiązku zastosowanie przez Zamawiającego art. 184 Pzp2004. W przedmiotowej sprawie Odwołujący wniósł odwołania, które podlega regulacji ustawy z dnia 11 września 2019 r. nieprzewidującej obowiązku, o którym mowa w art. 184 Pzp2004.

W związku z powyższym, wobec braku podstawy prawnej nakazującej wezwanie przez Zamawiającego nie później niż na 7 dni przed upływem ważności wadium pod rygorem wykluczenia z postępowania, do przedłużenia ważności wadium albo wniesienia nowego wadium na okres niezbędny do zabezpieczenia postępowania do zawarcia umowy przez wykonawcę, którego ofertę wybrano jako najkorzystniejszą, zarzut należy uznać za niezasadny.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp2004 poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego, mimo iż oferta w zakresie istotnej części przedmiotu zamówienia jest ceną rażąco niską i budzącą wątpliwości co do możliwości realizacji zadania za podane wynagrodzenie, w ocenie Izby zarzut nie został potwierdzony.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp2004 zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Z kolei, zgodnie z art. 90 ust. 3 Pzp2004, zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W zakresie możliwości uznania ceny oferty lub jej elementów składowych za rażąco niskie wskazać należy za ugruntowaną linią orzecniczą Krajowej Izby Odwoławczej i sądów,

że za rażąco niską cenę należy uznać taką cenę, która jest niewiarygodna dla wykonania przedmiotu zamówienia i jest całkowicie oderwana od realiów rynkowych. Jednakże ocena tej okoliczności zawsze powinna być dokonana z uwzględnieniem przedmiotu zamówienia, jego specyfiki i towarzyszących mu realiów rynkowych, w oparciu o dostępne zamawiającemu informacje, które uzyskał w wyniku przedstawienia przez wezwanego wykonawcę wyjaśnień. Wykonawca winien podać zamawiającemu wszystkie informacje dotyczące kalkulacji zaoferowanej ceny, w tym informacje dotyczące sposobu kalkulacji, uwarunkowań, w jakich dokonywał kalkulacji, szczególnych przesłanek warunkujących przyjęty sposób kalkulacji (jeśli takie zaistniały) oraz innych istotnych elementów mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny, jak np. korzystne upusty, sprzyjające w oparciu o konkretne informacje warunki finansowe, uzyskane specjalne oferty, a dowodzące możliwości zaoferowania danej ceny. Wyjaśnienia wykonawcy stanowiące informacje w zakresie ceny powinny umożliwić zamawiającemu podjęcie decyzji co do przyjęcia bądź odrzucenia oferty. Podkreślenia wymaga, że zamawiający informacje dotyczące indywidualnych elementów kalkulacji danej ceny, jak również okoliczności, które wpływają na daną kalkulację, uzyskuje od danego wykonawcy w wyniku wezwania do złożenia wyjaśnień w określonym, wskazanym przez zamawiającego zakresie i terminie. Tym samym wykonawca składający wyjaśnienia zamawiającemu, winien wskazać wszystkie okoliczności, które stanowiły podstawę dokonanej wyceny. Wyjaśnienia winny być jasne, konkretne i spójne. Winny być adekwatne do przedmiotu zamówienia, uwzględniać jego założenia oraz specyfikę właściwą np. dla danej branży.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt rozpoznawanej sprawy Izba podkreśla, że wyjaśnienia ceny złożone przez Przystępującego, odnoszące się do istotnej części składowej ceny oferty, tj. zimowego utrzymania, nie potwierdzają zarzutu Odwołującego.

