

**WYROK**  
z dnia 11 maja 2021 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Emil Kawa**  
**Protokolant: Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 07 maja 2021 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 kwietnia 2021 r. przez wykonawcę **ROKOM Sp. z o. o. ul. Karnicka 22, 03-162 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Miejską Legionowo Urząd Miasta Legionowo ul. J. Piłsudskiego 41, 05-120 Legionowo**

przy udziale wykonawcy **J. M. Roboty Ziemne – Budowlane J. M. ul. Sobieskiego 41/30, 05-120 Legionowo** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

**orzeka**

1. Oddala odwołanie
2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego i zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 10 000,00 (dziesięć tysięcy) złotych uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący .....

**UZASADNIENIE**

Gmina Miejska Legionowo Urząd Miasta Legionowo, ul. marsz. Józefa Piłsudskiego 41, 05-120 Legionowo, zwana dalej „zamawiającym” prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. Budowa ścieżek rowerowych na terenie gminy Legionowo w ramach projektu: „Poprawa warunków do rozwoju przyjaznych środowisku form transportu poprzez budowę systemu dróg rowerowych na terenie Gminy Legionowo - etap II” - 3 Zadania. Postępowanie oznaczone jest jako: Rz.271.42,2020. Ogłoszenie o zamówieniu zamieszczono w BZP - Ogłoszenie nr 769630-N-2020 z dnia 21.12.2020 r.

W zakresie zadań 1 i 3 zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu za która została uznana oferta złożona przez wykonawcę ROBOTY ZIEMNE - BUDOWLANE J. M. ul. Sobieskiego 41 lok. 30 05-120 Legionowo (RZB).

Od takiej czynności zamawiającego wykonawca, który również złożył oferty na powyższe zadania tj, firma ROKOM sp. z o.o. ul. Karnicka 22,03-162 Warszawa zwany dalej „odwołującym”, wniósł odwołanie od czynności zamawiającego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

We wniesionym odwołaniu zarzucił zamawiającemu:

- zaniechania odrzucenia oferty RZB z postępowania pomimo, że oferta tego wykonawcy zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a wykonawca wezwany do wyjaśnień ceny i przedłożenia stosownych dowodów nie wykazał, aby było inaczej,
- zaniechaniu odrzucenia z postępowania oferty RZB pomimo, że oferta tego wykonawcy jest: niezgodna z ustawą, a nadto zawiera błędy w obliczeniu ceny, a ponadto stanowi czyn nieuczciwej konkurencji,
- zaniechania wykluczenia z postępowania wykonawcy RZB pomimo niewykazania przez niego spełniania warunków udziału w postępowaniu, oraz podania nieprawdziwych informacji w zakresie spełnienia warunków udziału.

Podnosząc powyższe zarzuty wskazał, że powyższe czynności stanowiły naruszenie następujących przepisów prawa:

1. naruszenie art. 89 ust 1 pkt 4 oraz 90 ust 3 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy RZB pomimo, że zawiera rażąco niską cenę oferty w stosunku do przedmiotu zamówienia a dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,

2. naruszenie art. 89 ust 1 pkt 1 Pzp, art. 89 ust 1 pkt 6 oraz 89 ust 1 pkt 3 w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy RZB pomimo, że jest ofertą niezgodną z ustawą,

zawiera błędy w obliczeniu ceny, a ponadto jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,

3. naruszenie art. 24 ust 1 pkt 12 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy RZB pomimo niewykazania przez niego spełniania warunków udziału w postępowaniu, naruszenie art. 24 ust 1 pkt 16 Pzp poprzez wprowadzenie Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu,

4. naruszenie art. 91 ust. 1 Pzp w zw. z art. 7 ust 1 Pzp poprzez wadliwy wybór oferty najkorzystniejszej w Postępowaniu.

Podnosząc powyższe zarzuty wniósł o nakazanie zamawiającemu :

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej jako obciążonej wadą mającą wpływ na wynik postępowania,
2. odrzucenia oferty wykonawcy RZB z postępowania/wykluczenie wykonawcy RZB,
3. powtórzenia czynności oceny ofert w postępowaniu, co spowoduje wybór oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

Uzasadniając podniesione zarzuty wskazał na wstępie na uregulowania SIWZ, dotyczące zakresu robót jak i obowiązków wykonawcy, zarówno na etapie składania jak i badania i oceny ofert. Podał, że zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia jako wartość brutto, dla zadania 1.; 800 000,00 zł a dla zadania 3.;150 000,00 zł. Wykonawca RZB zaoferował wykonanie zamówienia za następujące kwoty - ZADANIE 1: 657 882,51, a za zł ZADANIE 3: 110 433,31 zł. Podał, że zamawiający czynnością a z dnia 22.03.br. działając w oparciu o przepis art. 87 ust. 2 pkt 2 i 3 Pzp dokonał poprawienia treści oferty RZB w ten sposób, że w formularzu ofertowym, stanowiącym załącznik nr 1.1 do SIWZ; Ceny ofertowej brutto za ZADANIE 1; Budowa ścieżki rowerowej w al, Legionów. jest: 657 882.51 zł powinno być: 624 716.86 zł. Natomiast dla zadania 3 poprawa ta wynosiła - budowa ścieżki rowerowej w ul. Wyszyńskiego było: 110 433.31 zł, winno być: 143 598,96 zł.

Odwołujący w zakresie kwestionowania ceny oferty wybranego wykonawcy – przystępującego, wskazywał przede wszystkim na kwestie, iż podana przez przystępującego cena 1 roboczogodziny nie spełniała wymagań w zakresie obowiązującej stawki minimalnego wynagrodzenia za pracę. Uzasadniając podniesiony w tym zakresie zarzut, oprócz wskazywania licznego orzecznictwa KIO podał, że zgodnie z Rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 15 września 2020 r, w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2021 r. § 1- od dnia 1 stycznia 2021 r. ustala się minimalne wynagrodzenie za prace w wysokości 2800 zł. Po podzieleniu ww. kwoty przez średni miesięczny czas pracy, wyjściowa stawka za roboczogodzinę wynosi 16,6567 zł,

Powyższą stawkę uzupełnia się o narzuty podstawowe tj. składki na ubezpieczenie społeczne, łączna wartość: 4,1900 zł.) oraz narzuty uzupełniające do jednej roboczogodziny przy miesięcznym czasie pracy wynoszącym 168 godzin (2,5707 zł.), co daje łączną minimalną kalkulacyjną stawkę godzinową dla robót budowlano-montażowych w 2020 r, w wysokości;  $23,43 = 16,6667 \text{ zł.} + 4,1900 \text{ zł.} + 2,5707 \text{ zł.}$  w zaokrągleniu do dwóch miejsc po przecinku wartość ta wynosi 23,43 zł. Dopiero kwota 23,43 zł. stanowi pełną minimalną stawkę roboczogodziny personelu wykonawcy, któremu można udzielić zamówienia publicznego. Podał, że w związku z brakiem jednoznacznego wykazania stawki wynagrodzenia pracowniczego, zamawiający dwukrotnie wzywał wykonawcę – przystępującego do złożenia w sprawie zaoferowanej ceny ofertowej. Podkreślił, że zamawiający wzywając po raz drugi przystępującego do złożenia wyjaśnień oczekiwał, iż przystępujący przedstawi szczegółowe wyjaśnienia kalkulacji roboczogodziny-podstawowego elementu kosztotwórczego ceny słusznie uznając, że stawką za jaką zamierza wykonać zamówienie wykonawca, poza tym, że ma nierynkowy charakter, to dodatkowo nie spełnia wymagań wynikających z obowiązujących przepisów prawa.

Stawka roboczogodziny personelu wykonawcy ma bardzo istotne znaczenie dla kalkulacji cenowej i jest podstawą do rozliczenia robót przez wykonawcę w trakcie wykonywania zamówienia, a co za tym idzie determinuje cenę całej oferty w obydwu częściach. Wykonawca RZB złożył na wezwanie zamawiającego ponownie wyjaśnienia, które, zdaniem odwołującego nie tylko nie obalają domniemania rażąco niskiej ceny, ale wręcz potwierdzają, że wycena ofertowa ma zaniżony, nierealny oraz nierynkowy charakter. Podkreślił, że w postępowaniu Wykonawca RZB złożył wraz z ofertą wymagany kosztorys ofertowy, który potwierdza, że zastosowana dla ustalenia ceny oferty stawka godzinowa roboczogodziny jest stawką niezgodną z obowiązującymi przepisami i rażąco zaniżoną.

Reasumując podał, że przystępujący w złożonych wyjaśnieniach, nie wykazał w żaden sposób, iż cena oferty pokrywa koszty wykonania 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.

Nadto odnosząc się do zarzutu, iż zaoferowana przez przystępującego stawka godzinowa stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, gdyż jest ustalona poniżej wynikających z obowiązujących przepisów, a tym samym narusza interesy innych wykonawców, którzy dokonując wyceny z ich uwzględnieniem, ponoszą wyższe i realne tj. zgodne z obowiązującymi przepisami koszty działalności, co z kolei w sposób bezpośredni wpływa na konkurencyjność firm na rynku.

W zakresie drugiego z zarzutów dotyczącego naruszenia przez zamawiającego wymagania odnośnie kierownika budowy, poprzez uznanie że osoba wskazana do pełnienia funkcji kierownika budowy, posiada uprawnienia budowlane w specjalności inżynierskiej drogowej bez ograniczeń, czego wymagał zamawiający w § 5 część II.4 pkt 1 SIWZ, odwołujący podkreślił, że wskazana na to stanowisko osoba Pan K. J., takich uprawnień nie posiada.

Uzasadniając podniesiony zarzut podał, że posiadane wykształcenie Pana J. – technik, jak również z opisu posiadanych uprawnień wynika, że nie mamy do czynienia z osobą z uprawnieniami wymaganymi w SIWZ tj. nieograniczonymi. Podkreślił, że złożone w postępowaniu kopie powyższych uprawnień zawodowych stanowią dowód zarówno na niespełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie uprawnień bez ograniczeń, jak również na podanie w tym zakresie nieprawdziwych informacji. Przedłożona kopia uprawnień, zdaniem odwołującego niewątpliwie potwierdza, że mamy do czynienia z uprawnieniami o charakterze ograniczonym - do powszechnie znanych rozwiązań konstrukcyjnych podczas gdy brzmienie warunku udziału w postępowaniu jest jednoznaczne - kierownika ma posiadać uprawnienia bez ograniczeń. Odnosząc się do powyższego stanu faktycznego podał za wyrokiem Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Krakowie z dnia 7 listopada 2019 r., sygn. I SA/Kr 1041/19, iż już samo sformułowanie „powszechnie znane rozwiązania konstrukcyjne” w sposób logiczny zawiera w sobie ograniczenie, zakłada bowiem, że z zakresu uprawnień wyłączone są te budynki, budowle i instalacje, które oparte są na rozwiązaniach niestandardowych. Ponadto rozróżnienie to znajduje potwierdzenie w tekście rozporządzenia z 1975 r. Punktem odniesienia dla ww. uprawnień, o których jest mowa w § 5 ust 2 rozporządzenia, są bowiem uprawnienia określone w § 5 ust 1 tegoż rozporządzenia. W rozporządzeniu z 1975 r. prawodawca przewidział dwa rodzaje uprawnień: pierwsze, bez przymiotnikowe, obejmujące kierowanie, nadzorowanie i kontrolowanie techniczne budowy i robót oraz drugie zawężone do „powszechnie znanych rozwiązań konstrukcyjnych”, Tym samym, nawet jeżeli rozporządzenie z 1975 r. nie posługuje się w sposób dosłowny rozróżnieniem uprawnień na ograniczone i nieograniczone - uprawnienia do kierowania budową budynków wymienione w § 5 ust 2 rozporządzenia z 1975 r. należy interpretować, jako ograniczone właśnie do „powszechnie znanych rozwiązań konstrukcyjnych”.

Reasumując stwierdził, że wykonawca wybrany nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu a dodatkowo oświadczył nieprawdziwe informacje w zakresie posiadanych przez kandydata na stanowisko kierownika budowy, uprawnień dla spełnienia warunków. Powyższe oznacza konieczność wykluczenia wykonawcy z postępowania, przy czym podanie nieprawdziwych informacji nie pozwala na zastosowanie art. 26 ust 3 Pzp.

Zamawiający nie złożył odpowiedzi na odwołanie na piśmie, lecz prezentując swoje stanowisko na rozprawie podał, że zarzuty odwołania nie zasługują na uwzględnienie, gdyż są całkowicie pozbawione podstaw prawnych. Nadto podał, że prezentowana argumentacja odwołującego jest jego indywidualną interpretacją zarówno dokumentów postępowania jak i samej oferty wykonawcy. Wskazał, że już na wstępie oceny oferty przystępującego brak było podstaw do uznania, iż została ona skalkulowana w sposób rażąco niski. W zakresie zadania pierwszego zostało złożonych 9 ofert, a średnia arytmetyczna wszystkich ofert była wyższa o 17,8%, od ceny oferty przystępującego natomiast w zadaniu trzecim, gdzie złożono 8 ofert, cena oferty przystępującego była o 18.36 % niższa od średniej arytmetycznej wszystkich ofert. Podał, że odwołujący w sposób niezasadny utożsamia stawkę roboczogodziny ze stawką godzinowego minimalnego wynagrodzenia pracownika. Nadto podkreślił, że zamawiający nie miał żadnych wątpliwości, iż przystępujący płaci w sposób prawidłowy pracownikom, gdyż przedłożył zarówno wykaz pracowników, którzy będą brali udział w wykonywaniu tego zamówienia, jak również umowy o pracę zawierającą stawki wyższe, niż kwota minimalnego wynagrodzenia na 2021 r. Podkreślił, że zamawiający oczekiwał od wykonawców przedłożenia kosztorysu uproszczonego nie wskazując, co w tym kosztorysie ma być ujęte i podaje, że w tym zamówieniu na 10 wykonawców tylko jeden wykonawca, a konkretnie przystępujący, wskazał na koszty roboczogodziny. Oczekiwany przez zamawiającego kosztorys miał znaczenie dla zamawiającego informacyjne w takim sensie, że gdyby umowa z wykonawcą została rozwiązana przed czasem, to w oparciu o ten kosztorys zamawiający dokonałby rozliczenia się z wykonawcą w zakresie robót wykonanych. Z żadnego punktu postanowień SIWZ nie wynika, aby w uproszczonym kosztorysie były wykazane odrębnie koszty pracownicze. Podał, że odwołujący kwestionuje stawki przyjęte przez RZB, ale sam zestawienia takich kosztów w kosztorysie nie ujął

Natomiast w odniesieniu do zarzutu dotyczącego braku wymaganych uprawnień dla osoby wskazanej przez przystępującego na stanowisko kierownika budowy podał, że według jego wiedzy to uprawnienia, jakie posiada pan J. są uprawnieniami wystarczającymi do realizacji przedmiotu zamówienia. Nadto z ostrożności podał, że gdyby Izba uznałaby, że przystępujący nie spełnia ww. warunku udziału, to przed ewentualnym wykluczeniem wykonawcy z postępowania zamawiający winien mieć prawo wezwać wykonawcę w trybie art. 26 ust.3 Pzp do uzupełnienia postawionego wymagania. Podał także, że brak jest podstaw do wywodzenia wprowadzenia w tym zakresie zamawiającego w błąd, gdyż co do uprawnień osoby dedykowanej na stanowisko kierownika budowy został złożony dokument urzędowy, którego prawdziwości żaden uczestnik postępowania nie zakwestionował.

Przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego wykonawca, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza w częściach objętych odwołaniem wniósł o oddalenie odwołania i podał, że każdy z jego pracowników jest

zatrudniony na umowę o pracy, a otrzymywane wynagrodzenie jest przekazywane na konto bankowe i jest ono znacznie wyższe od kwoty minimalnego wynagrodzenia pracowników. Nadto Pan J. kierując robotami o różnym zakresie i dotychczas nikt jego uprawnień nie kwestionował.

**Izba po zapoznaniu się z treścią dokumentacji postępowania, a w szczególności treści SIWZ, wezwań zamawiającego i uzyskanych od przystępującego wyjaśnień, przedłożonych na rozprawie, dokumentów w tym opinii w zakresie kosztorysowania robót w zakresie stawki kosztu wynagrodzenia pracownika, a także stanowisk stron i przystępującego złożonych na rozprawie uznała, że odwołanie jest niezasadne i nie może zostać uwzględnione.**

Na wstępie Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania. Izba oceniła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawną przesłankę dopuszczalności odwołania, o której mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Nadto wskazać należy, iż osią sporu w przedmiotowym postępowaniu jest kwestia, czy złożona przez przystępującego oferta zawiera rażąco niską cenę oraz czy osoba wskazana do pełnienia funkcji kierownika budowy posiada wymagane przez zamawiającego uprawnienia, a nadto czy przystępujący składając dokumenty w tym zakresie wprowadził zamawiającego w błąd, co skutkowałoby także brakiem możliwości uruchomienia procedury z art. 26 ust.3 Pzp.

Odnosząc się do zarzutu pierwszego dotyczącego stanowiska z odwołania, iż oferta złożona przez przystępującego zawiera rażąco niską cenę wskazać należy, iż przedmiotem oceny jest wymaganie zamawiającego w tym zakresie. Podkreślić należy ( o czym była mowa już powyżej), że zamawiający oczekiwał przedłożenia kosztorysu w formie uproszczonej nie wskazując, co w tym kosztorysie ma być ujęte. Powyższe zaskutkowało tym- co podał na rozprawie zamawiający, że spośród 10 wykonawców, którzy złożyli oferty tylko przystępujący podał w kosztorysie stawkę roboczogodziny, co stało się przedmiotem odwołania. Powyższy wymóg wynikał z §11 ust.9 pkt 8 SIWZ. W kolejnych pkt. powyższego paragrafu zamawiający ustalił, że:

*Pkt 7. Cena ofertowa jest ceną ryczałtową.*

*Pkt. 8. Cena ryczałtowa zawierać będzie również koszty robót nie ujętych w projektach, Specyfikacjach Technicznych Wykonania i Odbioru Robót, przedmiarach, projektach*

*czasowej i stałej organizacji ruchu oraz projekcie umowy, a których wykonanie niezbędne jest dla prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia, jak np;*

- koszty wszystkich robót przygotowawczych;*
- koszty utrzymania placu budowy;*
- koszty utrzymania porządku w trakcie realizacji robót;*
- koszty zorganizowania placu budowy;*
- wszelkie opłaty, narzuty, podatki, cła itp.;*
- wszelkie inne koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia (np. Koszty robót wynikających z projektów, a nie uwzględnionych w przedmiarach robót).*

*Pkt 9. W przypadku oferty z ceną określoną za cały przedmiot zamówienia albo jego część (cena ryczałtowa) przyjmuje się, że prawidłowo podano cenę ryczałtową bez względu na sposób jej obliczenia.*

*Nadto, w kolejnych pkt SIWZ, zamawiający podał, że*

*Pkt. 10. Zamawiający zastrzega, iż w związku z przyjęciem zasady wynagrodzenia ryczałtowego załączony kosztorys ma charakter informacyjny.*

*Pkt. 11. Kosztorys ofertowy opracowany metodą kalkulacji uproszczonej, w której cena kosztorysowa jest iloczynem ilości scalonych jednorodnych robót oraz cen jednostkowych, sporządzony na podstawie projektów, Specyfikacji Technicznych Wykonania i Odbioru Robót, projektów czasowej i stałej organizacji ruchu oraz przedmiarów załączonych do SIWZ (wyłącznie w celu poznania składników cenotwórczych do zastosowania przy rozliczaniu ewentualnych robót oraz w celu wyjaśnienia rażąco niskiej ceny).*

*Pkt. 15. Pozycje z kosztorysu, przy których nie umieszczono żadnej stawki lub ceny, nie będą odrębnie opłacone przez zamawiającego po ich wykonaniu. Ustala się, że stawki i ceny dla tych pozycji są pokryte przez stawki i ceny podane w innych pozycjach przedmiaru.*

Analizując powyższe postanowienia SIWZ należy jednoznacznie wywieść, że zamawiający nie oczekiwał wyszczególnienia w osobnej pozycji kosztów, kosztów wynagrodzenia pracowników. W tym miejscu zasadnym wydaje się przywołanie wyroku SO w Warszawie z dnia 3 czerwca 2013 roku sygn. akt V Ca 533/13 gdzie sąd stwierdził, że niezasadnym jest przywoływanie dla rozstrzygnięcia sprawy kwestii nie ujętych w postanowieniach SIWZ. Zawsze decydujące znaczenie ma analiza sformułowań zawartych w SIWZ.

Istotną sprawą dla rozstrzygnięcia sporu pomiędzy stronami jest kwestia, czy dla wykazania stawki wynagradzania pracowników nie niższej niż minimalne wynagrodzenie, można posługiwać się stawką roboczogodziny, którą to odwołujący utożsamia, że stawką godzinową (zegarową) wynagrodzenia. W tym zakresie odnosząc się do stanowisk zamawiającego oraz przystępującego zauważyć należy, że obaj uczestnicy, też nie potrafili jednoznacznie ustalić i wykazać, czy stawka roboczogodziny i stawka wynagrodzenia według



godzinowej stawki zegarowej dotyczy tej samej kwestii. Zauważyć należy, że brak jest definicji legalnej co należy rozumieć pod pojęciem stawki jednej roboczogodziny. Przepisy Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 14 maja 2004 roku (Dz.U.2004.130.1389 ze zm.) w sprawie określenia metod i podstaw sporządzania kosztorysu inwestorskiego, obliczania planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno-użytkowym wskazuje co należy w szczególności wliczać dla ustalenia stawki za jedną roboczogodzinę. W § 6 ww. rozporządzenia w pkt 1 podaje się, że *jednostkowe nakłady rzeczowe ustalone na podstawie analizy indywidualnej powinny uwzględniać w przypadku robocizny - ilości roboczogodzin dotyczące wszystkich czynności, które są wymienione w szczegółowych opisach robót podstawowych wyszczególnionych pozycji kosztorysowych, oraz 5 % rezerwy na czynności pomocnicze.*

Tym samym uznać należy, że roboczogodzina (osobogodzina) jest jednostką miary robocizny. Wyraża ona normę ilościową wykonania przez jednego robotnika w czasie jednej godziny określonego zakresu robót. Normę tę określa się w odniesieniu do wybranej jednostki obmiarowej danej roboty. Liczba roboczogodzin przypadających na jednostkę obmiarową danego rodzaju robót wyznacza się w kosztorysowaniu różnymi metodami, jak chociażby w oparciu o katalogi normowe takie jak KNR, KSNR, KNNR, KNP i inne. Na podstawie roboczogodziny ustala się plany, kosztorysy i harmonogramy pracy. Na tej podstawie można ustalić np. przybliżony termin ukończenia danej pracy. Natomiast stawka płacowa wynika z umowy o pracę. Tym samym należy jednoznacznie stwierdzić, że wynagrodzenie pracownika nie jest jednoznaczne ze stawką roboczogodziny i może zostać sfinansowane z pozostałych, innych pozycji tym również niezwiązanych z kosztami wynagrodzenia. Jako przykład należałoby np. wskazać na koszt roboczogodziny w serwisach samochodowych, gdzie koszt naprawy pojazdu (oprócz kosztu części) jest ustalany w roboczogodzinach. Ich wielkość na jedną naprawę wynosi od kilku do kilkunastu godzin. Powyższe, po pierwsze, nie oznacza, że za usługę zapłacimy według kosztu wynagrodzenia pracownika serwisu, a po drugie, że pracownik nie otrzyma wynagrodzenia według stawki roboczogodziny, która w renomowanych serwisach waha się od 400 – 500 zł. Pracownik niezależnie od ustalonej liczby roboczogodzin, uzyska wynagrodzenie według ilości przepracowanych godzin pomnożonych przez stawkę osobistego zaszeregowania.

W zakresie powyższych rozważań i ustaleń należy także wskazać, że jest możliwe ustalenie kosztu roboczogodziny w oparciu o kalkulację własną, czy opartą na średniej stawce wynagrodzenia osób np. danej brygady roboczej. Jednakże dotyczy to z reguły kalkulacji dotyczącej robót o niewielkim zakresie, jednostkowych.

Przenosząc powyższe na grunt przedmiotowego zarzutu podkreślić należy, że w tym postępowaniu, gdzie zamawiający ustalił formę wynagrodzenia kosztorysowego, wymagał w

§11 ust.9 pkt 8 złożenie uproszczonego kosztorysu ofertowego. Jak podał na rozprawie zamawiający w wezwaniach nie wskazywał w ogóle o podanie sposobu wyliczenia stawki roboczogodziny, gdyż stawka roboczogodziny nie ma dla zamawiającego żadnego znaczenia dla rozliczenia robót. Dlatego też tylko przystępujący na 10 wykonawców, którzy złożyli oferty, w uproszczonym kosztorysie podał stawkę roboczogodziny, jak podał wg. KNR. Istotnym w sprawie jest fakt, czy wykonawca założył w cenie ofertowym wynagradzanie pracowników wg. stawki gwarantującej uzyskanie conajmniej minimalnego wynagrodzenia. Zdaniem Izby uznać należy, że w sprawie brak jest podstaw do przyjęcia, iż przystępujący nie ujął w cenie ofertowej kosztu wynagrodzenia pracowników na poziomie co najmniej minimalnego wynagrodzenia. Uznać należy za wykazaną tą kwestię, gdyż zamawiający na rozprawie stwierdził – przy braku sprzeciwu ze strony odwołującego i co wynika z dokumentacji postępowania, iż nie miał żadnych wątpliwości, iż przystępujący płaci w sposób prawidłowy pracownikom, gdyż przedłożył zarówno wykaz pracowników, którzy będą brali udział w wykonywaniu tego zamówienia, jak również umowy o pracę zawierające stawki wyższe, niż kwota minimalnego wynagrodzenia ustalona na 2021 r.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, a w szczególności treść postanowień SIWZ oraz wezwań zamawiającego Izba uznała, że - przystępujący składając umowy o pracę pracowników dedykowanych do wykonywania tego zamówienia, w których potwierdzono, że stawki wynagrodzenia są wyższe od stawki wynagrodzenia minimalnego za pracę na rok 2021, wykazał, że zawarte w cenie ofertowej wynagrodzenie jest prawidłowe i nie narusza przepisów Rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 15 września 2020 r, w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2021 roku.

W zakresie **zarzutu drugiego** dotyczącego braku wykazania przez przystępującego osoby z odpowiednimi uprawnieniami budowlanymi do pełnienia funkcji kierownika budowy, Izba przedmiotowy zarzut uznała również za niezasadny. Poza sporem pomiędzy stronami jest kwestia, że przystępujący wykazał na ww. stanowisko osobę Pana K. J., który legitymował się uprawnieniami do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie wydanymi w dniu 25 marca 1986 roku. Wskazać należy, że zamawiający w § 5 część II.4. SIWZ ustalił, że w celu potwierdzenia spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznej - zamawiający wyraża jako minimalne poziomy, dla Zadania 1-3, dysponowanie kierownikiem budowy, który posiada uprawnienia budowlane w specjalności inżynierskiej drogowej bez ograniczeń uprawniające do kierowania robotami budowlanymi.

Sprawą sporną w zakresie oceny spełnienia przedmiotowego wymagania jest kwestia, czy przedłożone przez przystępującego uprawnienia Pana J. można uznać za uprawnienia budowlane bez ograniczeń, a nadto czy takie uprawnienia są wystarczające do

prawidłowego nadzorowania robót objętych przedmiotowym zamówieniem. Z treści przedłożonych uprawnień wynika, iż Pan J. posiada przygotowanie zawodowe upoważniające do wykonywania samodzielnych funkcji kierownika budowy i robót w specjalności konstrukcyjno-inżynierskiej w zakresie dróg w tym do m.in. kierowania, nadzorowania i kontrolowania budowy i robót, kierowania i kontrolowania wytwarzania konstrukcyjnych elementów budowlanych oraz oceniania i badania stanu technicznego budowli dróg, lotniskowych dróg startowych i manipulacyjnych, typowych przepustów i mostów o powszechnie znanych rozwiązaniach konstrukcyjnych. Podkreślić należy, że Izba w wyroku z dnia 2 lutego 2018 r., sygn. akt KIO 113/18, KIO 116/18 uznała, że sformułowania „o powszechnie znanych rozwiązaniach konstrukcyjnych” nie można utożsamiać z „ograniczonym zakresem” uprawnień.

Zamawiający wskazał, że dokonując oceny uprawnień p. J. należy mieć na względzie postanowienia rozporządzenia Ministra Gospodarki Terenowej i Ochrony Środowiska z dnia 20 lutego 1975 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie (Dz. U. z 1975 r. Nr 8 poz. 46); oraz postanowienia art. 104 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (Dz. U. z 2017 r. poz. 1332) stanowiącego, że osoby, które, przed dniem wejścia w życie ustawy, uzyskały uprawnienia budowlane lub stwierdzenie posiadania przygotowania zawodowego do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie, zachowują uprawnienia do pełnienia tych funkcji w dotychczasowym zakresie. Izba zauważa, że ówczesne obowiązujące przepisy nie przewidywały wydawania uprawnień w ograniczonym lub nieograniczonym zakresie. W tym kontekście zwrócić należy uwagę także na wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 11 lutego 1998 r. sygn. akt IV SA 693/96, w którym sąd wyraźnie wskazał, że powołany wyżej przepis art. 104 prawa budowlanego nie zmienił zakresu uprawnień budowlanych.

W ocenie zarówno zamawiającego jak i przystępującego, uprawnień do kierowania budową w zakresie „powszechnie znanych rozwiązań konstrukcyjnych” nie można utożsamiać z uprawnieniami o ograniczonym zakresie. W związku z powyższym decydujące znaczenie dla oceny zapisów SIWZ powinno mieć to, czy dana osoba posiada uprawnienia do wykonania przedmiotu zamówienia. Potwierdzeniem powyższego jest stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej, wyrażone w uchwale z 17 lutego 2017 r., sygn. akt KIO/KD 7/17, a także w wyroku z dnia 20 sierpnia 2020r sygn. KIO 1805/20.

Izba uznała, że biorąc pod uwagę fakt, iż uprawnienia nadane p. J. zostały wydane w oparciu o przepisy nieobowiązujące obecnie rozporządzenia z 1975 r., które w swej treści nie posługiwało się pojęciem „uprawnień z ograniczeniami” czy „uprawnień bez ograniczeń”, to ocena zakresu takich uprawnień powinna być dokonywana zawsze w kontekście stanu prawnego obowiązującego w chwili wydania uprawnień.

Podkreślić należy iż odwołujący nie kwestionował, że uprawnienia posiadane przez Pana J. dają mu w pełni uprawnienia do kierowania robotami wchodzącymi w skład zadania 1 i 3, jednakże nie odpowiadają wymaganiom zamawiającego, gdyż nie zawierają zwrotu „bez ograniczeń”. Izba podkreśla, że biorąc pod uwagę wymagania SIWZ, to żaden przepis obowiązującego prawa, ani jakakolwiek linia orzecznicza w tej kwestii nie warunkuje prawa do wykonywania kierowania i nadzorowania robót budowlanych objętych takim zakresem robót, od potrzeby zmiany uzyskanych pod rządami poprzedniego prawa uprawnień, na uprawnienia jakie są wydawane w oparciu o przepisy prawa budowlanego z 1994 r. Na marginesie zauważenia wymaga także fakt, zupełnej nieproporcjonalności postawionego warunku udziału – posiadania uprawnień budowlanych bez ograniczeń w sytuacji, kiedy przedmiotem zamówienia w zadaniu pierwszym i trzecim jest budowa ścieżki rowerowej o długości – w zadaniu 1 – ok. 800 mb., a w zadaniu 3 – ok. 50 mb. a więc zadań których realizacja nie jest skomplikowana, a nadto dotyczy bardzo krótkich odcinków.

Również za niezasadny Izba uznała zarzut naruszenia art. 24 ust.1 pkt 16 dotyczący wprowadzenia, zamawiającego w błąd poprzez złożenie oświadczenia, że uprawnienia jakie posiada Pan J. są wystarczające do spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Podkreślić należy, że brak jest jakichkolwiek podstaw do przyjęcia wprowadzenia zamawiającego w błąd w sytuacji, kiedy strona przedkłada dokument urzędowy, którego treść interpretuje sam zamawiający. Dopóki treść tego dokumentu nie zostanie skutecznie obalona, to jako dokument urzędowy potwierdza w oparciu o jego treść, że określona osoba posiada wskazane w nim uprawnienia.

Izba w wyniku oceny dokumentacji postępowania, stanowisk stron i przystępującego, a także dowodów przedłożonych na rozprawie uznała, że podjęta przez zamawiającego czynność wyboru najkorzystniejszej oferty odpowiada prawu, jest słuszna, a przedstawiona argumentacja i wywodzenie wniosków ze stanu faktycznego znajdują oparcie w materiale dowodowym. Biorąc pod uwagę powyższe Izba uznała, że zamawiający nie naruszył przepisów prawa wskazanych w odwołaniu. Izba oddaliła odwołanie, gdyż zarzuty nie znalazły potwierdzenia w wskazanych przepisach prawa, a nadto odwołujący nie przedłożył – w niezbędnym zakresie dowodów na ich potwierdzenie. Aby Izba mogła oprzeć orzeczenie na złożonych dowodach to dowody te muszą być pewne i kategoryczne - wyrok SO w Wrocławiu z 6 lutego 2018 roku Sygn. akt XI Ga 692/17.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia i rozważania Izba orzekła jak w sentencji orzeczenia. Biorąc pod uwagę fakt oddalenia wszystkich postawionych przez odwołującego zarzutów to odwołujący został obciążony całością kosztów postępowania odwoławczego. Zamawiający wniosków kosztowych w zakresie kosztów wynagrodzenia pełnomocnika nie składał.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący .....