

WYROK
z dnia 1 września 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Klaudia Szczytowska-Maziarz

Protokolant: Konrad Wyrzykowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 1 września 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 lipca 2020 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum firm w składzie: **Z. W., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Z. W. Przedsiębiorstwo Produkcyjno Usługowo Handlowe „Włomex”** (lider) oraz **Dynamik Sp. z o.o.** (partner) z siedzibą dla lidera: **ul. Gromadzka 30, 30-719 Kraków** w postępowaniu prowadzonym przez **Dom Pomocy Społecznej im. L.A. Helclów, ul. Helclów 2, 31-148 Kraków**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum firm w składzie: **Murkrak Sp. z o.o. Sp. k.** (lider) oraz **Z. M., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Z. M. Zakład Remontowo-Budowlany M. (partner)** z siedzibą dla lidera: **ul. B2 nr 9, 32-086 Węgrzce**

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum firm w składzie: **Z. W., prowadzący działalność gospodarczą pod**

firmą Z. W. Przedsiębiorstwo Produkcyjno Usługowo Handlowe „Włomex” (lider) oraz Dynamik Sp. z o.o. (partner) z siedzibą dla lidera: ul. Gromadzka 30, 30-719 Kraków i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum firm w składzie: **Z. W., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Z. W. Przedsiębiorstwo Produkcyjno Usługowo Handlowe „Włomex” (lider) oraz Dynamik Sp. z o.o. (partner) z siedzibą dla lidera: ul. Gromadzka 30, 30-719 Kraków** z tytułu wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum firm w składzie: **Z. W., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Z. W. Przedsiębiorstwo Produkcyjno Usługowo Handlowe „Włomex” (lider) oraz Dynamik Sp. z o.o. (partner) z siedzibą dla lidera: ul. Gromadzka 30, 30-719 Kraków** na rzecz **Domu Pomocy Społecznej im. L.A. Helclów, ul. Helclów 2, 31-148 Kraków** kwotę **313 zł 82 gr** (słownie: trzysta trzynaście złotych osiemdziesiąt dwa grosze) z tytułu kosztów noclegu.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Krakowie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

W odniesieniu do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na „Zagospodarowanie terenu wraz z przebudowa kanalizacji przy Domu Pomocy Społecznej im. L. i A. Helclów w Krakowie”, prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego przez Dom Pomocy Społecznej im. L. i A. Helclów wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego – konsorcjum firm w składzie: Z. W., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowo-Handlowe „WŁOMEX” Z. W. oraz DYNAMIK Sp. z o.o. (dalej „odwołujący”), złożył odwołanie, zarzucając zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843) [dalej „ustawa Pzp”]:

1. art. 89 ust. 1 pkt 4) w zw. z art. 90 ust. 3, poprzez bezpodstawne odrzucenie oferty odwołującego pomimo, że zaoferowana cena oferty jak i cena jej istotnej części składowej nie są rażąco niskie,
2. art. 7 ust. 1, poprzez nierówne traktowanie wykonawców w sytuacji, w której przy zastosowaniu przyjętej przez zamawiającego w uzasadnieniu odrzucenia oferty reguły oceny sporządzenia kosztorysu ofertowego, również oferty innych wykonawców winny podlegać odrzuceniu, czego zamawiający zaniechał.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert oraz unieważnienie czynności odrzucenia oferty złożonej przez odwołującego.

W ocenie odwołującego zamawiający w sposób dowolny, wbrew treści złożonej przez odwołującego oferty oraz treści udzielonych wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny uznał, że oferta odwołującego w części dotyczącej robót sanitarnych zawiera rażąco niski koszt pracy w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Podał, że z treści załączonego do oferty kosztorysu ofertowego wynika, że na stawkę każdej roboczogodziny w zakresie robót sanitarnych (Roboty Wod-Kan) składają się następujące pozycje cenotwórcze: Stawka r-b: 14 zł, Koszty pośrednie: 50,00%, - Zysk: 7%, Narzut za generalne wykonawstwo: 3%, co oznacza, że w cenie oferty odwołującego ujęty został łączny koszt roboczogodziny w wysokości 21 zł (stawka r-b + koszty pośrednie).

Zdaniem odwołującego już z samej tej przyczyny nie sposób twierdzić, że cena oferty w tym zakresie jest rażąco niska i nie pokrywa kosztów zatrudnienia (które – jak wskazał odwołujący – według zamawiającego winny wynosić minimum 14,77 zł).

Uzupełnił, że jako rezerwę dla każdej r-g należy traktować kwotę 1,4 zł stanowiącej zysk (7%) oraz narzut odwołującego za generalnego wykonawcę (3%).

Uznał, że zamawiający w sposób dowolny ustalił, że podana w kosztorysie ofertowym stawka r-g tj. 14 zł stanowi kwotę brutto, a tym samym obejmuje całość kosztów pracodawcy z tytułu zatrudnienia pracownika.

Odwołujący stwierdził, że w treści wyjaśnień RNC wskazywał, że podana w kosztorysie ofertowym stawka r-g (14 zł) to kwota netto „na rękę” pracownika – odwołujący wskazywał, że minimalne wynagrodzenie netto „na rękę” pracownika to 1920,62 zł netto co przy 160 r-g w miesiącu daje stawkę 12 zł i do tej kwoty porównywana była zaoferowana stawka r-g, tj. 14 zł.

Podkreślił, że potwierdzeniem była załączona do wyjaśnień RNC oferta podwykonawcy na wykonanie robót sanitarnych, który wskazał, że do stawki 14 zł netto należy doliczyć wartość pozostałych wskaźników cenotwórczych, tj. koszty pośrednie (50%) oraz zysk (7%).

Oświadczył, że wskazana w treści wyjaśnień wysokość kosztów pośrednich, tj. 50% jest tożsama dla wykonawcy jak i Podwykonawcy, a zatem obejmuje pozostałe, poza wynagrodzeniem na rękę (14 zł), koszty z tytułu zatrudnienia pracownika.

Podniósł, że w treści SIWZ zamawiający ogólnie określił sposób sporządzenia kosztorysu ofertowego (pkt III.9 SIWZ) – wymagał, aby ceny jednostkowe zostały rozbite na koszty bezpośrednie, tj. m.in. koszty robocizny oraz koszty pośrednie, nie określił, iż koszt r-g nie może stanowić kwoty netto „na rękę” oraz, że niedopuszczalne jest ujęcie w kosztach pośrednich r-g pozostałego, poza kwotą „na rękę” kosztu pracodawcy z tytułu zatrudnienia pracownika.

Uzupełnił, że zamawiający nie powołał się ponadto na jakieś konkretne zasady kosztorysowania, czy przepisy prawa, jak np. przepisy rozporządzenia Ministra Infrastruktury w sprawie określenia metod i podstaw sporządzania kosztorysu inwestorskiego, obliczania planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno-użytkowym z dnia 18 maja 2004 r. (Dz.U. Nr 130, poz. 1389).

Jako niekonsekwencję ocenił to, że zamawiający z jednej strony stwierdza, że minimalna stawka r-b wynosić winna 14,77 zł, gdy tymczasem, zgodnie z obowiązującymi przepisami, minimalny łączny koszt pracodawcy z tytułu zatrudnienia pracownika wynosi 3.132,48 zł, co przy przyjętej przez zamawiającego w uzasadnieniu odrzucenia oferty miesięcznej ilości godzin wynoszącej 176h (22 dni x 8h), daje kwotę 17,80 zł/r-g.

Wskazał, że przyjęty przez niego koszt zatrudnienia w wysokości 21 zł w pełni pokrywa tę wartość.

Zdaniem odwołującego zamawiający dowolnie określa zasady kosztorysowania, w tym wskazuje, jakie pozycje kosztowe winny być ujęte w stawce za r-g, a jakie w kosztach pośrednich za r-g; brak tej konsekwencji widać w akceptacji stawki za r-g za pozostałe roboty,

gdy tymczasem podana w tym zakresie stawka, tj. 17 zł również nie pokrywałaby całości minimalnych kosztów pracodawcy z tytułu zatrudnienia pracownika (17,80 zł/r-g).

Wskazał, że tak jak ma to miejsce w odniesieniu do stawki za r-g w wysokości 17 zł, jak i zakwestionowanej stawki 14 zł, na łączne koszty pracodawcy z tytułu zatrudnienia pracownika nie składa się wyłącznie podana stawka r-g, ale dodatkowo kwota 7 zł (dla stawki 14 zł za r-g), a także kwota 8,5 zł (dla stawki 17 zł za r-g), stanowiące koszty pośrednie dla każdej roboczogodziny.

Przypomniał, że dla każdej r-g uwzględnił dodatkowo 3% stanowiące zysk generalnego wykonawcy oraz zysk podwykonawcy w wysokości 7%, co daje łącznie kwotę 1,4 zł.

Stwierdził, że zamawiający w sposób całkowicie bezpodstawny ustalił koszty odwołującego z tytułu zatrudnienia personelu bez uwzględnienia kwot podanych w pozycji „koszty pośrednie”, jak również pozycjach: „zysk” oraz „zysk generalnego wykonawcy”.

Odwołując zwrócił uwagę, że podstawą faktyczną odrzucenia jego oferty stanowiło zaoferowanie rażąco niskiej ceny r-g za roboty sanitarne (14 zł) – zamawiający nie uznał, że cena całej oferty jest rażąco niska, ale, że rażąco niska jest cena części składowej, tj. robocizny za roboty sanitarne.

Podniósł, że zamawiający nie przedstawił jakiegokolwiek argumentacji świadczącej o zasadności przyjęcia, że robocizna za roboty sanitarne stanowi istotną część składową oferty.

Podkreślił, że podstawą odrzucenia oferty może być wyłącznie ustalenie, że cena całej oferty albo cena istotnej części składowej jest rażąco niska.

Stanął na stanowisku, że brak jest podstaw do przyjęcia, że cena całej oferty jest rażąco niska.

Niezależnie od okoliczności, że zamawiający nie wyjaśnił na jakiej podstawie uznaje, że rzekome zaniżenie wyceny stawki r-g za roboty sanitarne oznacza rażąco niską cenę całej oferty, odwołujący stwierdził, że cena rażąco niska to cena nie pokrywająca całości kosztów niezbędnych do należytego wykonania zamówienia – nawet gdyby, z czym odwołujący się nie zgadza, niedoszacowanie oferty odwołującego wynosiło wskazane przez zamawiającego 0,77 zł na każdej r-g (14,77 zł -14 zł) to łączna wartość tego niedoszacowania wynosiłaby ok. 4.457 zł (0,77 zł x 5.789 r-h); uwzględniając przyjęty dla każdej r-g za roboty sanitarne zysk (7% + 3%), nie sposób twierdzić, że powyższe „niedoszacowanie” skutkowałoby wykonaniem tej części zamówienia (w zakresie kosztów pracy) ze stratą; również zapas z innych pozycji kosztorysowych mógłby pokryć ewentualną stratę.

Podsumował, że nie sposób twierdzić, że złożone przez odwołującego wyjaśnienia potwierdziły, że zaoferowana cena jest rażąco niska.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przekazanej Izbie przez zamawiającego w kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przy piśmie z dnia 31 lipca 2020 r. – dokumentów przywołanych w dalszej części uzasadnienia, „Odpowiedzi na odwołanie” – pismo zamawiającego z dnia 25 sierpnia 2020 r., Pisma procesowego przystępującego z dnia 28 sierpnia 2020 r., a także oświadczeń i stanowisk uczestników, zaprezentowanych w toku rozprawy skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, skierował odwołanie do rozpoznania na rozprawę.

Skład orzekający Izby ustalił nadto, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, czego zamawiający nie kwestionował.

Wypełnione zostały zatem materialnoprawne przesłanki do rozpoznania odwołania, wynikające z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Zarzut bezpodstawnego odrzucenia oferty odwołującego pomimo, że zaoferowana cena oferty jak i cena jej istotnej części składowej nie są rażąco niskie, czym zamawiający naruszył przepis art. 89 ust. 1 pkt 4) w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp nie potwierdził się.

Skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

W rozdziale III „Opis przedmiotu zamówienia” pkt 9 „Wymagania dotyczące kosztorysu ofertowego” pkt 1 SIWZ zamawiający wskazał, że kosztorys ofertowy powinien zawierać ceny jednostkowe podane w szczegółowym rozbiciu na koszty bezpośrednie, tj. koszty robocizny (R), materiałów (M) i sprzętu (S) oraz koszty pośrednie (Kp) i zysk (Z) wykonawcy oraz koszty zakupu.

Odwołujący zaoferował cenę w wysokości 1 624 653,12 zł netto, 1 998 323,34 zł brutto (Formularz oferty – str. 2).

Zgodnie z kosztorysem na „Zagospodarowanie terenu wraz z przebudową kanalizacji przy Domu Pomocy Społecznej im. L. i A. Helclów w Krakowie” w zakresie dotyczącym robót wodno-kanalizacyjnych (dalej „wod-kan”) odwołujący zastosował stawkę roboczogodziny w wysokości 14 zł (str. 12 oraz 51 i następne oferty).

Wartość robót wod-kan przy stawce 14 zł za roboczogodzinę odwołujący wycenił na 712 976,65 zł netto, 876 961,28 zł brutto (str. 97 oferty), wartość robocizny na 81 047,19 zł netto (str. 88 oferty).

