

WYROK
z dnia 20 stycznia 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Robert Skrzyszewski

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 stycznia 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 grudnia 2013 r. przez wykonawcę **Zakład Remontowo-Budowlany w Zamościu Adam K., ul. Wyszyńskiego 55/19, 22-400 Zamość** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Wilkołaz, Wilkołaz Pierwszy 9, 23-212 Wilkołaz,**

przy udziale wykonawcy **WOD-BUD Sp. z o.o., ul. Piłsudskiego 12/1, 23-200 Kraśnik** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża **Zakład Remontowo-Budowlany w Zamościu Adam K., ul. Wyszyńskiego 55/19, 22-400 Zamość** i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Zakład Remontowo-Budowlany w Zamościu Adam K., ul. Wyszyńskiego 55/19, 22-400 Zamość** tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od **Zakładu Remontowo-Budowlanego w Zamościu Adam K., ul. Wyszyńskiego 55/19, 22-400 Zamość** na rzecz **Gminy Wilkołaz, Wilkołaz Pierwszy 9, 23-212 Wilkołaz** kwotę **3600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Lublinie.

Przewodniczący:.....

Uzasadnienie

Zamawiający: Gmina Wilkołaz, Wilkołaz Pierwszy nr 9, 23 - 212 Wilkołaz wszczął postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego dla zadania pn. „Budowa sieci wodociągowej z przyłączami obejmująca miejscowości: część Ostrów Kolonia, część Zalesie, część Rudnik Kolonia, część Rudnik Szlachecki w obrębach ewidencyjnych: część Ostrów, część Zalesie, część Rudnik Szlachecki Kolonia, część Rudnik Szlachecki i część Wilkołaz Trzeci gm. Wilkołaz”.

Odwołujący: Zakład Remontowo – Budowlany w Zamościu Adam K., ul. Wyszyńskiego 55/19, 22-400 Zamość powziął wiadomość o wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy -WOD-BUD Sp. z o.o. Kraśnik i odrzuceniu oferty Odwołującego.

Nie zgadzając się z powyższym rozstrzygnięciem przetargu Odwołujący w dniu 30 grudnia 2013r.wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zarzucając Zamawiającemu naruszenie n/w przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz.907), zwanej dalej ustawą Pzp: art. 7 ust. 1, 2, 3, art. 29 ust. 1 i 2, art. 31 ust. 1, art. 87 ust. 1, ust. 2 pkt. 1 i pkt. 3, art. 89 ust. 1 pkt. 2, pkt. 4, pkt. 6, art. 90 ust. 1, ust. 2, ust. 3, art. 91 ust 1.

Jednocześnie Odwołujący wnosił o:

1. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia wyboru oferty wykonawcy WOD-BUD Sp. z o.o. Kraśnik,
2. nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownej oceny ofert i dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem naszej oferty,
3. ze względu na to, że postępowanie obarczone jest – w ocenie Odwołującego - niemożliwymi do usunięcia wadami, które uniemożliwiają zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy – wnosił o unieważnienie postępowania z powodu „odformalizowania” wymogów np. zasad obliczania ceny oferty (przedstawione przez Zamawiającego zasady obliczania ceny są przepisane z nieobowiązującego rozporządzenia) oraz podania całości robót i materiałów do wyceny.

Wniosek z pkt.3 uzasadnił potrzebą zapewnienia większej konkurencji, a tym samym

zaoszczędzenia zbędnego wydatku 950 000, 00 zł, co jest zasadne z punktu widzenia efektywności i celowości wydawania środków publicznych.

W pierwszej kolejności wskazał, że Zamawiający naruszył art. 7 ust 1 ustawy Pzp, ponieważ żądał w piśmie z dnia 2013.11.04 pkt. 1a od wykonawcy wybranego tj. WOD-BUD Sp. z o.o. Kraśnik wyjaśnienia, jakimi przesłankami się kierował uwzględniając agregat prądotwórczy w pozycjach 14, 15, 16, 17 w kosztorysie Sieć wodociągowa.

Zdaniem Odwołującego wykonawca ten w piśmie z dnia 2013.11.07 nie wyjaśnił, dlaczego ujął agregat prądotwórczy do wyceny, lecz tylko wyjaśnił, że wycenił wszystkie pozycje kosztorysu, ale agregat nie jest pozycją kosztorysową.

Według Odwołującego samo napisanie, że przewiduje to katalog nie jest żadnym wyjaśnieniem, dlaczego ten agregat wycenił.

Zwrócił przy tym uwagę, że Zamawiający nie przewidział tego nakładu w przedmiarze robót, o czym świadczy jego brak w zestawieniu sprzętu dołączonym do przedmiaru robót.

W związku z tym zauważył, że przyjęcie innych nakładów jednostkowych jest błędem w ustalaniu ceny i Zamawiający powinien na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 6 oraz pkt. 2 ustawy Pzp odrzucić ofertę WOD – BUD Sp. z o.o. Kraśnik.

Podniósł, że Zamawiający odrzucając ofertę Odwołującego z tego samego powodu, a nie odrzucając oferty WOD - BUD Sp. z o.o. Kraśnik prowadził postępowanie w sposób nie zapewniający uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców z naruszeniem art. 7 ust. 2 ustawy Pzp - brak obiektywizmu i bezstronności oraz art. 7 ust 3 ustawy Pzp.

Niezrozumiałe jest dla Odwołującego twierdzenie Zamawiającego przy odrzuceniu jego oferty, że nie mógł dokonać poprawki z art. 87 ust. 2 pkt. 3 ustawy Pzp, ponieważ nie podał, których pozycji, jakich części kosztorysu oraz jakich kwot to dotyczy.

Poza tym zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 87 ust. 2 pkt. 1 ustawy Pzp, ponieważ WOD-BUD Sp. z o.o. Kraśnik w piśmie z dnia 2013.11.07r. w odpowiedzi na pytanie 1c stwierdził, że różnica średnicy rury 25 mm wg opisu pozycji, a średnicy 50 mm, którą podał w opisie materiału jest omyłką pisarską - Zamawiający uznał to, ale nie dokonał tych poprawek w tych pozycjach.

Zdaniem Odwołującego Zamawiający nie mógł dokonać tych poprawek, bo musiałby mieć informację, że podana cena jest ceną za średnicę 25 mm, a nie za 50 mm, ale gdyby zadał pytanie, na jaką średnicę jest podana cena to byłaby to tzw. negocjacja złożonej oferty i jej treści, co stanowi naruszenie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, zatem z tego powodu oferta WOD-BUD Sp. z o.o. Kraśnik powinna zostać odrzucona z art 89 ust 1 pkt. 6 ustawy Pzp, bowiem ceny nie można poprawić.

Wskazał, że powyższe naruszenie jest w pięciu pozycjach kosztorysu Sieć wodociągowa (poz. 41, 49, 57, 63, 71).

Kolejny zarzut dotyczył naruszenia art. 89 ust. 1 pkt. 2, pkt. 4, pkt. 6 ustawy Pzp poprzez niezłączenie kalkulacji stawek r-g.

Odnosząc się do pkt. 1 str. 5 dotyczącego przyczyn odrzucenia oferty Odwołujący wskazał, że kalkulacja stawki r-g została złożona na wezwanie Zamawiającego - jak podaje w odrzuceniu oferty.

Zwrócił także uwagę, że stawka r-g została podana w kosztorysie ofertowym i cena oferty po jej szczegółowej kalkulacji nie uległa zmianie.

Według Odwołującego żądanie kalkulacji ceny jest zbytnim formalizowaniem, nieuzasadnionym żadnym przepisem prawa, a nie podanie jej kalkulacji nie ma wpływu na wybór oferty, bowiem do oceny brana jest cena oferty, a nie cena robocizny tj. stawki r-g, która i tak nie uległa zmianie w stosunku do przyjętej w kosztorysie ofertowym.

Argumentował, że podając w wyjaśnieniach z dnia 2013.11.07 i 2013.12.17, że cena roboczogodziny nie może być przyczyną do odrzucenia oferty, z tego powodu, że Zamawiający nie żądał wyjaśnień czy pracownikom będzie płacone wg stawki godzinowej czy wg innych zasad, do których nie ma odniesienia stawka r - g kosztorysowej.

Podnosząc naruszenie przez Zamawiającego art. 87 ust. 1 ustawy Pzp twierdził, że udowodnił w wyjaśnieniach, iż wg systemu akordowego lub zadaniowego zarobek dzienny na robotnika brutto będzie ponad 2 000 zł, a więc większy od płacy minimalnej 1 600 zł brutto.

W nawiązaniu do pkt. 2 str. 5 i 6 dotyczącego przyczyn odrzucenia oferty z powodu brau wyceny wszystkich pozycji tj. 14,15,16 i 17 kosztorysu Sieć wodociągowa, jeżeli chodzi o agregat prądotwórczy.

Zauważył przy tym, że w odpowiedzi wyjaśnił, że jest to norma nakładów, a nie pozycje kosztorysowe.

Jednocześnie stwierdził, że nakład ten jest podany w nawiasie, a więc jest nakładem alternatywnym i dostarczany prąd może być ujęty np. w pracy zgrzewarki do rur lub także, w Kp dział Kb, bo nie musi to być agregat prądotwórczy, lecz może być zasilanie z sieci elektrycznej przez tzw. RB tymczasową.

Zaznaczył przy tym, że Zamawiający nie ujął agregatu prądotwórczego w zestawieniu sprzętu dołączonym do przedmiaru robót oraz podkreślił, że ten zastrzegł przyjmowanie innych nakładów jednostkowych, jako błąd w obliczaniu ceny ze skutkiem odrzucenia oferty.

W ocenie Odwołującego Zamawiający nie odróżnia, co to jest pozycja kosztorysowa, a co to są nakłady jednostkowe składające się na daną pozycję kosztorysową.

Zwrócił uwagę, że wycenił pozycje 14, 15, 16 i 17, które występują w przedmiarze robót, zatem zarzut rażąco niskiej ceny potraktował, jako nietrafny.

Po uzyskaniu naszych wyjaśnień z dnia 2013.12.17 Zamawiający nie wykazał, że poniesiemy stratę, ponadto w ofercie przewidzieliśmy zysk 10%.

Zarzucił także, że Zamawiający podał zmianę przez wykonawcę sposobu obliczania ceny oferty - nie podając, na czym ta zmiana polegała.

Podkreślił także, że potwierdził wykonanie wszystkich prac, które są związane z jakimikolwiek kosztami, a Zamawiający nie udowodnił i nie podał jakie prace i które koszty nie zostały uwzględnione.

Według Odwołującego, jeżeli Zamawiający miał wątpliwości mógł skorzystać z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, lecz tego nie uczynił.

Odwołujący nie podzielił także stanowiska Zamawiającego, że brak jest możliwości zastosowania art. 87 ust 2 pkt. 3 ustawy Pzp - ze względu na brak kwot, które trzeba by było obligatoryjnie wpisać w innych częściach kosztorysu, uznając, że jest to twierdzenie niespójne, nietrafne, nierzetelne, wewnątrznie sprzeczne - bo Zamawiający nie

podał, jakich kwot brak i w jakie inne części kosztorysu trzeba by je wpisać oraz których pozycji kosztorysu nie można poprawić z art. 87 ust 2 pkt. 3 ustawy Pzp.

Odnosnie pkt. 3 str. 6 dotyczącego przyczyn odrzucenia oferty w zakresie stawek roboczogodziny po 4, 5 i 6 zł stwierdził, że złożył już obszernie wyjaśnienia w pismach z dnia 2013.11.07 i 2013.12.17.

Jednocześnie dodatkowo poinformował, że jest to jeden z elementów składowych ceny oferty i nie świadczy o cenie rażąco niskiej całej oferty.

Według Odwołującego wyjaśnienie, że „część wynagrodzenia naszych pracowników zawarta jest w kosztach pośrednich i zysku kalkulacyjnym” jest prawidłowa, z tego względu, że chodzi o wynagrodzenie, a nie o wysokość stawki roboczogodziny, czego Zamawiający nie odróżnia, a czym innym jest stawka r-g, a czym innym wynagrodzenie pracowników.

Zdaniem Odwołującego sprawę rozbieżności ceny oferty w stosunku do cen ofert pozostałych wykonawców oraz w stosunku do szacunkowej wartości wynagrodzenia netto - wyjaśnił w piśmie z dnia 2013.11.07 oraz bardzo szczegółowo w piśmie z dnia 2013.12.17.

Zwrócił uwagę, że podał także jakie ceny ofert zostały wybrane w stosunku procentowym do ustalonej szacunkowo przez Zamawiających wartości zamówień, tj. przedziały od 30,09% do 42,91%, a nawet od 28,05% i nie zostały odrzucone z powodu rażąco niskiej ceny.

Według zapatrywania Odwołującego Zamawiający nie udowodnił i nie udokumentował, na czym polega błąd w obliczeniu ceny oferty, w których pozycjach i w których kosztorysach.

Powyższe działanie Zamawiającego jest – zdaniem Odwołującego - to sprzeczne z zasadami prawidłowego wydawania środków publicznych - być może nawet 950 000,00 zł (zależnie od rozstrzygnięcia KIO) oraz zasadami sprawiedliwości społecznej i zasadami współżycia społecznego.

Zarzucił także, że zachowanie Zamawiającego jest niezgodnie z art. 5 kodeksu cywilnego zgodnie, z którym nie można czynić ze swojego prawa użytku, który byłby sprzeczny ze społeczno - gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub zasadami współżycia społecznego.

Odwołujący podniósł naruszenie przez Zamawiającego art. 90 ust. 1, ust 2, ust. 3 ustawy Pzp.

Zauważył, że Zamawiający w wezwaniu do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny oferty nie wskazał, których elementów oferty to dotyczy.

Podkreślił przy tym, że cena r-g nie jest elementem oferty, lecz elementami oferty są np. roboty pomiarowe, roboty zimne, układanie rur, przewiertory oraz inne wymienione w ustawie.

W opinii Odwołującego Zamawiający nie zapoznał się z jego wyjaśnieniami, bo nie wziął pod uwagę obiektywnych czynników, które zostały podane w wyjaśnieniach jak ceny paliwa, ceny materiałów, ceny sprzętu, Kp itp, co zostało udowodnione – według twierdzeń Odwołującego - przez załączenie np. faktur, ofert od dostawców oraz innych dokumentów.

Twierdził także, że Zamawiający odrzucając jego ofertę nie podał, jaka ocena wyjaśnień i przedłożonych dokumentów na ich poparcie została przez niego nieuznana i co potwierdza, że cena oferty jest w jego ocenie ceną rażąco niską.

Dodatkowo wskazał na naruszenie przez Zamawiającego art. 91 ust 1 ustawy Pzp poprzez bezzasadne odrzucenie jego oferty i naruszenie w/w przepis poprzez wybranie oferty z trzecią ceną, która winna być odrzucona, a zatem jak twierdził Zamawiający nie dotrzymał warunku kryterium przy wyborze oferty WOD-BUD Sp. z o.o. Kraśnik, jakim była najniższa cena.

Ostatecznie zwrócił uwagę, że Zamawiający naruszył także art 29 ust. 1 i 2 oraz art. 31 ust 1 ustawy Pzp, ponieważ podał do wyceny i ujął w przedmiarach robót materiały, których nie stosuje się i nie ma możliwości wbudowania ich w technologii montażu sieci wodociągowej z rur PE, jednocześnie nie podając do wyceny oraz nie ujmując w przedmiarach robót materiałów właściwych dla w/w technologii, co stanowi o tym, że cena w każdej złożonej ofercie obarczona jest błędem z powodu nie ujęcia w/w robót i materiałów.

W związku z powyższym – w ocenie Odwołującego - Zamawiający nie może porównać ofert do kryterium oceny 100% cena, ponieważ nie zostały ujęte wszystkie materiały i elementy niezbędne do wykonania zamówienia, a zatem powyższe niezgodności stanowią przesłankę do unieważnienia postępowania.

W dniu 2 stycznia 2014r. WOD-BUD Sp. z o.o. Kraśnik, zwany dalej Przystępującym, zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść dokumentacji postępowania przetargowego, w tym ogłoszenia i Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zwanej dalej (SIWZ), oferty Odwołującego i Przystępującego, zawiadomienia o unieważnieniu czynności oceny i wyboru najkorzystniejszej oferty z dnia 24 grudnia 2013r., stanowiska Zamawiającego z dnia 14 stycznia 2014r., pisma procesowego Odwołującego z dnia 18 stycznia 2013r., jak również na podstawie złożonych na rozprawie przez strony wyjaśnień Izba postanowiła odwołanie oddalić.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczony, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu. Izba nie stwierdziła przesłanek do jego odrzucenia.

Po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego Izba nie doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisów art. 7 ust.1 i 3, art.29 ust.1 i 2, art.31 ust.1, art.87 ust.1 i ust.2 pkt. 1 i pkt. 3, art. 89 ust. 1 pkt 2, 4, art.90 ust.1 - 3 oraz art.91 ust.1 ustawy Pzp.

Istotnymi zagadnieniami wymagającymi rozstrzygnięcia w przedmiotowej sprawie była kwestia oceny czy Odwołujący złożył ofertę zawierającą błąd w obliczeniu ceny, ofertę sprzeczną ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, ofertę z rażąco niską ceną, a także czy wybór najkorzystniejszej oferty w przedmiotowym przetargu był uzasadniony pod względem prawnym.

W pierwszej kolejności Izba uznała, że oferta odwołującego pozostaje w sprzeczności z rozdziałem XIII ust.3 SIWZ, gdzie wykonawca był zobowiązany do sporządzenia szczegółowego kosztorysu ofertowego wraz z tabelą elementów scalonych i kalkulacją roboczogodziny – na podstawie przedmiaru robót – zawierającego pełen zakres robót niezbędnych do zrealizowania przedmiotu zamówienia ujętych w dokumentacji projektowej.

Z akt sprawy i z oświadczenia Odwołującego wynika jednoznacznie, że wymagana przez Zamawiającego kalkulacja roboczogodziny nie została do oferty załączona.

Z ustaleń Izby wynika, że przedmiotowa kalkulacja roboczogodziny została dopiero złożona przy piśmie z dnia 7 listopada 2013r., to jest po terminie składania ofert.

Według Izby powyższy dokument ma znaczenie merytoryczne w ofercie i nie stanowi on dokumentu podmiotowego podlegającego uzupełnieniu, a zatem nie ma do niego zastosowania przepis art.26 ust.3 ustawy Pzp.

Przechodząc do omówienia zarzutu braku rażąco niskiej ceny Izba nie doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisu art. 89 ust 1 pkt 4 i art. 90 ust. 1 - 3 powołanej wyżej ustawy Pzp i uznała, że Odwołujący nie obalił domniemania złożenia oferty z rażąco niską ceną.

W tym przypadku, w pierwszej kolejności, Izba zwróciła uwagę, iż Zamawiający miał obowiązek zastosowania reguły określonej w art. 90 ust. 1 cyt. wyżej ustawy Pzp, w myśl, której Zamawiający w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zwraca się do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

Z tych powodów Zamawiający – według zapatrywania Izby - miał pełne podstawy do zwrócenia się do Odwołującego o wyjaśnienie zaoferowanej przez niego ceny w trybie przepisu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp., w zakresie kalkulacji robocizny.

Należy zauważyć, iż stosownie do brzmienia art. 90 ust. 2 powyżej ustawy Pzp Zamawiający, oceniając wyjaśnienia, bierze pod uwagę obiektywne czynniki, w szczególności oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy, oryginalność projektu wykonawcy oraz wpływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.

Zgodnie z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Z powyższego przepisu wynika, że wolą ustawodawcy było umożliwienie wykonawcom złożenia wyjaśnień, w tym wraz z przedłożeniem stosownych dowodów na okoliczność braku istnienia rażąco niskiej ceny.

W zakresie wykazania braku wystąpienia okoliczności rażąco niskiej ceny ciężar dowodowy spoczywa na Odwołującym, zgodnie z regułą dowodową wynikającą z art. 6 kodeksu cywilnego.

W swoim wezwaniu z dnia 10 grudnia 2013r. do złożenia wyjaśnień odnośnie rażąco niskiej ceny Zamawiający zwrócił się do Odwołującego z prośbą o udzielenie wyjaśnień/uzasadnienia znaczącej rozbieżności kalkulacji ceny ofert w stosunku do cen ofert pozostałych wykonawców, czy szacunkowej wartości zamówienia w wysokości netto 3 282 705, 61 zł.

Zamawiający w powyższym piśmie podkreślił, że podane w wyjaśnieniach kalkulacje roboczogodziny kosztorysowej nie spełniają wymagań minimalnych kosztów zatrudnienia pracowników na umowę o pracę, co czynić może zasady kalkulacji roboczogodziny kosztorysowej, jako czyn nieuczciwej konkurencji i możliwego błędu w wyliczeniu ceny.

W piśmie z dnia 17 grudnia 2013r. Odwołujący wyjaśnił między innymi, że do stawki roboczogodziny stosowanej jako bezpośrednia, w kosztorysach stosowane są dodatki w postaci $Kp=30\%$ i $Z=10\%$, co w sumie daje stawki przy: $4 \text{ zł/r-g} \times 1,3 \times 1,1 = 5,72 \text{ zł/r-g}$, $5 \text{ zł/r-g} \times 1,3 \times 1,1 = 7,15 \text{ zł/r-g}$, $6 \text{ zł/r-g} \times 1,3 \times 1,1 = 8,59 \text{ zł/r-g}$.

Powyższe kalkulacje Odwołującego dotyczące zatrudnienia oraz wyjaśnienia Odwołującego przedstawione na rozprawie w zakresie kalkulacji kosztów wynagrodzenia pracowników nie znalazły uznania Izby wobec okoliczności wyszacowania stawki roboczogodziny poniżej kosztów minimalnego wynagrodzenia.

Zgodnie z rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 14 września 2012 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę w 2013 r. wydanego na podstawie art. 2 ust. 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) zarządzono w § 1, że od dnia 1 stycznia 2013 r. ustala się minimalne wynagrodzenie za pracę w wysokości 1.600 zł, a stosownie do § 1 rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 11 września 2013r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę w 2014 r. od dnia 1 stycznia 2014 r. ustalono minimalne wynagrodzenie za pracę w wysokości 1.680 zł.

Przedstawione przez Odwołującego uzasadnienie do proponowanych stawek roboczogodziny – w ocenie Izby - nie zawiera omówienia relacji wartościowych podanych stawek roboczogodziny do miesięcznego minimalnego wynagrodzenia pracowniczego.

Nadto Izba doszła do wniosku, że powyższa kalkulacja jest w ogóle niepewna i nie realna wobec złożonych na rozprawie przez Odwołującego wyjaśnień, który stwierdził, że wszystkie stosunki prawne łączące go z pracownikami mają charakter umów o pracę,

oświadczając przy tym, że w umowie o pracę nie jest określone wynagrodzenie pracownika, a czas pracy pracownika jest uwarunkowany jednostką wiodącą.

Jednocześnie pełnomocnik Odwołującego wyjaśnił, iż wiedza pracownika o wynagrodzeniu wynika z okoliczności wykonywania przez niego wcześniej innych podobnych prac, a o stawce wynagrodzenia za pracę decyduje brygadzista lub kierownik robót, osoba, która zleca i nadzoruje zlecone prace.

Poza tym wyjaśnił również, iż stawka roboczogodziny jest ustalana dla każdej danej roboty oddzielnie, po wykonaniu danej pracy na podstawie danych nakładów pracy, a stawki roboczogodziny nie są przez Odwołującego skatalogowane.

Wobec powyższych wyjaśnień Odwołującego, należy wskazać, że zgodnie z art. 29 § 1 kodeksu pracy umowa o pracę określa strony umowy, rodzaj umowy, datę jej zawarcia oraz warunki pracy i płacy, w szczególności:

- 1) rodzaj pracy,
- 2) miejsce wykonywania pracy,
- 3) wynagrodzenie za pracę odpowiadające rodzajowi pracy, ze wskazaniem składników wynagrodzenia,
- 4) wymiar czasu pracy,
- 5) termin rozpoczęcia pracy.

Według Izby wyjaśnienia Odwołującego zaprzeczają występowaniu elementów umowy o pracę takich jak: składniki wynagrodzenia i wymiar czasu pracy, co może oznaczać, że wątpliwym będzie nawiązanie w przyszłości przez Odwołującego stosunku pracy, co oferuje przy realizacji przedmiotowego zamówienia.

Z powyższego wynika, że przedstawiona przez Odwołującego kalkulacja roboczogodziny jest iluzoryczna, a biorąc pod uwagę, że robocizna w ofercie stanowi, około 15 - 20%, co przyznał sam Odwołujący, to należy przyjąć, że cała cena złożonej oferty jest nierealistyczna, poniżej kosztów jej wykonania i istnieje duże ryzyko, że zamówienie może nie zostać wykonane należycie.

Wobec nie wyjaśnienia przez Odwołującego najistotniejszego elementu kosztowego związanego z robocizną, pozostałe jego wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny nie mają – zdaniem Izby – wpływu na ocenę występowania bądź nie rażąco niskiej ceny.

Według zapatrywania Izby Odwołujący w swoich wyjaśnieniach nie skorzystał z dobrodziejstwa przepisu art.90 ustawy Pzp, bowiem nie udowodnił realności zatrudnienia i kosztów z tego wynikających, a zatem nie obalił domniemania rażąco niskiej ceny.

Zdaniem Izby z uwagi na przedstawienie przez Odwołującego wyjaśnień dotyczących kalkulacji robocizny niepopartych żadnymi dowodami, co do realności jej kosztów, należy uznać, że Zamawiający miał obowiązek odrzucenia jego oferty na zasadzie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła przy tym, że Odwołujący nie przedstawił żadnego dowodu na etapie wszczętego postępowania wyjaśniającego zaprzeczającego istnieniu rażąco niskiej ceny, a w szczególności dowodu z dokumentów na potwierdzenie istnienia okoliczności o charakterze obiektywnym uzasadniającym przedstawioną kalkulację kosztów roboczogodziny.

Stanowisko Izby znajduje swoje potwierdzenie w judykaturze sądowej. W wyroku z dnia 5 stycznia 2007 r. - sygn. akt V Ca 214/06 Sąd Okręgowy w Warszawie przyjął zapatrywanie, że „Dla zakwalifikowania oferty do dalszego postępowania nie jest wystarczające złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, lecz wyjaśnień odpowiednio umotywowanych, przekonujących, że zaproponowana oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny”.

W ocenie Izby cena oferty Odwołującego odbiegająca od pozostałych swoją wartością i od wartości szacunkowej przedmiotu zamówienia wymagała omówienia – zgodnie z żądaniem Zamawiającego - w zakresie kalkulacji kosztów roboczogodziny i załączenia odpowiednich dowodów w tej mierze, jak chociażby umotywowanej kalkulacji robocizny, umów o pracę itp., czego Odwołujący nie uczynił, ograniczając się jedynie do wskazania nierealnej, zaniżonej kosztowo kalkulacji.

Rozpatrując kolejne zarzuty odwołania, Izba nie podzieliła stanowiska Zamawiającego odnośnie nie podania w kosztorysie ofertowym agregatu prądotwórczego, skoro w przedmiarze wyraźnie nie został on wskazany.

Za przekonujący Izba uznała argument Odwołującego, że nie miał on obowiązku ujęcia w cenie w poz. 14, 15, 16 i 17 kosztorysu tegoż urządzenia, ponieważ nie było go w zestawieniu sprzętu, dołączonego do przedmiaru sporządzonego przez Zamawiającego.

Jednocześnie w ocenie Izby samo powoływanie się przez Zamawiającego na tabelę

0110 dotyczącą nakładów na złącze – połączenie rur polietylenowych, ciśnieniowych PE, PEHD metodą zgrzewania czołowego nie przesądza o obowiązku wskazania agregatu prądotwórczego w kosztorysie.

Za dostateczne wyjaśnienia Izba uznała twierdzenie Odwołującego, że koszty te ujął w cenie zgrzewarki oraz Kp – dział Kb, a także, że istnieje możliwość pobierania energii elektrycznej bezpośrednio z sieci.

Izba nie stwierdziła również w ofercie Odwołującego błędu w obliczeniu ceny. Należy przy tym zwrócić uwagę, że w uzasadnieniu o rozstrzygnięciu przetargu brak jest podania przez Zamawiającego wadliwości arytmetycznego obliczenia ceny, a niepodanie przez Odwołującego kalkulacji roboczo-godziny nie jest takim błędem ustawowym.

Rozpoznając zarzuty naruszenia przez Zamawiającego art.29 i 31 ustawy Pzp Izba uznała za je spóźnione, skoro Odwołujący miał możliwość zaskarżenia SIWZ we właściwym czasie, na etapie przygotowania przetargu.

Nadto za spóźnione Izba potraktowała także zarzuty skierowane przeciwko ofercie konkurenta, bowiem Odwołujący powziął lub przy zachowaniu należytej staranności mógł powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę do wniesienia odwołania(zapoznanie się z ofertą Przystępującego) w dniu 23 grudnia 2013r., a odwołanie w tym zakresie wniósł w dniu 30 grudnia 2013r., to jest w siódmym dniu licząc od daty rozpoczęcia biegu terminu do wniesienia odwołania.

Wymaga wskazania, że w myśl art.182 ust. 3 pkt.2 ustawy Pzp odwołanie wobec czynności innych niż określone w ust. 1 i 2 wnosi się w przypadku zamówień, których wartość jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 - w terminie 5 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia.

Z brzmienia powyższego przepisu jednoznacznie wynika, że Odwołujący przekroczył termin do zaskarżenia oferty konkurenta.

Niezależnie od powyższego Izba uznała, że zawarte w piśmie procesowym z dnia 18 stycznia 2014r.dodatkowe zarzuty merytoryczne stanowią rozszerzenie zarzutów odwołania, a zatem brak jest podstaw prawnych do ich rozpoznania, jeżeli nie zostały zgłoszone przy odwołaniu z dnia 30 grudnia 2013r.

Zgodnie z art.192 ust.7 ustawy Pzp Izba nie może orzekać, co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp postanowiła oddalić odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:.....