W wyniku wezwania Przystępującego do złożenia wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny z 26 listopada 2021 r. Przystępujący złożył na 16 stronach wyjaśnienia, w których wskazał sposób wyliczenia ceny (opis oraz kalkulacja) w zakresie wymaganym przez Zamawiającego, z odniesieniem się do takich elementów kalkulacji jak:

I) Akcja zimowa dobowo:

z uwzględnieniem wartości dla kosztów akcji na wskazanej powierzchni, kosztów zatrudnienia, kosztów paliwa, kosztów środków do likwidacji śliskości zimowej, ceny doby prowadzonej akcji, kosztów doby prowadzenia akcji zima, założonej gotowości w wysokości 10% z zaoferowanej ceny oraz zysku, ze szczegółowym rozbiem na pozycje uwzględniające:

1. koszty pracy – wynagrodzenia pracowników – zima, zawierające zestawienia i wyliczenia ilości osób przeznaczonych do realizacji zadania, ilości założonych roboczogodzin podczas jednej doby, wartości jednej roboczogodziny w wysokości 22,00 zł brutto (z uwzględnieniem waloryzacji minimalnego wynagrodzenia w roku 2022), ogólną kalkulację dla pozycji,
 2. koszty paliwa zawierające kalkulację uwzględniającą ilość i rodzaj sprzętu technicznego do realizacji zadania, średnią prędkość podczas jazdy, ilość przejazdów na danej powierzchni, czas przejazdu, cenę paliwa w wysokości 6,15 zł brutto, spalanie jednej jednostki, ogólną kalkulację dla pozycji,
 3. środki do likwidacji śliskości zimowej ze wskazaniem zastosowanej dawki, użytego sprzętu, średnie zużycie NaCl w ilości 15 g/m², wielość przyjętej powierzchni do posypywania, wydatek jednostkowy, ilość wysypanego materiału oraz ogólną kalkulację dla pozycji,
- II) Akcja zima – przejazd jednorazowy – cały rejon, z uwzględnieniem elementów i sposobu kalkulacji ceny jak dla poz. I) Akcja zimowa dobową,
 - II) Akcja zima – przejazd jednorazowy – szlaki komunikacyjne, z uwzględnieniem elementów i sposobu kalkulacji ceny jak dla poz. I) Akcja zimowa dobową,
 - IV) Przejazd alarmowy, z uwzględnieniem elementów i sposobu kalkulacji ceny jak dla poz. I) Akcja zimowa dobową,
 - V) Oczyszczanie ulic poziome, z uwzględnieniem elementów i sposobu kalkulacji ceny jak dla poz. I) Akcja zimowa dobową,
 - VI) Utrzymanie zimowe ulic na wskazanie – zabezpieczenie zimowe, z uwzględnieniem elementów i sposobu kalkulacji ceny jak dla poz. I) Akcja zimowa dobową,
 - VII) Utrzymanie chodników, przystanków komunikacji miejskiej – zabezpieczenie zimowe - doba, z uwzględnieniem elementów i sposobu kalkulacji ceny jak dla poz. I) Akcja zimowa dobową,
 - VIII) Utrzymanie chodników, przystanków komunikacji miejskiej – zabezpieczenie zimowe – jednorazowe, z uwzględnieniem elementów i sposobu kalkulacji ceny jak dla poz. I). Akcja zimowa dobową,
 - IX) Utrzymanie chodników przystanków komunikacji miejskiej na wskazanie – zabezpieczenie zimowe, z uwzględnieniem elementów i sposobu kalkulacji ceny jak dla poz. I). Akcja zimowa dobową,
 - X) Oczyszczanie chodników w okresie zimowym z uwzględnieniem elementów i sposobu kalkulacji ceny jak dla poz. I) Akcja zimowa dobową,
 - XI) Wywóz śniegu z uwzględnieniem ceny jednostkowej, ceny pozycji, kosztów pracy, ilości osób wskazanych do realizacji zadania i założonych roboczogodzin, wartości jednej

roboczogodziny w wysokości 22,00 zł, kosztów transportu, założonej gotowości w wysokości 10 % zaoferowanej ceny oraz zysku,

XII) Pozostałe koszty uwzględnione do utrzymania zimowego, uwzględniające:

- koszty polisy OC,
- koszty utrzymania zaplecza – bazy sprzętowo magazynowej,
- koszty prowadzenia działalności (administracja, księgowość, utrzymanie biura),
- koszty naprawy sprzętu w przypadku awarii lub uszkodzenia,
- koszty wynagrodzenia kierownika, dyspozytora

ze wskazaniem ogólnej wartości dla pozycji.

Ponadto wyjaśnienia zawierały kalkulację całkowitych kosztów utrzymania zimowego, obejmujących krotności założone w formularzu ofertowym dla zadania nr 3 z uwzględnieniem podziału na koszty i zysk.

Do wyjaśnień Przystępujący załączył dowody w postaci: formularza ofertowego na zadanie nr 3, umowy nr DNP.261.52.4.2020.PN.U z 01.10.2021, formularz ofertowy na zadanie nr 4, formularz ofertowy z negocjacji na rejon 3 z 26.11.2012 r., fakturę z zakupu soli.

Odnosząc się do powyższych wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny Izba stwierdziła, że w jej ocenie zarzut Odwołującego nie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności wskazać należy, że powyższe wyjaśnienia składane były na potwierdzenie ceny zaoferowanej w ofercie, na dzień jej złożenia, tj. 23 czerwca 2021 r. Zadaniem Przystępującego było wykazanie jej realności właśnie na dzień, w którym składał ofertę w postępowaniu. Odnoszenie treści wyjaśnień do cen i wartości obowiązujących w czasie składania odwołania jest działaniem nieuprawnionym ze strony Odwołującego, zwłaszcza w okolicznościach obecnego wzrostu cen i wskaźnika inflacji. Zgodzić się należy ze stanowiskiem Przystępującego, że oferta była wyceniana w czerwcu 2021 r., a wyjaśnienia ceny składane w grudniu 2021 r., zatem w sposób oczywisty Przystępujący nie mógł antycypować w kalkulacji ceny, a następnie w wyjaśnieniach, szeregu zdarzeń, jakie spowodowały gwałtowny wzrost cen w roku 2022 (wojna w Ukrainie oraz gwałtownie rosnąca inflacja). Wskazane przez Odwołującego bieżące wartości kosztów (jak np. ceny paliwa, gdzie Odwołujący przywołuje ceny z 18 maja 2022 r. nie powinny być uwzględnione przy ocenie rzetelności wyceny oferty Przystępującego i przedstawionych Zamawiającemu wyjaśnień ceny.

Ponadto, dokonując oceny złożonych wyjaśnień, nie można pominąć okoliczności, że zostały one złożone w odpowiedzi na konkretne wezwanie Zamawiającego i w zakresie przez niego określonym. To zamawiający – a nie wykonawca, kierując do wykonawcy

stosowne wezwanie, poprzez określenie zakresu, metodologii i stopnia szczegółowości istotnych elementów ceny podlegających wyjaśnieniu, wyznacza zakres wyjaśnień i narzuca wykonawcom sposób w jaki winni skonstruować składane wyjaśnienia.

W ocenie Izby wezwanie z 26 listopada 2021 r. do złożenia wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny cechował bardzo duży stopień ogólności. Nie wynika z niego jednoznacznie, czy Zamawiający żąda wyjaśnień w zakresie ceny całej oferty, czy tylko istotnych jej elementów. Zamawiający, ponad przywołanie podstawy prawnej, tj. art. 90 ust. 1 Pzp2004 wraz z zacytowaniem jego treści, wskazał na wątpliwości co do części składowej ceny w zakresie zimowego utrzymania dróg. Jako elementy świadczące o tej istotności przywołał następujące fakty: włączenie w zakres zamówienia kosztów związanych z postojem wykonawcy, tzn. okresem gotowości do świadczenia usługi, wzrost cen soli, wzrost cen benzyny i oleju napędowego oraz wzrost kosztów pracowniczych związanych z najniższym wynagrodzeniem.

Zamawiający nie określił jednoznacznie, czy ceny powyższych składowych ceny powinny zostać wyjaśnione, czy też wykonawca winien odnieść się w wyjaśnieniach do ceny całej oferty. Na niejasność wezwania wskazuje treść: *W związku z powyższym wzywamy do udzielenia szczegółowych wyjaśnień i złożenia dowodów dotyczących wyliczenia ceny, które pozwoliły na skalkulowanie łącznej ceny ofertowej brutto na zaoferowanym przez Państwa poziomie. Złożone wyjaśnienia i dowody powinny przekonać Zamawiającego i niepodważalnie wykazać, że proponowana cena nie jest rażąco niska i pozwala na należyte wykonanie poszczególnych rodzajów robót składających się na całego zamówienia.*

Ponadto Zamawiający nie określił żadnej metodologii, w oparciu o którą Przystępujący winien był wyjaśnić zaoferowaną cenę ani nie dookreślił stopnia ich szczegółowości.

Wychodząc jednak z założenia (jak interpretuje to również Odwołujący), że celem Zamawiającego było uzyskanie wyjaśnień cen dla zakresu „utrzymanie zimowe”, to w treści wezwania Zamawiający odniósł się wyłącznie do takich elementów jak: koszty związane z postojem wykonawcy, tzn. okresem gotowości do świadczenia usługi, wzrost cen soli, wzrost cen benzyny i oleju napędowego oraz wzrost kosztów pracowniczych związanych z najniższym wynagrodzeniem, których wyjaśnień oczekiwał od Przystępującego.

Niezasadne i niczym nie poparte jest zatem stanowisko Odwołującego, zgodnie z którym Przystępujący winien precyzyjnie wykazać, w jaki sposób potrafił wygenerować oszczędności na poziomie 3 mln złotych w stosunku do swoich konkurentów.

Jeżeli Przystępujący wykazał, że zamówienie będzie realizował po cenach rynkowych, realnych, to wówczas odniesienie się do szczególnych oszczędności czy wyjątkowo sprzyjających warunków realizacji nie będzie miało zastosowania. Także argumentacja opierająca się na cenach złożonych w postępowaniu prowadzonym przez Miasto Zabrze, nie ma żadnego znaczenia dla sprawy. Zaoferowane tam ceny odnoszą się do innego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Również za niezasadny i niczym nie poparty należy uznać argument, że skoro Przystępujący oferował w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w roku 2019 dla niektórych pozycji ceny na wyższym poziomie niż w przedmiotowym postępowaniu, to ceny niższe zaoferowane w roku 2021 są cenami rażąco niskimi.

Odwołujący zawartą w odwołaniu argumentację oparł na porównaniu cen złożonych w niniejszym postępowaniu do cen Przystępującego z roku 2019 r. Jednak brak jest należytego wyjaśnienia, dlaczego akurat ceny Przystępującego z 2019 r. są tym idealnym wzorcem, do którego trzeba się odnosić. Samo założenie, że obecnie wszystko powinno być droższe w stosunku do cen Przystępującego z roku 2019, jest tu niewystarczające, nie wiadomo bowiem, w oparciu o jakie założenia owe ceny z roku 2019 były kalkulowane.

Izba wskazuje też, że sam fakt, że w jednym postępowaniu wykonawca oferuje cenę na określonym poziomie, nie oznacza, że cena niższa zaoferowana w innym postępowaniu jest ceną rażąco niską, nieodpowiadającą kosztom wykonania prac. Wykonawca nie ma bowiem obowiązku kalkulowania cen w różnych postępowaniach na takim samym poziomie, a oferowana cena jest zawsze wynikiem indywidualnej strategii biznesowej wykonawcy i zakładanego ryzyka. Zasadność takiej argumentacji potwierdzałoby wykazanie, że poprzednie ceny, do których odnosi się Odwołujący, zostały skalkulowane na tak niskim poziomie, że zaoferowanie ceny niższej stanowiłoby cenę nierealną.

Istotnym dla Izby argumentem, zaprzeczającym stanowisku Odwołującego co do nierealności ceny Przystępującego za utrzymanie zimowe, jest okoliczność podniesiona przez Przystępującego i wykazana protokołem z negocjacji. Odwołujący zrealizował bowiem zamówienie dla zadania nr 3 w okresie do 31 marca 2022 r., składając ofertę podczas negocjacji 28 lutego 2022 r. (w obecnych już warunkach rynkowych) po cenach niższych niż te, które zaoferował Przystępujący w 2021 r., a których realność Odwołujący sam podważa.

Za realnością ceny Przystępującego świadczy również okoliczność, że realizuje on należycie zakres objęty zamówieniem po cenach zaoferowanych w 2019 r. tożsamy z cenami zaoferowanymi w przedmiotowym postępowaniu, natomiast Odwołujący nie wykazał, że Przystępujący ponosi straty z tytułu realizacji ww. zamówienia.

W ocenie Izby powyższe potwierdza niezasadność zarzutu.

Odnosząc się do poszczególnych, kwestionowanych elementów kalkulacji ceny, wskazać należy że, w zakresie ilości osób niezbędnych do realizacji zamówienia Zamawiający nie określał żadnych wymagań. Odwołujący zbudował zarzut w oparciu o własne założenia w tym zakresie, co nie oznacza, że Przystępujący musiał przyjąć założenia tożsame lub zbliżone i skalkulować cenę na poziomie podobnym.

W odniesieniu do cen oleju napędowego Przystępujący w wyjaśnieniach wskazał na wartość rynkową paliwa, która, jako aktualna, nie wymagała wykazania jej dowodem. Ponadto opieranie zarzutu na cenach aktualnych na dzień składania odwołania czyni zarzut niezasadnym, bowiem wyjaśnienia ceny mają potwierdzać jej realność na dzień składania oferty.

Niezrozumiałym dla Izby jest argumentacja Odwołującego na potwierdzenie rażąco niskiej ceny w zakresie cen soli drogowej. Dowód złożony przez Przystępującego w postaci faktury za zakup soli drogowej dowodzi, że Przystępujący nabywa sól drogową po cenach wyższych niż niektóre z cen przywołanych przez Odwołującego, w oparciu o które Odwołujący buduje zarzut. To właśnie w zakresie cen zakupu soli dowód Odwołującego stanowiący zestawienie poziomu cen soli drogowej, potwierdza realność ceny soli drogowej zaoferowanej przez Przystępującego. Realność ceny w zakresie soli drogowej ma miejsce również w odniesieniu do obecnych cen.

W zakresie wyjaśnienia gotowości Przystępujący w ramach każdej pozycji wskazał, iż stanowi ona wartość 10% z zaoferowanej ceny dla danej pozycji. Okoliczność, że w przedmiotowym postępowaniu wartość usługi nie została wyodrębniona w osobnej pozycji, a miała zostać wyceniona w ramach ceny jednostkowej brutto, nie ma żadnego znaczenia dla sprawy. Również, jak zostało wskazane powyżej, nie jest istotne, jaką wartość zaoferował Przystępujący w ramach innego postępowania, jeżeli cena ta nie była ceną nierealną.

Przystępujący, zgodnie z wymaganiami Zamawiającego, ujął wartość gotowości w cenie jednostkowej, wskazał, iż stanowi ona 10 % wartości pozycji oraz przedstawił sposób jej wyliczenia, dochodząc do konkretnej wartości ujętej w złotych.

Zatem zarzut Odwołującego, iż Przystępujący nie wykazał, w jakiej pozycji i czy w ogóle taką gotowość wliczył do cen jednostkowych, przeczy treści zawartej w wyjaśnieniach ceny, bowiem wszystkie te informacje, których brak podnosi Odwołujący, zostały przez Przystępującego ujęte w wyjaśnieniach z 2 grudnia 2021 r.

Zarzut jako niezasadny podlega zatem oddaleniu.

W odniesieniu do kosztów pracy Odwołujący kwestionuje stawkę 22,00 zł, powołując się na dane z informatora SEKOCENDUD, wskazując jako właściwą minimalną stawkę dla roku 2022 na poziomie 24,13 zł netto. Ponadto z informacji Przystępującego wynika, że jest to cena brutto, zatem Odwołujący wyprowadza wniosek, iż cena ta obejmuje podatek VAT. Po odliczeniu podatku VAT w wysokości 8% wartość stawki wynosić będzie 20,37 zł, a więc poniżej wymaganej prawem minimalnej stawki uwzględniającej minimalne wynagrodzenie za pracę i innych kosztów pracowniczych.

Argumentacja Odwołującego nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba wskazuje, że podstawą określenia minimalnej stawki za pracę nie jest informator Sekocenbud, lecz rozporządzenie 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), zgodnie z którym (§ 2) *od dnia 1 stycznia 2022 r. ustala się minimalną stawkę godzinową w wysokości 19,70 zł*. Sekocenbud jest wydawany przez prywatną spółkę – Ośrodek Wdrożeń Ekonomiczno-Organizacyjnych Budownictwa „PROMOCJA” Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, prowadzącą zwykłą komercyjną działalność. Nie jest to podmiot, do opracowań którego odsyła Pzp2004, czy jakkolwiek inny akt prawny. Ponadto odnosi się do cen, jak też do sposobu wyliczenia tzw. „płacy uzupełniającej” w robotach budowlanych.

Przedmiotowe zamówienie nie jest robotami budowlanymi, lecz usługą, zatem informacje w nim podane nie będą miały zastosowania w niniejszym postępowaniu. Ponadto Przystępujący, oferując stawkę roboczogodziny w wysokości 22,00 zł, nie naruszył przepisów odnoszących się do określenia minimalnego wynagrodzenia za pracę.

Niezasadnym jest również zarzut odnoszący się do ujęcia w stawce godzinowej podatku VAT. W żadnym miejscu Przystępujący nie zawarł informacji, że w cenę roboczogodziny brutto wliczony jest VAT. Odwołujący stawia zarzut w oparciu o potoczne rozumienie określenia „brutto”, które nie zawsze będzie oznaczało, iż odnosi się do podatku

VAT. Może również oznaczać, że jest wartość zawierająca w sobie wszystkie dodatkowe obciążenia.

Dodać należy, że do kosztów pracy nie wlicza się podatku od towarów i usług, a ustawa z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług w swoim katalogu nie zawiera pozycji stawka brutto roboczogodziny wynagrodzenia jako czynności podlegającej podatkowi VAT.

Powyższe potwierdza zatem niezasadność zarzutu.

Odnosząc się do zarzutów dotyczących kosztów najmu samochodów, kosztów pracy sprzętu własnego i będącego w leasingu, wskazać należy, iż są one całkowicie pozbawione racji.

Po pierwsze, zgodnie z treścią wezwania do złożenia wyjaśnień ceny, Przystępujący nie był zobowiązany do wykazania i wyliczenia ceny najmu sprzętu, podania informacji o warunkach najmu, jego zakresie i obowiązkach wynikających z umowy najmu, jak również podania kosztów pracy własnego sprzętu, czy też kosztów leasingu. Po drugie, budowanie zarzutu poprzez odniesienie do informacji zawartych w SEKOCENBUD nie jest uzasadnione, co zostało wykazane powyżej (przedmiotowe zamówienia nie jest robotami budowlanymi).

Pomimo tego, złożona podczas rozprawy przez Przystępującego kalkulacja – porównanie kosztów pracy sprzętu w oparciu o stawki SEKOCENBUD – wykazała, że całkowita wartość pracy sprzętu wraz z operatorem jest wyższa niż dowodził tego Odwołujący.

Reasumując, zdaniem Izby, wyjaśnienia ceny złożone przez Przystępującego zawierające kalkulację ceny, poparte załączonymi dowodami, potwierdzają realność zaoferowanej ceny. Brak określenia przez Zamawiającego jakiegokolwiek metodologii oraz stopnia szczegółowości składanych wyjaśnień nie pozwala na uznanie, że złożone wyjaśnienia ceny nie stanowiły wystarczającej odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego i nie odnosiły się do wszystkich wymaganych elementów ceny. Zarzut odwołania można sprowadzić do twierdzenia, że Przystępujący dokonał wyjaśnienia ceny w sposób, który nie odpowiada Odwołującemu. Na podkreślenie zasługuje również fakt, że Odwołujący nie kwestionował treści wezwania do złożenia wyjaśnień ceny, wręcz przeciwnie, w piśmie procesowym wskazywał na jego precyzyjną treść. Zarzut należy zatem uznać za niezasadny.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp w zw. z § 5 pkt 1 oraz § 8 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....