Pismem z dnia 9 lipca 2020 r. zamawiający, powołując się na przepis art. 90 ust. 1a pkt 1 w zw. z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnień m.in. co do ujętych w kosztorysach kosztów pracy, tj. stawki roboczogodziny wynoszącej 14 zł netto, wskazując, że ich wartość „nie może być niższa od wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej zgodnie z Rozporządzeniem Rady ministrów z dnia 10 września 2019 r. w sprawie minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2020 r. (Dz. U. z 2019 poz. 1778).”

Zamawiający zastrzegł także, że „Wszystkie przedłożone dokumenty, wyjaśnienia oraz dowody winny w sposób jednoznaczny potwierdzać wszystkie wymagania i żądania Zamawiającego określone w wezwaniu do złożenia dowodów”.

Odwołujący, w piśmie z dnia 14 lipca 2020 r., udzielił następującej odpowiedzi: „Uprzejmie informujemy, że zgodnie z kosztorysem stawka roboczogodziny w robotach dotyczących prac budowlanych wynosi 18zł + Koszty pośrednie oraz Zysk. Jedynie w kosztorysie robót sanitarnych stawka roboczogodziny wynosi 14zł + Koszty pośrednie oraz zysk. Odnosząc się do przedstawionej stawki r-g 14 zł informujemy: Minimalne wynagrodzenie za pracę ustalone na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz.U. Nr 200, poz. 1679, z 2004 r. Nr 240, poz. 2407 oraz z 2005 r. Nr 157, poz. 1314) wynosi 2600 zł brutto co daje 1920,62 zł netto, minimalny czas pracy w ciągu 1-mca 160 r-g, zatem minimalna stawka netto wynosi 12,00 zł/r-g zatem przyjęta stawka r-g 14 zł jest wyższa od minimalnego wynagrodzenia. Kosztorys robót sanitarnych był wykonywany przez podwykonawcę, w związku z powyższym dokładamy wyjaśnienia podwykonawcy Majwer sp. z o.o. wraz z jego ofertą. Dodatkowo chcielibyśmy nadmienić, że do oferty którą otrzymaliśmy od podwykonawcy doliczyliśmy dodatkowy narzut w wysokości 3% jako generalny wykonawca.”

Pismem z dnia 22 lipca 2020 r. zamawiający zawiadomił odwołującego o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, wskazując: „Przy analizie ww. wyjaśnienia istotne jest rozróżnienie kwestii dotyczącej stawki netto za prace (tj. tzw. wynagrodzenia pracownika „na rękę”) oraz stawki netto za roboczogodzinę ujętej w kosztorysie ofertowym (tj. składnika wynagrodzenia Wykonawcy będącego stawką za roboczogodzinę bez podatku od towarów i usług). W wyjaśnieniu Wykonawca stosuje określenie „stawka netto” zarówno do kwoty podanej w ofercie jako wynagrodzenie Wykonawcy za roboczogodzinę, jak też w odniesieniu do wynagrodzenia pracownika z tytułu umowy o pracę i dokonuje wyłącznie porównania wartości bezwzględnych obu tych stawek. Należy podkreślić, że wynagrodzenie Wykonawcy jakie zostanie wypłacone w kwocie netto, tj. nie uwzględniające podatku od towarów i usług VAT - w analizowanym przypadku

w wysokości 14,00 zł za roboczogodzinę - stanowi dla Wykonawcy jednocześnie całkowitą kwotę jaką dysponuje na wynagrodzenie brutto pracownika w przeliczeniu na godzinę pracy w ramach umowy o pracę, w tym w szczególności na podatek dochodowy od osób fizycznych oraz składki na ubezpieczenie społeczne.

Wobec powyższego, o ile Wykonawca nie posiada refundacji kosztów pracy, a na takie okoliczności nie wskazywał w swoim wyjaśnieniu, stawka robocizny wskazana w Kosztorysie Ofertowym w kwocie netto (tj. bez podatku od towarów i usług VAT), stanowi równocześnie wartość brutto wynagrodzenia za godzinę pracy w ujęciu przepisów prawa pracy.

Zamawiający podał wymóg, aby pracownicy wykonujący określone prace (tj. czynności związane z fizycznym wykonywaniem robót budowlanych w zakresie robót ogólnobudowlanych oraz robót ziemnych, instalacji kanalizacji i elektrycznej, robót drogowych i utwardzania terenu, izolacji fundamentów) byli zatrudnieni na umowę o pracę.

Minimalne wynagrodzenie za pracę ustalone na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. (Dz. U. z 2018 r. poz. 2177 z późn. zm.), którego wysokość określa Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 10 września 2019 r. w sprawie minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2020 r. (Dz. U. z 2019 poz. 1778) - wynosi 2 600 zł brutto za miesiąc. Nawet przyjmując, że przeciętny miesiąc pracy ma - i to jest maksymalny wymiar w miesiącu - 22 dni robocze, to w takim przypadku minimalna stawka wynagrodzenia brutto za roboczogodzinę wynosi: 14,77 zł, zgodnie z poniższą kalkulacją:

$2\ 600\ \text{zł brutto} / 22\ \text{dni} / 8\ \text{godzin} = 14,77\ \text{zł} / \text{godzinę brutto}$,

przy czym ww. kalkulacja dotyczy granicznego przypadku (22 dni robocze w miesiącu) i nie uwzględnia urlopów wypoczynkowych oraz miesięcy, w których liczba dni pracujących jest mniejsza niż 22, a to skutkuje dalszym wzrostem stawki brutto. Dodatkowo należy podkreślić, że po stronie pracodawcy (Wykonawcy) dochodzi obowiązek zapłaty pozostałych składek z tytułu wynagrodzenia za umowę o pracę (tzw. zobowiązania pracodawcy).

Powyższa analiza jednoznacznie wskazuje, że przyjęta przez Wykonawcę w kosztorysie ofertowym stawka w wysokości 14,00 zł netto (co stanowi równocześnie kwotę brutto na wynagrodzenie pracownika) jest niższa niż stawka minimalnego wynagrodzenia przysługująca pracownikowi zatrudnionemu na umowę o pracę i wynosząca - jak wskazano powyżej - co najmniej 14,77 zł brutto.

Jednocześnie Zamawiający dokonując oceny ww. wyjaśnień bierze również pod uwagę, iż Wykonawca nie może, zgodnie z przepisami przyjąć do ustalenia ceny tylko wartości minimalnego wynagrodzenia za pracę. Byłoby to nie do zaakceptowania na gruncie prawa pracy, ponieważ mogłoby powodować, że pracownicy nie otrzymywaliby wynagrodzenia minimalnego (z kwoty tej należałoby bowiem uiszczać również zobowiązania pracodawcy). Uzasadnione jest stosowanie wykładni systemowej (przepisu art. 90 ust. 1 pkt 1) Pzp),

uwzględniającej zobowiązania pracodawcy wynikające z innych ustaw (m.in. w przypadku zatrudnienia pracowników na podstawie umowy o pracę wykonawca będzie dodatkowo zobowiązany również do zapłaty tzw. kosztów pracodawcy, tj., części składek na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne) (KIO 150/20).

Do kosztów pracy poza wynagrodzeniem pracowników wlicza się, oprócz składki opłacanej przez pracodawcę na ubezpieczenie społeczne pracowników, także np. koszty szkolenia zawodowego oraz inne wydatki (np. wydatki na odzież roboczą - składniki kosztów pracy zostały wskazane w Rozporządzeniu Komisji (WE) nr 1737/2005 z dnia 21.10.2005 r., Dz.U. UE L 279/11, rysunek 1).

Zamawiający uznał, że w złożonych dokumentach dotyczących Kosztorysu Ofertowego Roboty Sanitarne została podana stawka roboczogodziny w wysokości 14.00 zł netto (bez podatku od towarów i usług VAT), zatem stawka nieuwzględniająca tzw. kosztów pracodawcy tj.:

- składki na ubezpieczenie społeczne,
- kosztów związanych z prawem pracownika do minimum 20 dniowego urlopu wypoczynkowego,
- nie uwzględniono realiów dotyczących wynagrodzeń przy ciężkich pracach fizycznych wykwalifikowanych pracowników (KIO 150/20).

Wykonawca w złożonych wyjaśnieniach, nie wykazał w żaden sposób, iż cena oferty pokrywa koszty wykonanej roboty z uwzględnieniem wszystkich kosztów pracy. Wartość kosztów pracy przyjęta do ustalenia ceny winna uwzględniać minimalne wynagrodzenie za pracę albo minimalną stawkę godzinową, ustaloną na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę oraz konieczne koszty pracodawcy.

Jednocześnie należy podkreślić, że całkowite wydatki związane z zatrudnieniem pracownika leżące po stronie pracodawcy obejmują również obowiązki wynikające z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie, w tym: urlopy, odprawy emerytalne, rentowe, nagrody jubileuszowe, pranie odzieży, środki czystości dla pracowników itd. (patrz: KIO 150/20).

Jak wykazano powyżej, w przedmiotowym postępowaniu Wykonawca złożył wyjaśnienia, w których została podana stawka roboczogodziny w Kosztorysie Ofertowym - Roboty Sanitarne niższa niż minimalna stawka za godzinę pracy wynikająca z przepisów ustawy o minimalnym wynagrodzeniu. Określona w kosztorysie kwota 14,00 zł netto za roboczogodzinę (stawka bez VAT), czyli kwota, jaką dysponować miałby Wykonawca na pokrycie wszystkich kosztów pracy, w tym co najmniej wynagrodzenia brutto pracownika oraz pochodnych leżących po stronie pracodawcy, nie jest kwotą wystarczającą na pokrycie tych

kosztów w sposób zapewniający zgodność wysokości wynagrodzenia pracowników z obowiązującymi przepisami prawa.

Z uwagi na powyższe Zamawiający uznaje, że jakkolwiek "jaśnienia Wykonawcy zostały złożone w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, ocena wyjaśnień Wykonawcy potwierdza, że oferta w zakresie dotyczącym Kosztorysu Ofertowego - Roboty Sanitarne zawiera rażąco niski koszt pracy w stosunku do przedmiotu zamówienia, określony na poziomie uniemożliwiającym wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami wynikającymi z odrębnych przepisów (tu: przepisów dotyczących minimalnego wynagrodzenia za pracę).

Zamawiający dokonując oceny ofert w takim kształcie mógłby narazić się na ewentualne zarzuty wynikające z obowiązujących przepisów prawa określających wysokość minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2018 r. poz. 2177 z późn. zm.).

Przepis art. 90 ust. 3 ustawy Pzp nakazuje odrzucenie oferty, gdy wykonawca wezwany do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na jej cenę nie złożył wyjaśnień albo jeżeli ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia."

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

Art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp brzmi „Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (...) 4) zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia”.

Zgodnie zaś z przepisem art. 90 ust. 3 ustawy Pzp „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.”

Nadto zgodnie z przepisem art. 90 ust. 2 ustawy Pzp „Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.”

W pierwszej kolejności przypomnienia wymaga, na co wskazał przystępujący w swoim stanowisku pisemnym, że „Istotą kosztorysowania jest określenie i wskazanie „kosztów wykonawcy” (w tym zakresie kosztów pracodawcy), jakie musi on ponieść, aby należycie wykonać przedmiot zamówienia, a nie podawanie informacji o wynagrodzeniu „na rękę” pracowników”.

Jak zastrzegł zamawiający w rozdziale XIV „Sposób obliczenia ceny oferty” pkt 2 SIWZ: „Podana w ofercie cena ofertowa musi być zgodna z kosztorysem ofertowym i uwzględniać wszystkie wymagania Zamawiającego określone w niniejszej SIWZ oraz obejmować wszelkie

koszty, jakie poniesie Wykonawca z tytułu należytego oraz zgodnego z Umową i obowiązującymi przepisami wykonania przedmiotu zamówienia.”

To informację o kosztach wykonawcy ma nieść cena ofertowa (zgodna z kosztorysem ofertowym), ponieważ to koszty wykonawcy (realne koszty) mają gwarantować zamawiającemu należyte i zgodne z umową i przepisami prawa wykonanie przedmiotu zamówienia.

Powyższe uzasadnia konieczność ujęcia przy kalkulacji ceny ofertowej wszelkie koszty – składki, jakie wykonawca (podwykonawca) jako pracodawca musi pokryć.

Podnieść należy, że w § 2 przywołanego przez zamawiającego w wezwaniu do złożenia wyjaśnień rozporządzenia Rady Ministrów w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2020 r. (Dz. U. z 2019 r. poz. 1778) [dalej „rozporządzenie”] wskazano, że „*Od dnia 1 stycznia 2020 r. ustala się minimalną stawkę godzinową w wysokości 17 zł.*”.

W konsekwencji powyższego odwołujący, udzielając odpowiedzi odnośnie do budzącej wątpliwości zamawiającego, wskazanej w kosztorysie stawki w wysokości 14 zł, winien zaprezentować wyjaśnienia, które by referowały do ustalonej przez prawodawcę stawki minimalnej wynoszącej 17 zł – stawki należnej pracownikowi.

Tymczasem odwołujący punktem odniesienia dla swoich wyjaśnień uczynił stawkę 12 zł, uznając ją, wbrew § 2 rozporządzenia, za minimalną (w wyniku własnych wyliczeń opartych na własnych założeniach, tj. na 160 godzinach pracy w miesiącu).

Podnieść także należy, że wymagania zamawiającego odnoszące się do kosztorysu ofertowego (rozdział III pkt 9 ppkt 1 SIWZ) nie pozwalały na dowolne ujmowanie kosztów w ramach cen jednostkowych, ponieważ ceny te miały być podane w rozbiciu na:

- koszty bezpośrednie, na które składać się miały koszty robocizny, materiałów i sprzętu,
- koszty pośrednie,
- zysk i koszty zakupu.

Ww. podział przesądza o tym, że koszty robocizny mogły być ujęte wyłącznie w kosztach bezpośrednich (tym samym nie mogły być ujęte w kosztach pośrednich).

W ocenie składu orzekającego Izby stanowisko odwołującego jakoby niektóre koszty robocizny, ze względu na brak wskazania w SIWZ przez zamawiającego jakie konkretnie są to koszty, wykonawca mógł ująć w kosztach pośrednich jest błędne ze względu na ww. podział kosztów w ramach cen jednostkowych, a nadto fakt, że o kwalifikacji kosztów (nawet przy braku ich zdefiniowania przez zamawiającego) decyduje ich charakter, tj. – w tym przypadku – ich oczywisty związek i możliwość przypisania do kosztów robocizny, a nadto funkcjonujące w praktyce standardy kosztorysowania (przystępujący w swoim stanowisku pisemnym wskazał

„Powszechne Standardy Kosztorysowania” – Warszawskie Centrum Postępu Techniczno-Organizacyjnego Budownictwa WACETOB Warszawa 2015 r.), czy wreszcie ogólnie dostępne źródła z dziedziny zarządzania, wskazujące, iż do klasycznych kosztów bezpośrednich zalicza się: koszty materiałów bezpośrednich np. surowce, materiały podstawowe i pomocnicze, koszty wynagrodzeń bezpośrednich (związanych z jednostką produkcji), świadczenia na rzecz pracowników, koszty usług obcych bezpośrednich (związanych z jednostką produkcji), zużycie narzędzi i oprzyrządowania specjalnego potrzebnego do bezpośredniej produkcji.

Odwołujący, na potrzeby obrony stawki roboczogodziny w wysokości 14 zł, zdaje się kreować oderwane od praktyki rynku w ogóle i rynku zamówień publicznych w szczególności, zasady kosztorysowania. Przywołany przez odwołującego na rozprawie „Intercenbud” – Ogólnopolska Baza Cen w Budownictwie nie jest zbiorem standardów, czy zasad kosztorysowania, a jedynie bazą aktualnych i archiwalnych cen materiałów, pracy i najmu oraz stawek robocizny, pozwalającym na import cen do programów kosztorysowych.

Odwołujący nie wykazał przy tym, powołując się na „Intercenbud”, iżby podawane przez Intercenbud stawki robocizny obejmowały inne składniki kalkulacyjne. Odwołujący nawet nie twierdził, że sporządzając kosztorys korzystał z „Intercenbudu”.

Skład orzekający Izby nie podzielił stanowiska odwołującego jakoby ze str. 2 kosztorysu ofertowego odwołującego wynikało, że na stawkę każdej roboczogodziny składają się koszty pośrednie, zysk i narzut za generalne wykonawstwo, ponieważ na str. 2 kosztorysu ofertowego (str. 12 oferty) odwołujący dla robót wod-kan odrębnie wskazał stawkę roboczogodziny wynoszącą 14 zł – bez jej powiązania jak w wyjaśnieniach, tj. 14zł + Koszty pośrednie oraz zysk, odrębnie zaś narzuty (koszty pośrednie, zysk, generalne wykonawstwo, stawka VAT). Dodatkowo, skoro obowiązkiem wykonawcy było (rozdział III pkt 9 ppkt 1 SIWZ) odrębne podanie kosztów bezpośrednich w tym kosztów robocizny od kosztów pośrednich to trudno oczekiwać, aby wskazane przez odwołującego na str. 12 oferty koszty pośrednie (50,00%R + 50,00%S) traktować jako element kosztów robocizny.

Nietrafnie także odwołujący zarzucał zamawiającemu niekonsekwencję co do minimalnej stawki roboczogodziny (14,77 zł), ponieważ wielkość ta stanowiła jedynie wstępny element polemiki z założeniami przyjętymi przez odwołującego w odpowiedzi z dnia 14 lipca 2020 r., poszerzonej w dalszej części, tj. *„przy czym ww. kalkulacja dotyczy granicznego przypadku (22 dni robocze w miesiącu) i nie uwzględnia urlopów wypoczynkowych oraz miesięcy, w których liczba dni pracujących jest mniejsza niż 22, a to skutkuje dalszym wzrostem stawki brutto. Dodatkowo należy podkreślić, że po stronie pracodawcy (Wykonawcy) dochodzi obowiązek zapłaty pozostałych składek z tytułu wynagrodzenia za umowę o pracę (tzw. zobowiązania pracodawcy).”* „(...) Wykonawca nie

może, zgodnie z przepisami przyjąć do ustalenia ceny tylko wartości minimalnego wynagrodzenia za pracę. Byłoby to nie do zaakceptowania na gruncie prawa pracy, ponieważ mogłoby powodować, że pracownicy nie otrzymaliby wynagrodzenia minimalnego (z kwoty należałoby bowiem uiszczać również zobowiązania pracodawcy)”, „została podana stawka roboczogodziny w wysokości 14 zł netto (bez podatku od towarów i usług VAT), zatem stawka nieuwzględniająca tzw. kosztów pracodawcy (...),” co odwołujący całkowicie pominął.

Skierowanie do odwołującego, pismem z dnia 9 lipca 2020 r., wezwania do złożenia wyjaśnień spowodowało powstanie domniemania zaofierowania przez odwołującego ceny rażąco niskiej, które to odwołujący winien – poprzez swoje wyjaśnienia i dowody – obalić (art. 90 ust. 2 nakładający na wykonawcę obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu), czemu odwołujący nie sprostał.

Jak trafnie podnosił przystępujący w toku rozprawy *„ustawodawca w przepisie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp uczynił minimalne wynagrodzenie istotnym elementem wyjaśnień ceny ofertowej, a tym samym elementem domniemania wystąpienia ceny rażąco niskiej”* (str. 7 protokołu posiedzenia i rozprawy”).

Uzupełniając skład orzekający Izby wskazuje, że zamawiający w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty odwołujący podał, że *„oferta w zakresie dotyczącym Kosztorysu Ofertowego – Roboty Sanitarne zawiera rażąco niski koszt pracy w stosunku do przedmiotu zamówienia, określony na poziomie uniemożliwiającym wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami wynikającymi z odrębnych przepisów (tu: przepisów dotyczących wynagrodzenia za pracę).”*

Wniosek ten nietrafnie odwołujący konfrontuje z rzekomym niedoszacowaniem wynoszącym jedynie ok. 4 457 zł (str. 4 odwołania), ponieważ błędnie odwołujący przyjął, że wskazane przez zamawiającego niedoszacowanie wynosiło 0,77 zł (o czym była mowa w kontekście informacji pominiętych przez odwołującego, a ujętych w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty odwołującego).

W ocenie składu orzekającego Izby nie wymaga szczegółowego uzasadnienia twierdzenie, że w przypadku robót budowlanych koszty pracy mają istotne znaczenie. Stwierdzenie, iż wykonawca nie wykazał realnego charakteru tych kosztów uzasadnia eliminację takiej oferty.

Ze wskazanych uprzednio względów skład orzekający Izby uznał, że odwołujący nie obalił domniemania zaofierowania ceny rażąco niskiej, co uzasadniało odrzucenie oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.

Biorąc powyższe pod uwagę, skład orzekający Izby uznał, że zarzut się nie potwierdził.

Zarzut nierównego traktowania wykonawców w sytuacji, w której przy zastosowaniu przyjętej przez zamawiającego w uzasadnieniu odrzucenia oferty reguły oceny sporządzenia kosztorysu ofertowego, również oferty innych wykonawców winny podlegać odrzuceniu, czego zamawiający zaniechał, czym naruszył przepis art. 7 ust. 1 ustawy Pzp nie potwierdził się.

Skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Odwołujący nie zaprezentował żadnych okoliczności faktycznych, żadnej argumentacji, która przemawiałaby za zasadnością zarzutu – zarzut odwołujący pozostawił całkowicie gołosłownym.

Uzupełniająco dostrzec należy, że odwołujący nie sformułował żadnego żądania, które byłoby konsekwencją tego zarzutu, tj. że żądał nakazania zamawiającemu odrzucenia oferty któregośkolwiek konkurencyjnego wykonawcy.

Biorąc powyższe pod uwagę, skład orzekający Izby uznał, że zarzut się nie potwierdził.

Skoro nie potwierdził się żaden z podniesionych w odwołaniu zarzutów skład orzekający Izby orzekł jak w sentencji, oddalając odwołanie.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, § 3 pkt 2) 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 (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący: