

**WYROK**  
**z dnia 12 lutego 2021 roku**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Beata Pakulska-Banach**

**Protokolant: Mikołaj Kraska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 lutego 2021 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 stycznia 2021 roku przez wykonawcę **TOMIRAF Sp. z o.o. Sp.k. z siedzibą w Woli Karczewskiej** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Otwock**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **P. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Firma Handlowo Usługowa "BRUK-BUD" P. S.** oraz **Przedsiębiorstwa Robót Drogowych w Otwocku Sp. z o.o. z siedzibą w Pogorzeli**, zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. Uwzględni odwołanie i nakazuje zamawiającemu Gminie Otwock unieważnienie czynności wyboru oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Piotra Skoczka prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Firma Handlowo Usługowa "BRUK-BUD" P. S. (Lider konsorcjum) oraz Przedsiębiorstwa Robót Drogowych w Otwocku Sp. z o.o. z siedzibą w Pogorzeli jako najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym wezwanie ww. wykonawców do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny oferty na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych.
2. W pozostałym zakresie oddala zarzuty odwołania.

2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego **Gminę Otwock**, i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy)** uiszczoną przez wykonawcę **TOMIRAF Sp. z o.o. Sp.k. z siedzibą w Woli Karczewskiej**, tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od zamawiającego **Gminy Otwock** na rzecz wykonawcy **TOMIRAF Sp. z o.o. Sp.k. z siedzibą w Woli Karczewskiej** kwotę **13 600 zł 00 gr** (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uiszczenia wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 i art. 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. 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

Zamawiający – Gmina Otwock - prowadzi na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) – zwanej dalej: „ustawą Pzp” postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn.: *Wykonywanie na terenie Otwocka prac remontowych związanych z zapewnieniem bezpieczeństwa ruchu drogowego i przejezdności ulic w 2021 roku.*

Wartość zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 23 grudnia 2020 r. pod numerem 771392-N-2020.

W dniu 12 stycznia 2021 roku zamawiający poinformował wykonawców biorących udział w postępowaniu o wyborze oferty najkorzystniejszej.

Wykonawca - TOMIRAF Sp. z o.o. Sp.k. z siedzibą w Woli Karczewskiej (zwany dalej: „odwołującym”) wniósł w dniu 18 stycznia 2021 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności i zaniechań zamawiającego polegających na:

- 1) wyborze oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – Konsorcjum: P. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Firma Handlowo Usługowa "BRUK-BUD" P. S. oraz Przedsiębiorstwa Robót Drogowych w Otwocku Sp. z o.o. z siedzibą w Pogorzeli (dalej zwanych łącznie: „Konsorcjum „BRUK-BUD””) niezgodnie z przepisami ustawy Pzp;
- 2) zaniechaniu wyjaśnienia rażąco niskiej ceny oferty Konsorcjum „BRUK-BUD” w ramach oceny ofert;
- 3) zaniechaniu odrzucenia oferty Konsorcjum „BRUK-BUD” jako zawierającej rażąco niską cenę;
- 4) zaniechaniu wyboru oferty odwołującego, która jest ofertą najkorzystniejszą.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 90 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wyjaśnienia rażąco niskiej istotnej części składowej ceny w zakresie kosztów pracy;
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie i brak odrzucenia oferty Konsorcjum „BRUK-BUD” w związku z tym, iż zawiera rażąco niską cenę;

3) art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 3 ustawy Pzp poprzez wybór oferty Konsorcjum „BRUK-BUD” niezgodnie z przepisami ustawy Pzp oraz brak wyboru oferty odwołującego, którego oferta przy dokonaniu prawidłowej oceny ofert jest ofertą najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert zawartych w SIWZ.

W oparciu o powyższe odwołujący wnosił o:

- 1) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 2) powtórzenie czynności oceny ofert;
- 3) zwrócenie się do Konsorcjum „BRUK-BUD” o wyjaśnienie rażąco niskiej ceny;
- 4) odrzucenie oferty Konsorcjum „BRUK-BUD” jako zawierającej rażąco niską cenę;
- 5) wybór oferty odwołującego.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podnosił, co następuje.

Odwołujący w pierwszej kolejności powołał się na przepis art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, wskazując, iż zaistnienie podejrzeń rażąco niskiej ceny w kontekście sytuacji, które sam ustawodawca uważa za istotne, winno skutkować obowiązkiem zbadania przez zamawiającego ceny oferty lub jej istotnej części składowej.

Odwołujący zauważył, że zamawiający przewidział zakres zamówienia, który będzie podlegał rozliczeniu na podstawie ustalonej w ofercie stawki roboczogodziny. Podkreślił też, iż zgodnie ze wzorem umowy rozliczenie będzie kosztorysowe w zakresie całego przedmiotu zamówienia, przy czym dla części rodzajów robót zamawiający przewidział ceny jednostkowe danych robót, zaś dla zakresu obejmującego remonty częściowe chodników, parkingów i jezdni oraz innych elementów ulic, przewidziane zostało rozliczenie na podstawie kosztorysów opartych o Katalogi Nakładów Rzeczowych KNR lub KSNR. Odwołujący zwrócił uwagę, że zgodnie z § 2 wzoru umowy, całkowite wynagrodzenie należne wykonawcy będzie uzależnione od rzeczywistej konieczności wykonywania prac będących przedmiotem umowy w trakcie jej obowiązywania, a jednocześnie zamawiający nie ograniczył wartości realizowanych robót. Ponadto, z brzmienia umowy wynika możliwość zupełnie innego rozdziału ilości realizowanych robót niż wynikałoby to z SIWZ. W toku realizacji umowy zamawiający może zlecić znacznie większą ilość prac remontowych podlegających kosztorysowaniu, a zdecydowanie mniejszą ilość prac objętych cenami jednostkowymi niż ilości wskazane w formularzu ofertowym. Zdaniem odwołującego, z powyższego wynika, że każdy z elementów oferty jest jego istotną składową, gdyż w toku realizacji może stanowić największy udział w wartości udzielonego zamówienia.

Następnie, odwołujący podniósł, że zgodnie z art. 90 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp koszty pracy, których wartość została przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy

z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę. Odwołujący stwierdził, że powyższego warunku nie spełnia stawka roboczogodziny zaoferowana przez Konsorcjum „BRUK-BUD”, tj. 18 zł netto, przy założeniu kalkulacji tej stawki z kosztami pośrednimi w wysokości 80% i zysku wynoszącym 35%. Według odwołującego z tak zaoferowanej stawki wynika, iż stawka kosztorysowa wynosi 7,41 zł netto. Zdaniem odwołującego, powyższe oznacza, że jest ona o ponad 50% niższa od obowiązującej obecnie stawki średniej Sekocenbud przyjmowanej do kosztorysowania, a także jest ona znacznie niższa od stawek rynkowych, a w szczególności niższa od stawek wynikających z ustawy o minimalnym wynagrodzeniu za pracę.

W dalszej kolejności odwołujący powołał się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 29 kwietnia 2016 roku, sygn. akt: KIO 596/16, w którym wyrażono pogląd, iż zysk nie może zostać wliczony do obliczenia kosztów pracy, o których mowa w art. 90 ust. 1 Pzp. Odwołujący wskazał, że tym samym nie można przyjąć, że całość zaoferowanej stawki wynoszącej 18 zł przewidziana jest na pokrycie kosztów pracy, odliczając zaś przewidziany przez Konsorcjum zysk, stawka roboczogodziny wynosi 13,33 zł, która to kwota nie pokrywa wszystkich kosztów pracy dla realizacji przedmiotu zamówienia. Odwołujący stwierdził, że nawet uznanie, iż prawidłowe jest uwzględnienie w cenie roboczogodziny zysku, celem pokrycia wszystkich kosztów pracy, to i tak zaoferowana stawka tych kosztów nie pokrywa.

Ponadto, odwołujący wskazał, że w Rozdziale IIIa SIWZ zamawiający postawił wymóg zatrudnienia na podstawie umowy o pracę. Stwierdził, że od dnia 1 stycznia 2021 roku minimalne wynagrodzenie za pracę wynosi 2.800,00 zł, przy czym pełny koszt pracodawcy to 3.373,44 zł. Odwołujący wyjaśnił, że przyjmując przeciętną średnią ilość dni roboczych w miesiącu wynoszącą 21 dni, czyli 168 godzin pracy, minimalna godzinowa stawka pracownika wynosi 20,08 zł, a to oznacza, iż stawka zaoferowana przez Konsorcjum „BRUK-BUD” nie pokrywa co najmniej 10% kosztów pracy. Odwołujący zwrócił uwagę na to, że faktyczny koszt pracownika fizycznego w tym przypadku jest większy, gdyż w kalkulacji należałoby uwzględnić również wynagrodzenie urlopowe, a także koszty wyposażenia pracownika (strój roboczy, zapewnienie posiłków lub napojów ze względu na warunki atmosferyczne).

Dodał, iż nawet gdyby znać, że wykonawca może realizować zamówienie przy pomocy pracowników, z którymi będzie miał umowy cywilnoprawne, to ustawowa minimalna stawka dla takiej umowy wynosi 18,30 zł, do której należałoby doliczyć składki na ubezpieczenia społeczne.

Następnie odwołujący podkreślił, że nie jest możliwe przyjęcie, że wykonawca może pokryć koszty pracy z pozostałych elementów składowych pozycji kosztorysowych.

Zamawiający nie wskazał szczegółowo jakiego rodzaju prace remontowe będą realizowane, zaś z doświadczenia można wykazać wiele różnych rodzajów remontowych robót drogowych, które nie będą posiadały żadnych innych składowych poza pracą lub udział materiałów i maszyn będzie w tych pracach znikomy. Tym samym wykonawca nie będzie mógł pokryć niedoszacowania stawki roboczogodziny.

W ocenie odwołującego, zamawiający dysponując wiedzą co do obowiązujących przepisów winien był co najmniej powziąć wątpliwość czy cena oferty nie jest rażąco niska i wezwać wykonawcę do złożenia wyjaśnień w tym zakresie. Biorąc zaś pod uwagę, iż warunki realizacji zamówienia są tak sformułowane, że każda ze stawek ofertowych może mieć istotny wpływ na końcowe wynagrodzenie wykonawcy, to niewątpliwym jest, że stawka roboczogodziny zaoferowana przez Konsorcjum „BRUK-BUD” jest rażąco niska, a tym samym jego oferta winna zostać odrzucona.

Odwołujący stwierdził także, że zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 3 ustawy Pzp jest konsekwencją uprzednio wskazanych zaniechań zamawiającego, albowiem nie dokonując prawidłowego badania i oceny ofert, doprowadził do wyboru oferty, która zgodnie z przepisami ustawy nie powinna być wybrana, a tym samym zamawiający nie wybrał oferty, która została sporządzona prawidłowo z uwzględnieniem postanowień SIWZ oraz obowiązujących przepisów prawa.

Na potwierdzenie, że zamawiający w ogóle nie dokonał badania ofert odwołujący powołał się na okoliczność, iż nie zweryfikował on prawidłowości zsumowania wszystkich wartości pozycji składowych oferty Konsorcjum „BRUK-BUD”. Odwołujący nie postawił jednak w tym zakresie zarzutu, wskazując, iż nie ma to wpływu na wynik postępowania.

Z uwagi na powyższe, odwołujący wnosil jak na wstępie.

Zamawiający w dniu 19 stycznia 2021 roku – pocztą elektroniczną - przekazał wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu kopię odwołania.

W dniu 22 stycznia 2021 roku wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: P. S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Firma Handlowo Usługowa "BRUK-BUD" P. S. oraz Przedsiębiorstwo Robót Drogowych w Otwocku Sp. z o.o. z siedzibą w Pogorzeli (zwani dalej łącznie: „przystępującym” bądź „Konsorcjum BRUK-BUD”) zgłosili swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia ww. wykonawców do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

**Po przeprowadzeniu rozprawy w dniu 11 lutego 2021 roku z udziałem stron i uczestników postępowania odwoławczego, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń i stanowisk stron i uczestnika postępowania odwoławczego, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:**

Izba ustaliła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 nPzp.

Izba uznała, iż odwołujący wykazał interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 nPzp.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z dokumentacji postępowania przekazanej przez zamawiającego, tj. z ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia (zwanej dalej: „SIWZ”), protokołu postępowania o udzielenie zamówienia, informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty, oferty Konsorcjum „BRUK-BUD”, a także z dokumentów przedłożonych przez odwołującego i przystępującego w toku postępowania odwoławczego.

Skład orzekający Izby wziął także pod uwagę stanowiska i oświadczenia stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego złożone w odwołaniu, piśmie przystępującego z dnia 21 stycznia 2021 roku (data wpływu: 22 stycznia 2021 roku) oraz ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 11 lutego 2021 roku.

#### **Izba ustaliła co następuje:**

Zamawiający w rozdziale III SIWZ – *Opis przedmiotu zamówienia* w pkt 1 wskazał, że przedmiotem zamówienia *jest wykonywanie na terenie Otwocka, w miejscach wskazanych przez Zamawiającego, prac remontowych związanych z zapewnieniem bezpieczeństwa ruchu drogowego i przejezdności ulic, polegających na (...) 3) remoncie częściowym chodników, parkingów, jedni z prefabrykatów betonowych oraz innych elementów ulic* (pkt III.1.3).

W rozdziale III SIWZ pkt 4 *Opis przedmiotu zamówienia dla robót o których mowa w pkt. III.1.3)* zamawiający wskazał, że: *„Rozliczenie wykonanych prac następować będzie w oparciu o katalogi KSNR lub KNR uwzględniając jedynie te pozycje, których prace*

bezpośrednio dotyczą, a w przypadku braku odpowiednich pozycji w katalogach, na podstawie rzeczywistych nakładów poniesionych przez Wykonawcę.

Przy rozliczeniu, o którym mowa powyżej przyjmuje się wskaźniki (Rg, Kp, Z) podane przez Wykonawcę w ofercie przetargowej oraz ceny materiałów (łącznie z kosztami zakupu) i ceny sprzętu nie wyższe niż średnie ceny opublikowane w aktualnym w dniu kosztorysowania wydaniu np. Sekocenbud.

Przy realizacji przedmiotu zamówienia należy stosować materiały spełniające odpowiednie normy i przepisy. Termin przystąpienia do zleconych prac: w ciągu 5 dni roboczych a w sytuacjach zagrażających bezpieczeństwu ruchu drogowego nie później niż w ciągu 6 godzin od powiadomienia Wykonawcy przez Zamawiającego.”

W rozdziale III a SIWZ zamawiający zawarł wymóg zatrudnienia na podstawie umowy o pracę osób wykonujących roboty drogowe.

W rozdziale XII SIWZ Opis sposobu obliczania ceny w pkt 1 zamawiający wskazał, że: „Wykonawca określa cenę realizacji zamówienia poprzez wskazanie w Formularzu ofertowym sporządzonym wg wzoru stanowiącego Załączniki nr 1 do SIWZ łącznej ceny ofertowej brutto za realizację przedmiotu zamówienia.”. Z kolei z pkt 2 tego rozdziału wynika, że: „Łączna cena ofertowa brutto musi uwzględniać wszystkie koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia oraz wzorem umowy określonym w niniejszej SIWZ. Dodatkowo każdy Wykonawca zobowiązany jest do wypełnienia wszystkich pozycji w Formularzu Oferty.”

Załącznik nr 1 do SIWZ – Formularz Oferty – zawierał tabelę kalkulacyjną :

L.p.	Opis prac	J.m.	Ilość	Cena jedn.	Wartość netto
1.	Wbudowanie 1 tony masy mineralno-asfaltowej	t	540,00		
2.	Wyrównanie i zagęszczenie 1 m2 jezdni ziemnych	m2	200 000,00		
3.	Wbudowanie 1 tony tłucznia kamiennego	t	2 500,00		
4.	Wbudowanie 1 tony kruszywa betonowego	t	400,00		
5.	Prace remontowe	r-g	3 000,00		
6.	Szacunkowa wartość materiałów dla poz. 5				24 400,00
7.	Szacunkowa wartość pracy sprzętu dla poz. 5				10 000,00
				Razem netto	
				Podatek VAT-23%	
				Razem brutto	

\* W kalkulacji ceny jedn. dla poz. 5 uwzględniono:

Koszty pośrednie (KP) w wysokości ..... % liczone od R i S

Zysk kalkulacyjny (Z) w wysokości ..... % liczony od R+KP, S+KP



Załącznik nr 5 do SIWZ, stanowiący wzór umowy, zawierał m.in. następujące postanowienia:

§ 1 ust. 1 *Zamawiający zleca, a Wykonawca przyjmuje do wykonania na terenie Otwocka, w miejscach wskazanych przez Zamawiającego prace polegające na: (...)*

5) *remontie cząstkowym chodników, parkingów, jezdni z prefabrykatów betonowych oraz innych elementów ulic,*

§ 2 ust. 2 *Całkowite wynagrodzenie należne Wykonawcy będzie uzależnione od rzeczywistej konieczności wykonywania prac będących przedmiotem umowy w trakcie jej obowiązywania.*

§ 4 ust. 3 *Rozliczenie prac, o których mowa w mowa w § 1 ust. 1 pkt. 5 następować będzie w oparciu o Katalog Scalonych Nakładów Rzeczowych lub Katalog Nakładów Rzeczowych uwzględniając jedynie te pozycje których prace bezpośrednio dotyczą, a w przypadku braku odpowiednich pozycji w katalogach, na podstawie rzeczywistych nakładów poniesionych przez Wykonawcę, przy wskaźnikach:*

*-stawka roboczogodziny  $R_g = \dots\dots\dots$  zł netto (słownie:  $\dots\dots\dots$ )*

*w tym:*

*-koszty pośrednie  $K_p = \dots\dots\dots$  liczone od  $R, S,$*

*-zysk  $Z = \dots\dots\dots$  liczony od  $R+K_p, S+K_p,$*

*oraz cenach materiałów (łącznie z kosztami zakupu) i sprzętu nie wyższych niż średnie ceny opublikowane w aktualnym w dniu kosztorysowania wydaniu np. Sekocenbud.*

§ 11 ust. 1 *Zamawiający wymaga zatrudnienia na podstawie umowy o pracę w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. – Kodeks pracy przez Wykonawcę lub podwykonawcę osób wykonujących czynności: roboty drogowe.*

Wartość szacunkowa zamówienia wynosi 976.680,00 zł, co stanowi równowartość 228.768,18 euro. W postępowaniu złożono 3 oferty – ofertę przystępującego z ceną 636.771,00 zł brutto; ofertę odwołującego z ceną 644.729,10 zł brutto, a oferta trzeciego z wykonawców opiewała na kwotę 879.450,00 zł brutto. Średnia arytmetyczna wszystkich złożonych ofert to kwota 720.316,70 zł brutto. W formularzu oferty przystępujący zawarł kalkulację cenową, w ramach której w poz. 5 *Prace remontowe*, gdzie jako jednostka miary została wskazana r-g (roboczogodzina), ilość – 3000, wskazał cenę jednostkową – 18 zł, a wartość netto tej pozycji – 54 000 zł. Jednocześnie pod tabelą kalkulacyjną przystępujący wskazał, że: „*W kalkulacji ceny jedn. dla poz. 5 uwzględniono:*

*Koszty pośrednie (KP) w wysokości 80% liczone od R i S*

*Zysk Kalkulacyjny (Z) w wysokości 35% liczony od R+KP, S+KP”.*

## **Izba zważyła co następuje:**

Do ww. postępowania o udzielenie zamówienia, zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 poz. 2020), jako wszczętego i niezakończonego przed dniem 1 stycznia 2021r., stosuje się przepisy dotychczasowe, tj. przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) (zwanej dalej: „ustawą Pzp”).

Mając na uwadze, iż odwołanie zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 stycznia 2021 roku, do przedmiotowego postępowania odwoławczego, zgodnie z art. 92 ust. 2 ww. ustawy Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych, znajdują zastosowanie przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) [zwanej dalej: „ustawą nPzp”].

Zgodnie z art. 90 ust. 1 – 3 ustawy Pzp:

1. Jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, w szczególności w zakresie:

- 1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz.U. z 2018 r. poz. 2177);
- 2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów;
- 3) wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;
- 4) wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska;
- 5) powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.

1a. W przypadku gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od:

- 1) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa

w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia;

2) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania, w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych, zamawiający może zwrócić się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1.

2. Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.

3. 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.

Natomiast stosownie do art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W ocenie Izby zasługuje na uwzględnienie zarzut naruszenia art. 90 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wyjaśnienia rażąco niskiej istotnej części składowej ceny w zakresie kosztów pracy w ofercie konsorcjum „BRUK-BUD”.

Izba uznała, że odwołujący wykazał, iż w niniejszej sprawie wystąpiły okoliczności, które powinny budzić wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego, a także wynikającymi z odrębnych przepisów, w tym przepisów o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (tj. przesłanki określone w art. 90 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp), a tym samym obligują one zamawiającego do zwrócenia się do Konsorcjum „BRUK-BUD” o udzielenie wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

Zamawiający zawarł wymóg zatrudnienia osób wykonujących roboty drogowe na podstawie umowy o pracę. Zgodnie z powołanym powyżej przepisem art. 90 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp wartość kosztów pracy, przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz.U. z 2018 r. poz. 2177).

Zgodnie z rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 15 września 2020 roku w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2021 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 1596) od dnia 1 stycznia 2021 r. minimalne wynagrodzenie za pracę wynosi 2800 zł (§ 1), natomiast minimalna stawka godzinowa wynosi 18,30 zł (§ 2).

Jednocześnie podkreślić należy, iż zamawiający przewidział zakres zamówienia (prace remontowe) podlegający rozliczeniu na podstawie ustalonej w ofercie stawki roboczogodziny, którą przystępujący ustalił na kwotę 18 zł netto. Kwota ta powinna wzbudzić uzasadnione wątpliwości zamawiającego w kontekście obowiązujących od dnia 1 stycznia 2021 roku przepisów o minimalnym wynagrodzeniu za pracę, a które to wątpliwości zamawiający powinien wyjaśnić w toku postępowania o udzielenie zamówienia. Tym bardziej, że kwota ta według oświadczenia wykonawcy zawartego w formularzu ofertowym zawiera i koszty pośrednie, i zysk.

Istotne dla rozstrzygnięcia tej sprawy jest także to, że zamawiający przyjął rozliczenie w oparciu o ceny jednostkowe wynikające z tabeli kalkulacyjnej, zawartej w formularzu ofertowym, przy czym całkowite ostateczne wynagrodzenie wykonawcy – zgodnie z § 2 ust. 2 wzoru umowy - jest uzależnione od rzeczywistych potrzeb zamawiającego w zakresie zlecenia wykonywania poszczególnych prac objętych przedmiotem zamówienia. Odnośnie kwestionowanej przez odwołującego poz. 5 tabeli – prace remontowe, to zamawiający przyjął następującą metodę rozliczenia kosztów tych prac: *„w oparciu o Katalog Scalonych Nakładów Rzeczowych lub Katalog Nakładów Rzeczowych uwzględniając jedynie te pozycje których prace bezpośrednio dotyczą, a w przypadku braku odpowiednich pozycji w katalogach, na podstawie rzeczywistych nakładów poniesionych przez Wykonawcę, przy wskaźnikach:*

*-stawka roboczogodziny  $R_g = \dots\dots\dots$  zł netto (słownie:  $\dots\dots\dots$ )*

*w tym: - koszty pośrednie  $K_p = \dots\dots\dots$  liczone od  $R, S$ , -zysk  $Z = \dots\dots\dots$  liczony od  $R+K_p, S+K_p$ , oraz cenach materiałów (łącznie z kosztami zakupu) i sprzętu nie wyższych niż średnie ceny opublikowane w aktualnym w dniu kosztorysowania wydaniu np. Sekocenbud.”.*

Słusznie zatem odwołujący zwrócił uwagę, iż w toku realizacji umowy zamawiający może zlecić większą ilość prac remontowych, a mniejszą ilość prac objętych cenami jednostkowymi niż ilości wynikające ze wzoru zawartego w formularzu ofertowym.

Odwołujący wskazywał, że przy minimalnym wynagrodzeniu za pracę w wysokości 2.800 zł brutto, pełny koszt pracodawcy związany z tym wynagrodzeniem stanowi kwotę 3.373,44 zł. Przyjmując zaś średnią ilość dni roboczych w miesiącu – 21 dni, czyli 168 godzin, minimalna godzinowa stawka pracownika to koszt 20,08 zł, przy czym należałoby jeszcze uwzględnić w tej kalkulacji np. wynagrodzenie urlopowe. Powyższe wskazywałoby, że stawka zaoferowana przez przystępującego nie pokrywa wszystkich kosztów pracy związanych z minimalnym wynagrodzeniem za pracę, określonym przepisami prawa, co powinno podlegać wyjaśnieniu. Izba zauważa, że z kalkulacji roboczogodziny przedstawionej

przez przystępującego w treści pisma z dnia 21 stycznia 2021 roku, zawierającego zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego wynika, że całkowity koszt wynagrodzenia 1 pracownika brutto ponoszony przez pracodawcę to kwota 3.355,80 zł, a zatem jest to kwota zbieżna z tą wskazaną przez odwołującego w odwołaniu (różnica zaledwie 17,64 zł). Stwierdzić należy, że kwestie związane z uzyskaną pomocą publiczną, dofinansowaniem z PEFRON'u (w tym także to, czy jest możliwe zatrudnienie osób niepełnosprawnych przy realizacji prac objętych przedmiotem zamówienia), a także inne istotne elementy mające wpływ na kalkulację ceny, powinny być przedmiotem wyjaśnień złożonych zamawiającemu (popartych stosownymi dowodami) i winny być przez niego poddane badaniu.

Z powyższych względów Izba uznała za zasadne nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert, w tym wezwania przystępującego do wyjaśnień dotyczących sposobu obliczenia ceny oferty, w szczególności w odniesieniu do kwestionowanej przez odwołującego pozycji dotyczącej stawki jednej roboczogodziny w ramach prac remontowych.

Biorąc pod uwagę wszystkie powyższe okoliczności Izba uznała, że bez znaczenia jest argument podnoszony przez przystępującego, iż ceny ofert odwołującego i przystępującego różnią się nieznacznie, tj. o kwotę 7.958,10 zł.

Ponadto, Izba zauważyła, że w niniejszym postępowaniu zachodziły również przesłanki do zwrócenia się do Konsorcjum „BRUK-BUD” o udzielenie wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny oferty na podstawie art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp jako, że cena oferty ww. wykonawcy jest o ponad 30% niższa od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług. Niemniej jednak w tym zakresie odwołujący nie postawił zarzutu (być może dlatego, że i wobec jego oferty mogłaby ziścić się ww. przesłanka), a Izba będąc związana zarzutami odwołania, nie mogła orzekać co do zarzutów nie wskazanych w treści odwołania (z drugiej zaś strony zamawiający nie miał możliwości wykazania np. zasadności odstąpienia od procedury wezwania do wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp).

Wobec powyższego, gdyby uznać, że były podstawy do wezwania do udzielenia wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 1a ustawy Pzp, to tym bardziej potwierdzałoby to zasadność zarzutu zaniechania wezwania do udzielenia wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny oferty na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

Natomiast zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego w związku z tym, iż zawiera rażąco niską cenę, Izba uznała za przedwczesny i dlatego też oddaliła zarzut w tym zakresie.

Nie miał racji odwołujący wskazując, że postępowanie wyjaśniające w zakresie ceny oferty przystępującego zostało przeprowadzone w toku postępowania odwoławczego przed Izbą i winno zakończyć się ono ustaleniem, iż oferta złożona przez przystępującego – Konsorcjum „BRUK-BUD” podlega odrzuceniu. Izba uznała, że w pierwszej kolejności powinno być przeprowadzone postępowanie wyjaśniające przez zamawiającego w zakresie wyliczenia ceny oferty, skoro zaniechał on w ogóle przeprowadzenia badania oferty w tym zakresie.

Izba oddaliła również zarzut art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 3 ustawy Pzp poprzez wybór oferty Konsorcjum „BRUK-BUD” niezgodnie z przepisami ustawy Pzp oraz brak wyboru oferty odwołującego, którego oferta przy dokonaniu prawidłowej oceny ofert jest ofertą najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert zawartych w SIWZ.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 ustawy nPzp w zw. z § 2 ust. 2 pkt 1, § 5 pkt 1 i pkt 2 lit. b) oraz § 7 ust. 2 pkt 1 w zw. z ust. 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Na podstawie § 2 ust. 2 pkt 1 ww. rozporządzenia wysokość wpisu od odwołania w niniejszej sprawie wynosi 10 000 zł. Stosownie do § 5 pkt 1 i pkt 2 lit. b) ww. rozporządzenia do kosztów postępowania odwoławczego zalicza się wpis oraz wynagrodzenie i wydatki jednego pełnomocnika, jednak nieprzekraczające łącznie kwoty 3600 złotych.

Zgodnie z § 7 ust. 2 pkt 1 ww. rozporządzenia w przypadku uwzględnienia odwołania przez Izbę w części, koszty ponoszą odwołujący i zamawiający, jeżeli w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił żaden wykonawca albo uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów przedstawionych w odwołaniu w całości albo w części. Jednocześnie, jak wynika z § 7 ust. 5 powołanego rozporządzenia, Izba może w uzasadnionych przypadkach odstąpić od rozdzielenia kosztów w sposób, o którym mowa w ust. 1 pkt 3 oraz ust. 2-4, w szczególności jeżeli przemawia za tym rodzaj zarzutów uwzględnionych przez Izbę lub ich waga dla rozstrzygnięcia odwołania.

Mając powyższe na uwadze, koszty postępowania odwoławczego w łącznej wysokości 13.600 zł (tj. kwota wpisu – 10.000 zł i wynagrodzenie pełnomocnika - 3.600 zł) Izba zasądziła w całości od zamawiającego na rzecz odwołującego, z uwagi na to, że

oddalone zarzuty są bezpośrednio i ściśle powiązane z zarzutem uwzględnionym. Natomiast zostały one uznane za przedwczesne.

Wobec powyższego Izba orzekła jak w sentencji.

**Przewodniczący:** .....