

WYROK

z dnia 12 kwietnia 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Monika Kawa-Ogorzałek

Protokolant: Klaudia Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 kwietnia 2019 r. w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 marca 2019 r. przez wykonawcę: **P. S. EKOBUD TORUŃ, ul. Świerkowa 21A, 87-100 Toruń**

w postępowaniu prowadzonym przez **Skarb Państwa - 12 Wojskowy Oddział Gospodarczy w Toruniu 4620, ul. Okólna 37, 87-100 Toruń**

przy udziale wykonawcy **LUKMIR BUD Sp. z o.o. z siedzibą Toruń** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 527/19 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, odrzucenie oferty wykonawcy LUKMIR BUD sp. z o.o. z siedzibą w Toruniu oraz ponowne badanie i ocenę ofert.
2. W pozostałym zakresie odwołanie oddać.
3. Kosztami postępowania obciążyć Zamawiającego i:
 - 3.1. Zaliczyć w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł (słownie: dziesięć tysięcy złotych) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,

Sygn. akt KIO 527/19

- 3.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 13 600 zł (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz opłaty skarbowej od pełnomocnictwa.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Toruniu.**

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Zamawiający - 12 Wojskowy Oddział Gospodarczy (12 WOG) z siedzibą w Toruniu prowadzi na podstawie przepisów ustawy z 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018r. poz. 1986; dalej: Pzp) postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pn. „*Remont budynku koszarowego nr 5 przy ul. Dworcowej 56 w Inowrocławiu*”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone na stronie Urzędu Zamówień Publicznych pod numerem 507084-N-2019 w dniu 25 stycznia 2019r.

Zamawiający w dniu 21 marca 2019r. poinformował wykonawców biorących udział w postępowaniu, iż najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę LUKMIR BUD Sp. z o.o. z siedzibą w Toruniu (dalej: „Przystępujący” lub „LUKMIR”).

Na powyższą czynność Zamawiającego wykonawca – P. S. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą „P. S. - EKOBUD TORUŃ” wniósł w dniu 26 marca 2019r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 90 ust. 1 Pzp poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty Przystępującego pomimo niespełniania przez tę ofertę kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: „SIWZ”),
2. art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty LUKMIR, mimo że jego oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, co znalazło potwierdzenie w złożonej ofercie poprzez przyjęcie przez ten podmiot do ustalenia ceny swojej oferty przyjął koszty pracy na poziomie niższym od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie właściwych przepisów;
3. art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty LUKMIR, mimo że jego oferta jest niezgodna z Pzp, tj. art. 90 ust. 1 pkt 1 Pzp, z uwagi na zaoferowanie przez niego stawki roboczogodziny, której wartość jest niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie właściwych przepisów;
4. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego, mimo że jego oferta jest niezgodna z treścią SIWZ, tj. z rozdziałem XII pkt 8 z uwagi na zaoferowanie stawki roboczogodziny na poziomie niższym od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie właściwych przepisów;
5. art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy LUKMIR, mimo że zawiera ona błąd w obliczeniu ceny polegający na zaoferowaniu stawki roboczogodziny, której wartość jest niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie właściwych przepisów.

Wskazując na powyższe zarzuty Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;
2. powtórzenia czynności badania i oceny oferty;
3. wykluczenia LUKMIR z postępowania;
4. odrzucenia oferty LUKMIR;
5. wyboru oferty Odwołującego.

Uzasadniając odwołanie wskazał, że wadliwość wyboru najkorzystniejszej oferty wynika z dokonanej przez Zamawiającego błędnej oceny oferty Przystępującego. Zamawiający, po poinformowaniu przez Odwołującego o niezgodnej z przepisami ustawy czynności podjętej przez Zamawiającego, zaniechał odrzucenia oferty tego wykonawcy, pomimo, że z treści oferty wynikało, iż jego oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia z uwagi na przyjęcie do ustalenia ceny oferty kosztów pracy na poziomie niższym od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz.U. z 2017r. poz. 847; dalej: „ustawa” lub „ustawa o minimalnym wynagrodzeniu”). Dodatkowo Zamawiający zaniechał odrzucenia oferty Przystępującego, mimo że - z uwagi na zaferowanie stawki roboczogodziny na poziomie niższym niż wartość minimalnego wynagrodzenia za pracę określonego na podstawie przepisów ustawie o minimalnym wynagrodzeniu za pracę - jego oferta pozostaje w sprzeczności z przepisami Pzp i treścią SIWZ oraz zawiera błąd w obliczeniu ceny.

Zdaniem Odwołującego, gdyby Zamawiający prawidłowo przeprowadził proces badania i oceny oferty Wykonawcy LUKMIR, wykluczyłby tego wykonawcę z postępowania i odrzucił jego ofertę. W takiej sytuacji to Odwołujący uzyskałby zamówienie, bowiem jego oferta - w świetle ustanowionych w postępowaniu kryteriów oceny ofert - jest najkorzystniejsza spośród wszystkich złożonych ofert.

Wskazał, że z art. 90 ust. 1 pkt 1 Pzp wynika konieczność uwzględnienia przez wykonawców ubiegających o zamówienie kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie przepisów o minimalnym wynagrodzeniu. Zauważył, że przepis ten wskazując jako jedną z przesłanek oceny i uznawania tzw. domniemania ceny rażąco niskiej nie uzależnia tej przesłanki od sposobu przygotowania przez Zamawiającego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Niezależnie od sposobu dokonania opisu przedmiotu zamówienia, w tym wprowadzeniu bądź rezygnacji z wymogu art. 29 ust 4 pkt 4 Pzp, tj. zatrudnienia na podstawie umowy o pracę przez wykonawcę lub podwykonawcę osób wykonujących czynności w trakcie realizacji zamówienia, odniesienie kosztów pracy do ustawowej wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę odnosi się do wynagrodzeń osób wykonujących pracę

przy realizacji zamówienia, zarówno na podstawie stosunku pracy, jak i na innych podstawach, w szczególności umów cywilnoprawnych tj. np. zlecenia lub umowy o dzieło.

W opinii Odwoływającego, nawet gdyby uznać, że art. 90 ust. 1 pkt 1 Pzp nie wiązał Przystępującego, co do sposobu wyliczenia kosztów pracy dla celów sporządzenia oferty, to wskazać należy, że identyczny wymóg wynikał z rozdziału XII pkt 8 SIWZ. Tymczasem z kosztorysu ofertowego Przystępującego wynika, że przy kalkulacji ceny oferty uwzględnił on koszty pracy na poziomie niższym od minimalnego wynagrodzenia wynikającego z właściwych przepisów. Sposób przedstawienia danych w kosztorysie wskazuje na to, że Wykonawca przyjął stawkę roboczogodziny na poziomie 11,34 zł, podczas gdy z przepisów o minimalnym wynagrodzeniu za prace wynika, że powinien był przyjąć stawkę roboczogodziny na poziomie nie niższym niż 14,70 zł.

Odwołujący z ostrożności wskazał, że kosztem mogącym być kwalifikowanym jako pośredni są wyłącznie koszty ogólne budowy oraz koszty zarządu, które to nie są objęte kosztami bezpośrednimi w jakiegokolwiek pozycji kosztorysowej. Odwołujący podkreśla, że w ramach stawki roboczogodziny, która to jest kosztem bezpośrednim związanym z wykonywaną usługą, należy ująć m.in. obligatoryjne obciążenia płacowe, których to zgodnie z przedłożonymi wyliczeniami oferent nie uwzględnił. Potwierdzeniem tego stanowiska jest również treść samego art. 90 ust. 1 Pzp, która to bezpośrednio odwołuje się do ustawy, w ramach której ustawodawca przyjął określoną stawkę wynagrodzenia. Podkreślił, że przy kalkulowaniu ceny oferty każdy z wykonawców składających ofertę w przedmiotowym postępowaniu zobowiązany był do wzięcia pod uwagę zakresu wymagań i czynników cenotwórczych wynikających z rozdziału XII pkt 8 SIWZ. Tymczasem - jak wynika z kosztorysu ofertowego Przystępującego - nie uwzględnił on w cenie swojej oferty wymagań Zamawiającego, bowiem przyjął do kalkulacji ceny oferty stawkę roboczogodziny na poziomie 11,34 zł, podczas gdy z przepisów o minimalnym wynagrodzeniu, do których odwołał się Zamawiający w SIWZ, wynikało, że stawką roboczogodziny nie może być niższa niż 14,70 zł. Przyjmuje się, że koszty pracy składają się z dwóch części. Pierwszą z nich są koszty pozapłacowe, do których zaliczamy wszystkie składki oraz koszty pracy, jakie ponosi przedsiębiorca poza wynagrodzeniem bezpośrednim. Z kolei ta druga grupa to koszty płacowe, w których skład wchodzi wynagrodzenia osobowe, dodatki oraz nagrody i premie. Stawki robocizny kosztorysowej ustalone na podstawie powinny obejmować wszystkie składniki zaliczane do wynagrodzenia oraz koszty pochodne naliczane od wynagrodzeń, a w szczególności płace zasadnicze, premie regulaminowe, płace dodatkowe (dodatki stażowe, inne dodatki regulaminowe), płace uzupełniające (wynagrodzenia za urlopy i inne płatne nieobecności, zasiłki chorobowe, odprawy emerytalne, nagrody jubileuszowe), obligatoryjne obciążenia płac, odpisy na zakładowy fundusz świadczeń socjalnych. Z kolei definicja kosztów pośrednich określa koszty pośrednie jako składniki kalkulacyjne wartości kosztorysowej,

uwzględniające nieuwjęte w kosztach bezpośrednich koszty zaliczane zgodnie z odrębnymi przepisami do kosztów uzyskania przychodów, w szczególności koszty ogólne budowy oraz koszty zarządu. Przykładem kosztów pośrednich mogą być m.in. koszty kredytu, najmu biura, usług telekomunikacyjnych - poczta, telefon - natomiast koszty pracy nie należą do kosztów pośrednich i powinny zostać uwzględnione jako koszty bezpośrednie w określonej przez wykonawcę w kosztorysie ofertowym stawce roboczogodziny, co wynika wprost z przepisów.

Odwołujący wskazał, że niezależnie od przepisów powszechnie obowiązującego prawa, zgodnie z podstawowymi zasadami kosztorysowania, koszty bezpośrednie i pośrednie stanowią dwie odrębne grupy kosztów, jak również niedopuszczalne jest zwiększanie kosztów bezpośrednich poprzez koszty pośrednie. Należy wskazać, że przerzucanie części kosztów pracy do kosztów pośrednich generuje koszty niekontrolowane, a w ten sposób wykonawca może tworzyć sobie kompletnie niekontrolowany budżet, kłóć może próbować przeznaczać na cele niezwiązane z pokryciem kosztów pracy w wysokości w wynikającej z przepisów o minimalnym wynagrodzeniu za pracę i minimalnej stawce godzinowej. Zauważył, że po to są koszty bezpośrednie, żeby koszty pracy były określone w sposób wymierny, a w wyniku przyjęcia stawki roboczogodziny w wysokości 11,34 zł, która powinna obejmować wszystkie koszty pracy, naruszono obowiązujące przepisy o minimalnym wynagrodzeniu za pracę.

W konsekwencji Odwołujący wskazał, że przy uwzględnieniu wymagań SIWZ Przystępujący sporządził kosztorys ofertowy niezgodnie z wymaganiami SIWZ.

Podkreślił, że w przypadku zamówień na roboty budowlane koszty pracy mają niebagatelne znaczenie, przyjęcie za podstawę obliczenia ceny oferty wynagrodzenia w kwocie niższej, niż przewidziana w Ustawie, należy również poczytywać za okoliczność uzasadniającą odrzucenie oferty Przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 (niezgodność z Pzp) i pkt 6 Pzp (błąd w obliczeniu ceny). Weryfikacja prawidłowości wyliczenia ceny lub kosztu powinna dotyczyć również prawidłowego rozumienia przez wykonawcę powszechnie obowiązujących przepisów prawa, zwłaszcza mających wpływ na obliczenie ceny lub kosztu wykonania przedmiotu zamówienia. Zatem z błędem w obliczeniu ceny lub kosztu oferty będziemy mieli do czynienia w przypadku nieuwzględnienia (lub uwzględnienia w sposób nieprawidłowy) w wyliczeniu ceny lub kosztu wszystkich elementów cen- lub kosztotwórczych, wynikających z przepisów prawa. Odwołujący podkreślił, że w przedmiotowej sprawie błąd w obliczeniu przez Przystępującego ceny polegał na nieuwzględnieniu wymagań dotyczących wysokości minimalnego wynagrodzenia, wynikających z przepisów ustawy.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego odrzucenie na podstawie art. 181 ust. 3 w zw. z art. 181 ust. 2 Pzp, a w sytuacji nieuwzględnienia powyższego wniosku o oddalenie odwołania przez Izbę.

Odnosząc się do naruszenia art. 90 ust. 1 Pzp Zamawiający stwierdził, iż zarzut ten „jest nieprawdziwy, gdyż wychodzi poza zakres przesłanek zawartych w art. 89 ust. 1 ustawy Pzp”.

Zdaniem Zamawiającego również zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp jest nieprawdziwy, gdyż „nie zachodzi podniesiona przez Odwołującego przesłanka, o której mowa w art. 90 ust. 3 Pzp, a tym samym brak jest okoliczności do zastosowania wobec LUKMIR przesłanki art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp.” Zamawiający wskazał, że „Odwołujący, w dniu 15.03.2019r. wniósł zastrzeżenia do oferty Przystępującego, w trybie art. 181 Pzp, nie powołując się jednocześnie na żaden przepis prawny w zakresie ewentualnych zaniechań Zamawiającego, bazując jednocześnie na własnych, wygodnych sobie wyliczeniach, przyjmując za właściwy sposób wyliczenia polegający na wyłuskaniu ceny roboczogodziny poprzez podział minimalnego wynagrodzenia (2250 zł) przez średnią godzin w miesiącu (168 r-g). Taki tok rozumowania Odwołującego oraz wykorzystany sposób wyliczeń i otrzymany wynik (13,39 zł/r-g) jest wygodny Odwołującemu, gdyż w jego mniemaniu dyskwalifikowałby ofertę LUKMIR, którego cena za 1 rbh określona została na poziomie 11,34 zł/r-g, natomiast nie dyskwalifikowałby oferty Odwołującego którego cena za 1 r-g określona została na poziomie 13,50 zł/r-g. Zamawiający w dniu 15.03.2019r., przychylił się do zastrzeżenia wniesionego przez Odwołującego i wezwał Przystępującego do złożenia wyjaśnień w zakresie podniesionej przez Odwołującego rażąco niskiej ceny, dotyczącej zastosowanej w kosztorysie stawki „r-g” Wykonawca LUKMIR udzielił Zamawiającemu wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny „r-g”. Zamawiający wskazał, iż „Odwołujący nie podjął żadnej próby zapoznania się z wyjaśnieniami złożonymi przez Wykonawcę LUKMIR, tym samym wniesione odwołanie bazuje na domniemaniu, a nie na stanie faktycznym.”

Zamawiający za niezasadny uznał również zarzut dotyczący naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp, gdyż: „Zgodnie ze złożoną ofertą, wartość 1 r-q brutto wynosi 20,79 zł i tym samym jest wyższa od aktualnie ustalonej Rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 11 września 2018 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2019r. w wysokości 14,70 zł. Porównywanie przez Odwołującego ceny r-g zawartej w kosztorysie (netto) do stawki godzinowej (brutto) jest obarczone błędem logicznym. W tym miejscu należy zacytować słowa Odwołującego „Sposób przedstawienia danych w kosztorysie wskazuje na to, że Wykonawca przyjął stawkę roboczogodziny na poziomie 11,34 zł, podczas gdy z przepisów o minimalnym wynagrodzeniu za pracę wynika, że powinien był przyjąć stawkę roboczogodziny na poziomie nie niższym niż 14,70 zł' i zauważyć, że sam Odwołujący przyjął stawkę roboczogodziny na poziomie 13,50 zł, podczas gdy z przepisów o minimalnym wynagrodzeniu za prace wynika, że powinien był przyjąć stawkę roboczogodziny na poziomie nie niższym niż 14,70 zł i uważa, że jego oferta powinna zostać uznana za najkorzystniejszą”.

Zamawiający w odpowiedzi wyjaśnił również sposób w jaki ustalił, że Przystępujący zaoferował stawkę roboczogodziny w wysokości 20,79 zł, wskazując, iż do podanej przez Przystępującego stawki 11,34 zł doliczył koszty pośrednie w wysokości 65,8% oraz zysk w wysokości 10,6%.

Zamawiający za niezasadne uznał także zarzuty dotyczące naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp.

Według Zamawiającego treść wniesionego odwołania, w kontekście art. 180 ust. 3 ustawy Pzp jest chaotyczna, a obok wymienionych enumeratywnie zarzutów, znajduje się pięć żądań Odwołującego, w tym takie które w świetle przedstawionych zarzutów nie znajdują racji bytu. Ponadto, zauważył, że Odwołujący pomija bardzo istotną kwestię, a mianowicie nie wnioskuje o przeprowadzenie dowodu ze złożonych wyjaśnień LUKMIR w zakresie podniesionej dwukrotnie przez Odwołującego kwestii rażąco niskiej ceny „r-g”, co ma istotne znaczenie dla wskazania okoliczności faktycznych uzasadniających wniesienie odwołania. Ponadto Zamawiający podniósł, że ciężar dowodu zaistnienia przesłanek z art. 90 ust. 1 Pzp spoczywa na Odwołującym, który w swoim odwołaniu nawet nie uprawdopodobnił rażąco niskiej ceny „r-g” LUKMIR. W niniejszym odwołaniu, poza bardzo ogólnymi stwierdzeniami i wklejkami z „branżowej literatury” bez wskazania choćby jednego, konkretnego warunku, Odwołujący odniósł się jedynie do minimalnego wynagrodzenia w odniesieniu do stawki 14,70 zł/r-g. Odwołujący nie wykazał istnienia w przedmiotowej sprawie warunku zaistnienia rażąco niskiej ceny w ofercie LUKMIR BUD. Ponadto, Odwołujący w żaden sposób nie zakwestionował prawidłowości oszacowania zamówienia przez Zamawiającego, nie podjął nawet próby wykazania, że wartość szacunkowa nie odzwierciedla lokalnych realiów rynkowych. Skoro zatem wartość zamówienia została ustalona prawidłowo i z należytą starannością, co należało stwierdzić w związku z tym, że Odwołujący ani nie podniósł, ani nie wykazał okoliczności przeciwnej, a zatem odzwierciedla ona realia rynkowe, to trudno twierdzić, że cena zaoferowana przez konkurenta Odwołującego powinna wzbudzić wątpliwości Zamawiającego.

Przystępujący w piśmie z dnia 29 marca 2019r. wskazał, że wysokość skalkulowanej przez niego łącznej ceny ofertowej (1 647 623, 35 zł) nie odbiega w istotnym stopniu od ceny, zawartej w ofercie Odwołującego się (1 789 022, 35 zł), albowiem jest niższa zaledwie o 141 399 zł. Przystępujący podkreślił, że specyfika robót budowlanych wyraża się m.in. w tym element kosztów z tytułu robocizny jest zaledwie jedną częścią składową wszystkich kosztów związanych z realizacją zamówienia (w szczególności obok kosztów związanych z zakupem materiałów i dysponowaniem sprzętem i narzędziami). Trudno w takim przypadku przyjmować analogię z kosztami osobowymi w przypadku zamówień innego rodzaju (w szczególności usług konsultingowych, projektowych, ochrony fizycznej, sprzątnia, itp.). Wyjaśnił, że składając ofertę w niniejszym postępowaniu, w treści formularza ofertowego wyraził zgodę na

wszystkie warunki realizacji zamówienia, jakie zostały określone w SIWZ, w tym obowiązek zatrudnienia pracowników w oparciu o umowę o pracę oraz wszystkie obowiązki służące ewentualnej weryfikacji przez Zamawiającego należytego wykonania zamówienia w tym zakresie w trakcie realizacji zamówienia, zgodnie z Rozdziałem III pkt 15-17 SIWZ. Tym samym w omawianym przypadku nie zachodzi ryzyko wykonania przedmiotu zamówienia w sposób niezgodny z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego lub wymaganiami ustawy lub wynikającymi z odrębnych przepisów.

Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowienia SIWZ, jak również wyjaśnienia Przystępującego odnośnie rażąco niskiej ceny oraz oświadczenia i stanowiska stron złożone w trakcie rozprawy, ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie zasługiwało na uwzględnienie w części.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 Pzp. Odnosząc się w tym miejscu do wniosku Zamawiającego o odrzucenie odwołania wskazać należy, że podstawę do wniesienia odwołania w rozpoznawanym stanie faktycznym stanowił przepis art. 180 ust. 2 pkt 6 Pzp, a odwołanie zostało wniesione w terminie. W związku z powyższym w niniejszej sprawie brak było przesłanek do odrzucenia odwołania.

Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone w art. 179 ust. 1 Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody, polegającej na niezyskaniu zamówienia. Odnosząc się do stanowiska Przystępującego, Izba oceniając kwestię interesu prawnego Odwołującego we wniesieniu odwołania uznała, że wykonawca, który nie został wykluczony z postępowania i którego oferta nie została odrzucona, ma interes prawny w ubieganiu się o udzielenie zamówienia.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu wykonawcę LUKMIR BUD Sp. z o.o. z siedzibą w Toruniu, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Izba ustaliła:

Zamawiający pismem z dnia 15 marca 2019r. wezwał Przystępującego, działając na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp do złożenia wyjaśnień w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco

niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zamawiający podkreślił, że żąda wyjaśnień w szczególności w zakresie kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy o minimalnym wynagrodzeniu.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie, Przystępujący przy piśmie z dnia 20 marca 2019r. złożył wyjaśnienia wskazując, że co do zasady - sam fakt ujęcia w kosztorysie stawki za roboczogodzinę na niższym poziomie od stawki godzinowej, jaka została określona w rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 11 września 2018 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2019 r. (dalej „Rozporządzenie”) nie jest wystarczający do uznania, że cena ofertowa jest rażąco niska, a w konsekwencji oferta zawierająca taką cenę kwalifikuje się wyłącznie do odrzucenia.

Przystępujący potwierdził, że koszt robocizny przy uwzględnieniu specyfiki przedmiotowego zamówienia może być uznany jako istotny w realizacji całego zamówienia. Jednakże wskazał, że w omawianym przypadku stawka roboczo-godziny, określona przez niego w kosztorysie ofertowym na kwotę 11,34 zł, nie może być jednak kwalifikowana jako rażąco niska w porównaniu ze stawką godzinową, określoną w Rozporządzeniu (14,70 zł). Różnica pomiędzy kosztami robocizny, przy uwzględnieniu stawki zawartej w kosztorysie ofertowym (łącznie: 626.458,15 zł), oraz przy uwzględnieniu stawki godzinowej określonej w Rozporządzeniu (łącznie: 812.075,37 zł) wynosi 185.617,22 zł. Przystępujący w wyjaśnieniach wskazał, że koszty robocizny przedstawione w kosztorysie ofertowym faktycznie zostały niedoszacowane, jednak taki wymiar różnicy nie uprawnia do kwalifikowania takiego niedoszacowanego kosztu jako rażąco niskiego w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Przystępujący przyznał, że określona przez niego w kosztorysie ofertowym stawka roboczo-godziny na poziomie 11,34 zł, faktycznie tworzy wątpliwości Zamawiającego, co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów. Określenie jednak niższej wysokości stawki poniżej stawki godzinowej, określonej w rozporządzeniu, było wynikiem omyłkowego wprowadzenia przez Przystępującego danych do programu kalkulacyjnego. W ocenie Przystępującego, taka okoliczność nie uprawnia jednak do twierdzenia, że ten rodzaj kosztów rażąco niski w do przedmiotu zamówienia.

Przystępujący zauważył ponadto, że wysokość skalkulowanej przez niego łącznej ceny ofertowej brutto (1 647 623, 35 zł) nie odbiega w istotnym stopniu od ceny, zawartej w ofercie Odwołującego, biorącej również udział w przedmiotowym postępowaniu (1 789 022, 35 zł brutto), albowiem jest niższa zaledwie o 141 399 zł. Jednocześnie stwierdził, iż zaoferowana przez niego cena ofertowa nie tworzyła podstawy do występowania przez Zamawiającego na podstawie art. 90 ust. 1a Pzp, albowiem wysokość tej ceny nie jest niższa o co najmniej 30%

zarówno od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, jak i od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert.

Przystępujący wskazał ponadto, iż w jego ocenie złożona przez niego oferta nie może być uznana jako niezgodna z ustawą Pzp, a w konsekwencji kwalifikować ją do odrzucenia. Ewentualne niezgodności kosztorysu ofertowego z SIWZ w zakresie (minimalnej) wysokości stawki za roboczo-godzinę nie mogą oznaczać, że oferta na wykonanie robót budowlanych, stanowiących przedmiot niniejszego postępowania, jest niezgodna z Pzp.

Dalsze wyjaśnienia Przystępującego odnośnie rażąco niskiej ceny zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa zawierały wyliczenia i założenia przyjęte przy kalkulacji ceny oferty.

Izba zważyła:

Przede wszystkim potwierdził się zarzut dotyczący zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego z uwagi na rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, potwierdzoną złożonymi Zamawiającemu wyjaśnieniami.

Na wstępie podkreślić należy, że przedmiotem zarzutu Odwołującego nie była cena globalna oferty, ale jej część składowa jaką stanowiły koszty pracy. Wyjaśnić należy, że z rażąco niską ceną mamy do czynienia w sytuacji, gdy jej wysokość jest oderwana od realiów rynkowych i nie oddaje rzeczywistych kosztów realizacji zamówienia, nie mogąc tym samym zapewnić zrealizowania za nią przedmiotu zamówienia zgodnie z wymogami zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów. Badanie kwestii rażąco niskiej ceny, niezależnie od podstaw jego wszczęcia (obligatoryjne, powodowane okolicznościami, o których mowa w art. 90 ust. 1a pkt 1 Pzp, bądź fakultatywne – wynikające z wątpliwości zamawiającego w danym stanie faktycznym), dotyczyć może całkowitej ceny oferty, bądź jej istotnej części składowej (por. przepis art. 90 ust. 1 Pzp). Ową istotność tłumaczyć należy jako wymierny wpływ na cenę całkowitą oferty, co wymaga ustalenia w okolicznościach danej sprawy, przy uwzględnieniu m.in. rodzaju przedmiotu zamówienia czy czynnika cenotwórczego. Stwierdzenie, że wysokość istotnej składowej ceny oferty ustalona została w oderwaniu od realiów rynkowych powoduje, że cenę całkowitą oferty uznać należy za rażąco niską.

W przedmiotowej sprawie Zamawiający na skutek pisma Odwołującego z dnia 15 marca 2019r. o nieprawidłowej wysokości stawki za roboczogodzinę, tj. przyjętej w wysokości niższej niż wynika to z obowiązujących przepisów prawa, tj. wobec wskazania przez Przystępującego w szeregu pozycji kosztorysu ofertowego stawki za roboczogodzinę w wysokości 11,34 zł, powziął wątpliwości co do prawidłowości skalkulowania tego elementu ceny oferty, w konsekwencji czego zwrócił się do Przystępującego na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp o złożenie wyjaśnień w tym zakresie.

Izba uznała, że w przypadku zamówień na roboty budowlane koszty pracy mają istotne znaczenie, co znalazło potwierdzenie w wyjaśnieniach Przystępującego, który na stronie 2 złożonych wyjaśnień wskazał, że: „wykonawca przyznaje, że koszt robocizny przy uwzględnieniu specyfiki przedmiotowego zamówienia może być uznany jako istotny koszt realizacji całego zamówienia.”

Co więcej sam Przystępujący w złożonych Zamawiającemu wyjaśnieniach wskazał, że różnica pomiędzy kosztami robocizny, przy uwzględnieniu stawki zawartej w kosztorysie ofertowym oraz przy uwzględnieniu stawki godzinowej określonej w rozporządzeniu wynosi 185.617 zł. Przystępujący przyznał więc, że koszty robocizny przedstawione w kosztorysie ofertowym zostały niedoszacowane (str. 3 wyjaśnień). Ponadto wyjaśnił, że określenie wysokości stawki poniżej stawki godzinowej, określonej w rozporządzeniu było wynikiem omyłkowego wprowadzenia przez niego danych do programu kalkulacyjnego.

Biorąc pod uwagę treść złożonych przez Przystępującego wyjaśnień, stanowisko Zamawiającego deprecjonujące znaczenie wystosowanego do Przystępującego wezwania o wyjaśnienia było nieuzasadnione. Podkreślić bowiem należy, że wszczęcie procedury wyjaśnień rażąco niskiej ceny obliguje Zamawiającego do rzetelnej oceny złożonych przez wykonawcę wyjaśnień. Natomiast, w ocenie składu orzekającego w realiach niniejszej sprawy Zamawiający całkowicie zaniechał faktycznego badania wyjaśnień Przystępującego poprzestając jedynie na formalnym ich przyjęciu, nie dokonując ich analizy. Potwierdzeniem dla tego ustalenia jest okoliczność, iż w złożonych wyjaśnieniach Przystępujący wprost wskazał, że przez pomyłkę przyjął wysokość stawki godzinowej w nieprawidłowej wysokości, a powyższe spowodowało niedoszacowanie kosztów robocizny w kosztorysie ofertowym o kwotę 185.617 zł. Uwzględniając powyższe skład orzekający uznał, iż zaniechanie przez Zamawiającego odrzucenia oferty Przystępującego z uwagi na rażąco niską część składową ceny było nieprawidłowe.

Podkreślić należy, że wskazana przez Przystępującego kwota w wysokości 185.617 zł stanowi ponad 10% ceny oferty brutto Przystępującego, a więc należy ją uznać, za istotną część składową ceny. Ponadto kwota ta przewyższa różnicę jaka występuje pomiędzy ceną oferty Przystępującego, a ceną oferty Odwołującego o około 40 000 zł, co w niniejszej sprawie potwierdza, że powyższy składnik ceny miał istotny wpływ na wynik postępowania. Tym samym Izba uznała, że oferta Przystępującego podlegała odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp jako oferta zawierająca rażąco niską cenę.

Odnosząc się kolejno do wskazanej przez Zamawiającego stawki roboczogodziny w wysokości 20,79 zł podkreślić należy, iż powyższa kwota nie wynika, ani z treści wyjaśnień ani z kosztorysu ofertowego Przystępującego i stanowi ona efekt obliczeń Zamawiającego, które pozostają w sprzeczności z wyjaśnieniami złożonymi przez Przystępującego, wprost

wskazującego, iż koszty robocizny przedstawione w kosztorysie ofertowym zostały niedoszacowane.

Skład orzekający stwierdził ponadto, że przyjęcie za podstawę obliczenia ceny oferty wynagrodzenia w kwocie niższej niż przewidziana w ustawie o minimalnym wynagrodzeniu, stanowi okoliczność uzasadniającą odrzucenie oferty Przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp bowiem tak sporządzona oferta uchybia przepisowi art. 90 ust. 1 pkt 1 Pzp, zgodnie z którym przyjęta przez wykonawcę do ustalenia ceny oferty wartość kosztów pracy nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie przepisów ustawy.

Odnosząc się kolejno do zarzutu dotyczącego niezgodności treści oferty Przystępującego z SIWZ Izba wyjaśnia, że w ugruntowanym orzecznictwie KIO wyrażono pogląd, że przesłanka z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp zachodzi w sytuacji, w której oferowane zamawiającemu świadczenie nie odpowiada wymogom opisanym w SIWZ. W rozpoznawanym stanie faktycznym sytuacja taka nie ma miejsca, ponieważ Odwołujący zakwestionował nie tyle przedmiot świadczenia, co element jego wyceny. W konsekwencji oferta Przystępującego nie podlega odrzuceniu w oparciu o powyższą podstawę prawną.

O błędzie w obliczeniu ceny można mówić, jeżeli cena oferty jest obliczona w sposób niezgodny z przepisami powszechnie obowiązującymi (jak np. zastosowanie niewłaściwej stawki podatku VAT) lub ze sposobem obliczenia ceny określonym przez Zamawiającego w SIWZ. W niniejszej sprawie natomiast Zamawiający nie wskazywał na konkretne wymogi co do sposobu obliczenia ceny oferty, również cena ta nie zawierała błędu w zakresie stawki podatku od towarów i usług. Tym samym skład orzekający stwierdził, iż nie zaistniała przesłanka do odrzucenia oferty, o której mowa w art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 i 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018r., poz. 972).

Przewodniczący: