

sygn. akt: **KIO 1274/20**

WYROK

z dnia 22 lipca 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Protokolant: Konrad Wyrzykowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 lipca 2020 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 czerwca 2020 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Przedsiębiorstwo Budowlane CZĘSTOBUD D. Ś., Przedsiębiorstwo Budowlane BUDOPOL sp. z o.o., al. Bohaterów Monte Cassino 40; 42-200 Częstochowa**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Miejski Zarząd Gospodarki Komunalnej, ul. Orzeszkowej 12; 41-253 Czeladź**,

przy udziale wykonawcy **Firma Budowlana A. Bud sp. z o.o., ul. Rondo ONZ 1, piętro 10; 00-124 Warszawa**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego - po stronie zamawiającego,

orzeka:

- 1. Oddala odwołanie.**
- Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Przedsiębiorstwo Budowlane CZĘSTOBUD D. Ś., Przedsiębiorstwo Budowlane BUDOPOL sp. z o.o., al. Bohaterów Monte Cassino 40; 42-200 Częstochowa** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Przedsiębiorstwo Budowlane CZĘSTOBUD D. Ś., Przedsiębiorstwo Budowlane BUDOPOL sp. z o.o., al. Bohaterów Monte Cassino 40; 42-200 Częstochowa**, tytułem wpisu od odwołania.

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Miejski Zarząd Gospodarki Komunalnej w Czeladzi, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest *„Postindustrialne Centrum Dziedzictwa Górnictwa Węglowego w Zagłębiu wraz z zagospodarowaniem terenu”*.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 10 lutego 2020 r., pod nr 2020/S 028-063552.

Dnia 29 maja 2020 roku, zamawiający poinformował wykonawców o wyniku prowadzonego postępowania.

Dnia 8 czerwca 2020 roku, wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Budowlane CZĘSTOBUD D. Ś., Przedsiębiorstwo Budowlane BUDOPOL sp. z o.o. (dalej „Odwołujący”) wnieśli odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej od niezgodnej z przepisami ustawy czynności podjętej przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, polegającej na wyborze oferty wykonawcy Firma Budowlana A. BUD sp. z o.o. oraz zaniechaniu odrzucenia tego wykonawcy z uwagi na to, iż złożył ofertę z rażąco niską ceną, ofertę niezgodną z ustawą oraz ofertę zawierającą błąd w cenie, co jest przejawem prowadzenia postępowania w sposób naruszający uczciwą konkurencję jak również wskazuje na nierówne traktowanie wykonawców.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. Art. 89 ust. 1 pkt 4, art. 90 ust 3 w zw. z art. 7 ustawy Pzp oraz poprzez zaniechanie odrzucenia oferty zawierającej rażąco niską cenę, pomimo że wykonawca zastosował do wyceny stawki roboczogodziny niższe niż wynikające z przepisów o wynagrodzeniu minimalnym a wykonawca nie udzielił wyczerpujących wyjaśnień w tym zakresie i nie złożył stosownych dowodów,
2. Art 89 ust 1 pkt 6 ustawy Pzp w zw. z §1 ust. 2 pkt 1 i §6 ust. 2 rozporządzenia Ministra Infrastruktury z 18 maja 2004 r. w sprawie określenia metod i podstaw sporządzania kosztorysu inwestorskiego, obliczania planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno-użytkowym, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty zawierającej błąd w cenie polegający na nie uwzględnieniu w cenie jednostkowej stawki godzinowej kosztów pośrednich oraz art. 89 ust 1 pkt 6 ustawy Pzp w zw. z rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 10 września 2019 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2020 r.,

poprzez przyjęcie oferty zawierającej stawki robocizny na poziomie niższym niż płaca minimalna,

3. Art 89 ust. 1 pkt. 1 w zw. z art. 90 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, w zw. z rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 10 września 2019 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2020 r., poprzez zaniechanie odrzucenia oferty, której cena jest niezgodna z ustawą, gdyż obejmuje wynagrodzenie niższe niż minimalne wynagrodzenie za pracę.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o: uwzględnienie odwołania, unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i nakazanie zamawiającemu dokonania ponownej oceny i badania ofert oraz odrzucenia oferty A. BUD.

Interes odwołującego.

Odwołujący wskazał, że posiada interes we wniesieniu odwołania, gdyż jego oferta zajęła drugie miejsce w rankingu cenowym, a co za tym idzie wybór oferty A. BUD powoduje niemożność dalszego ubiegania się odwołującego o zamówienie publiczne. Wykonanie czynności zgodnie z ustawą Pzp może skutkować wyborem oferty odwołującego.

Odwołujący wskazał, co następuje.

1. Zarzut rażąco niskiej ceny.

Wykonawca A. BUD złożył ofertę, która zawierała kosztorys ofertowy wskazujący konkretne stawki roboczogodziny przyjęte na potrzeby wyliczenia ceny oferty. Na stronie 54 kosztorysu budowlanego, wykonawca zawarł tabelę pn. zestawienie robocizny. Jak wynika z ww. dokumentu wykonawca zastosował do kalkulacji ceny różne stawki roboczogodziny, z czego większość jest zdecydowanie poniżej stawki minimalnego wynagrodzenia za pracę tj. 15,47 zł (stawka 2600 zł wg. rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 10 września 2019 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2020 r., przy 168 godzinach pracy w miesiącu). Zaoferowane stawki wynoszą od 2,41 zł/ roboczogodzinę do 144,34 zł/ roboczogodzinę.

Zamawiający w wezwaniu z dnia 5 maja 2020 r., zwrócił się do wykonawcy w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, w zakresie wyjaśnienia ujętych kosztów pracy wskazując, że stawki roboczogodziny ujawnione na pierwszych stronach kosztorysu budowlanego, elektrycznego i sanitarnego budzą jego wątpliwości w kontekście rażąco niskiej ceny.

Zamawiający powziął wątpliwość, co do zaoferowanych stawek za roboczogodzinę, a wykonawca pismem z dnia 5 maja 2020 r. wyjaśnił, że są to kwoty netto, do których należy dodać 65% kosztów pośrednich. Powyższa argumentacja nie może się ostać z uwagi na fakt, że zgodnie z rozporządzeniem Ministra Infrastruktury z 18 maja 2004 r. w sprawie określenia metod i podstaw sporządzania kosztorysu inwestorskiego, obliczania planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno-użytkowym (Dz.U. Nr 130, poz. 1389) kosztorys

powinien uwzględnić w stawce robocizny obligatoryjne obciążenia płac, odpisy na zakładowy fundusz świadczeń socjalnych. Stosownie zaś do § 1 ust. 2 pkt 1 ww. rozporządzenia przez cenę jednostkową należy rozumieć sumę kosztów bezpośredniej robocizny, materiałów i pracy sprzętu oraz kosztów pośrednich i zysku, wyliczoną na jednostkę przedmiarową robót podstawowych. Natomiast zgodnie z §6 ust 2 rozporządzenia obligatoryjnym elementem stawki roboczogodziny pozostają m.in. obligatoryjne obciążenia płac. Wbrew temu, co twierdzi wykonawca A. Bud w złożonych wyjaśnieniach kosztem mogącym być kwalifikowanym jako pośredni są wyłącznie koszty ogólne budowy oraz koszty zarządu. W ramach stawki roboczogodziny, która to jest kosztem bezpośrednim związanym z wykonywaną usługą, należy ująć m.in. obligatoryjne obciążenia płacowe, których to zgodnie z przedłożonymi wyjaśnieniami wykonawca nie uwzględnił. Potwierdzeniem tego stanowiska jest również treść samego art. 90 ust. 1 Pzp, która to bezpośrednio odwołuje się do przepisów o płacy minimalnej, w ramach której ustawodawca przyjął stawkę w wysokości 15,47 zł brutto. Argumentacja wykonawcy, iż stawki wskazane na stronach tytułowych kosztorysów budowlanego, elektrycznego i sanitarnego są stawkami bez kosztów tzw. pozapłacowych jest więc niewiarygodna, a metoda ta jest niezgodna z obowiązującymi przepisami.

Zamawiający ponadto w toku oceny złożonych wyjaśnień nie wziął pod uwagę, że wskazana na 1 stronie kosztorysu budowlanego stawka 14,84 to jedynie pierwsza pozycja spośród wszystkich przyjętych w kosztorysie stawek wymienionych dalej w zestawieniu robocizny (str. 54 kosztorysu budowlanego). Nie można było na podstawie złożonych wyjaśnień przyjąć za prawidłowe stawek wymienionych na str. 54 kosztorysu w wysokości: poz. 3 - 7,62 zł, poz. 6 - 7,22 zł, poz. 10 - 4,81 zł, poz. 16 - 9,62 zł, poz. 22 — 2,41 zł, poz. 24 - 4,81 zł, poz. 25 - 5,94 zł, poz. 27 - 8,2 zł, poz. 28 - 10,83 zł.

Stawki te w sposób rażąco odbiegają od płacy minimalnej zwłaszcza przy konieczności zatrudnienia osób wykonujących roboty budowlane na umowę o pracę, co wynika wprost z s.i.w.z. Nawet gdyby hipotetycznie przyjąć, że koszty pośrednie uwzględniałyby obciążenia płacowe to po doliczeniu 65% do ww. wartości w większości wciąż nie są spełnione wymogi przepisów o płacy minimalnej.

Powyższe wskazuje, że oferta wykonawcy zawiera rażąco niską cenę a wykonawca nie złożył żadnych dowodów czy nawet nie wyjaśnił, dlaczego poziom wynagrodzenia dla niektórych robót jest tak niski. Złożone wraz z pismem zanonimizowane umowy o pracę, jak wskazuje sam wykonawca, są jedynie przykładowe i nie jest wiadome czy w ogóle dotyczą pracowników fizycznych, którzy będą wykonywali przedmiot zamówienia. Biorąc pod uwagę wynagrodzenie określone w tych umowach na poziomie w większości 3000 zł brutto i przeciętną ilość godzin pracy w miesiącu tj. 168 stawka/godzinę brutto wyniosłaby 17,86 zł. Natomiast kwoty wskazywane w tabeli na stronie 4 wyjaśnień są odmienne

- dla kosztorysu budowlanego wykonawca wskazał kwotę wynagrodzenia 4 114,32 zł brutto w stawce godzinowej 24,49 zł,
- dla kosztorysu elektrycznego — wynagrodzenie 4 131,12 ze stawką 24,59 zł,
- dla kosztorysu sanitarnego wynagrodzenie 4 094,16 zł ze stawką 24,37 zł.

Kolejną niespójność polega na tym, że gdyby przyjąć, przykładowo dla kosztorysu budowlanego, że stawka 14,77 zł jest kwotą netto to łączny koszt pracodawcy wynosiłby 20,62 zł, a nie jak wskazuje wykonawca na stronie 4 wyjaśnień 24,49 zł.

Powyższe rozbieżności potwierdzają, iż złożone wyjaśnienia są niewiarygodne, a zamawiający nie powinien był ich uznać.

Ponadto, wobec braku wyjaśnienia i dowodów, co do pozostałych kosztów pracy wskazanych na stronie 54 kosztorysu budowlanego oferta wykonawcy powinna zostać odrzucona. Złożone wyjaśnienia potwierdzają, że cena oferty jest rażąco niska z uwagi na przyjęte stawki roboczogodziny w kwotach niższych niż wynikające z przepisów o płacy minimalnej. Wykonawca oparł wyjaśnienia jedynie na stwierdzeniu, że podane stawki za robociznę nie obejmują kosztów pośrednich, które należy doliczyć, jednak jest to niezgodne z powołanymi przepisami. Wykonawca ponadto nie odniósł się do innych stawek wskazanych w kosztorysie ofertowym.

Jeśli wykonawca nie udzieli wyjaśnień, bądź gdy udzielone wyjaśnienia potwierdzą, że cena lub koszt oferty są rażąco niskie, oferta wykonawcy musi zostać odrzucona. Złożenie wyjaśnień niepopartych dowodami bądź ogólnikowych powinno zostać uznane przez zamawiającego za brak złożenia wyjaśnień (np. wyrok KIO 170/20, KIO 2682/19, wyrok Sądu Okręgowego w Gliwicach sygn. akt X ga 535/16 i in). W orzecznictwie podkreśla się, że wyjaśnienia wykonawcy, udzielone w trybie art 90 ust. 1 ustawy Pzp, nie mogą mieć charakteru ogólnego, nie mogą ograniczać się do zapewnienia, że wykonawca będzie w stanie zrealizować zamówienie za podaną w ofercie cenę. Wykonawca, wezwany do udzielenia wyjaśnień, jest zobowiązany szczegółowo wskazać konkretne, dające się zweryfikować czynniki umożliwiające mu skalkulowanie ceny lub kosztu na niskim poziomie. Ponadto wykonawca winien przedstawić w jakim stopniu dany czynnik wpłynął na obniżenie ceny. Wykonawca wszelkimi dowodami winien wykazywać możliwość realnego i rzetelnego wykonania zamówienia za zaproponowaną cenę. Z kolei zamawiający jest zobligowany przeanalizować i ocenić otrzymane wyjaśnienia, m.in. pod kątem ich wiarygodności. Złożone przez A. Bud wyjaśnienia nie mogły zostać ocenione jako wiarygodne, stąd oferta tego wykonawcy powinna zostać odrzucona.

2. Oferta zawierająca błąd w cenie i oferta niezgodna z ustawą w zakresie wymogów dotyczących płacy minimalnej.

Przez błąd w obliczeniu ceny należy rozumieć przypadek, gdy cena oferty obliczona została w oparciu o nieprawidłowo ustalony przez wykonawcę zakres wymagań określony

w postępowaniu, w szczególności, gdy nie uwzględnia wszystkich elementów cenotwórczych koniecznych do prawidłowego wykonania zamówienia. Zamawiający ustanowił w ramach rozdziału 3.4 s.i.w.z. obowiązek zatrudnienia pracowników wykonujących czynności w ramach zamówienia na podstawie umowy o pracę. Na podstawie rozdziału 20.2 s.i.w.z. przy kalkulowaniu ceny oferty każdy z wykonawców składających ofertę w przedmiotowym postępowaniu zobowiązany był do wzięcia pod uwagę zakresu wymagań zgodnych z obowiązującymi przepisami. Ponadto, w załączniku nr 7 do s.i.w.z., stanowiącym wzór umowy w §4 ust. 1 zamawiający zawarł wymóg, aby wykonawca wykonał i przedłożył w szczególności kosztorys, opracowany metodą kalkulacji szczegółowej, zgodnie z rozporządzeniem Ministra Infrastruktury z 18 maja 2004 r. w sprawie określenia metod i podstaw sporządzania kosztorysu inwestorskiego, obliczania planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno-użytkowym. Zamawiający ponadto ustanowił zasadę, iż kosztorys szczegółowy ma być zgodny co do cen z kosztorysem ofertowym i będzie stanowił podstawę rozliczenia przedmiotu zamówienia oraz dodatkowych robót i robót zamiennych.

Zdaniem odwołującego, bezsprzecznie istniała więc konieczność wyceny zgodnie z ww. rozporządzeniem. Skoro wykonawca nie podał ceny jednostkowej za godzinę pracy z uwzględnieniem kosztów pozapłacowych należy uznać, że jego oferta zawiera błąd i powinna zostać odrzucona. Stosownie do §6 ust. 1 ww. rozporządzenia, godzinowe stawki robocizny kosztorysowej ustalone na podstawie analizy własnej powinny obejmować wszystkie składniki zaliczane do wynagrodzenia oraz koszty pochodne naliczane od wynagrodzeń, a w szczególności płace zasadnicze, premie regulaminowe, płace dodatkowe (dodatki stażowe, inne dodatki regulaminowe), płace uzupełniające (wynagrodzenia za urlopy i inne płatne nieobecności, zasiłki chorobowe, odprawy emerytalne, nagrody jubileuszowe), obligatoryjne obciążenia płac, odpisy na zakładowy fundusz świadczeń socjalnych.

Odwołujący wskazał, iż wykonawca A. Bud stwierdził, że w stawce roboczogodziny przyjętej w poszczególnych kosztorysach ujęto wyłącznie wynagrodzenie pracownika w kwocie netto rozumianej jako wynagrodzenie "na rękę", zaś pozostałe koszty pracy stanowią koszty pośrednie.

Twierdzenia wykonawcy A. Bud są bezpodstawne. Definicja kosztów pośrednich jest zawarta w ust. 2 pkt 4 rozporządzenia i określa koszty pośrednie jako składniki kalkulacyjne wartości kosztorysowej, uwzględniające nieujęte w kosztach bezpośrednich koszty zaliczane zgodnie z odrębnymi przepisami do kosztów uzyskania przychodów, w szczególności koszty ogólne budowy oraz koszty zarządu. Przykładem kosztów pośrednich mogą być m.in. koszty kredytu, najmu biura, usług telekomunikacyjnych - poczta, telefon - natomiast koszty pracy nie należą do kosztów pośrednich i powinny zostać uwzględnione jako koszty bezpośrednie

w określonej przez wykonawcę w kosztorysie ofertowym stawce roboczogodziny, co wynika wprost z przepisów rozporządzenia (podobnie w wyrokach KIO 596/16, KIO 1489/18 i in.).

Niezależnie od przywołanych przepisów powszechnie obowiązującego prawa, zgodnie z podstawowymi zasadami kosztorysowania, koszty bezpośrednie i pośrednie stanowią dwie odrębne grupy kosztów, jak również niedopuszczalne jest zwiększanie kosztów bezpośrednich poprzez koszty pośrednie. Przerzucanie części kosztów pracy do kosztów pośrednich generuje koszty niekontrolowane w ten sposób wykonawca tworzy sobie kompletnie niekontrolowany budżet oraz może próbować przeznaczać część kosztów na cele niezwiązane z pokryciem kosztów pracy w wysokości wynikającej z przepisów o minimalnym wynagrodzeniu za pracę i minimalnej stawce godzinowej. Należy wskazać, że po to są koszty bezpośrednie, żeby koszty pracy były określone w sposób wymierny.

Co więcej, tego typu metodologia wyceny, poza tym, że nie znajduje podstaw prawnych, również wpłynie na trudności w rozliczeniu powykonawczym, które w tym postępowaniu ma zastosowanie. Skoro bowiem stawka roboczogodziny nie obejmuje kosztów pozapłacowych, zwanych przez ww. rozporządzenie obligatoryjnymi obciążeniami płac, to ustalenie ostatecznej stawki godzinowej dla poszczególnych robót w trakcie realizacji będzie za każdym razem podlegało dodatkowym wyliczeniom. Nie taka jest idea sporządzania kosztorysu. Służy on bowiem wskazaniu konkretnych kwot, dla poszczególnych czynności, które następnie wprost będą podstawą rozliczenia. W rezultacie wykonawca A. Bud na etapie realizacji umowy nie rozliczy robocizny z zamawiającym nie naruszając ustawy, a zamawiający będzie płacił wykonawcy wynagrodzenie niezgodnie z jej przepisami.

W przedmiotowej sprawie błąd w obliczeniu przez A. Bud ceny polega również na nieuwzględnieniu przepisów dotyczących wysokości minimalnego wynagrodzenia oraz regulacji wynikających z przepisów ustawy Pzp w tym zakresie.

Ponadto, konieczność uwzględnienia w cenie płacy minimalnej wynika bezpośrednio z przepisu ustawy Pzp. Zgodnie z art. 90 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp zamawiający wzywa do złożenia wyjaśnień w szczególności, gdy zaoferowana cena budzi wątpliwości co do kosztów pracy, których wartość nie może być niższa niż od minimalnego wynagrodzenia za pracę. Przepis ten określa więc jasną dyrektywę co do wysokości kosztów pracy, a jej naruszenie stanowi o niezgodności oferty z ustawą Pzp. Jak wskazywano powyżej, w roku 2020 płaca minimalna wynosi 2600 zł i 15,47 zł/godzinę. Tymczasem, jak wynika z kosztorysu ofertowego wykonawca A. Bud nie uwzględnił w cenie swojej oferty płacy minimalnej, bowiem przyjął do kalkulacji ceny oferty stawki roboczogodziny na poziomie dużo niższym aniżeli wynikające z rozporządzenia, co wskazywano powyżej.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o odrzucenie odwołania, a w przypadku niepotwierdzenia się wniosku o odrzucenie odwołania, oddalenie odwołania w całości.

Do postępowania odwoławczego – po stronie zamawiającego, skuteczne przystąpienie zgłosił wykonawca A. Bud sp. z o.o., który złożył pismo procesowe, w którym wniósł o oddalenie odwołania.

Odwołujący złożył pismo procesowe wraz z wnioskami dowodowymi.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 189 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, oraz uczestnika postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzuty odwołującego są bezzasadne.

Krajowa Izba Odwoławcza w pełni podziela stanowiska prezentowane przez zamawiającego oraz przystępującego, wskazując ponadto, co następuje.

Stwierdzić należało, iż *de facto* wszystkie zarzuty postawione w odwołaniu sprowadzały się do jednej okoliczności faktycznej, związanej z przedstawieniem przez przystępującego, wyceny stawki roboczogodziny, która w ocenie odwołującego nie odpowiadała przepisom rozporządzenia Ministra Infrastruktury z 18 maja 2004 r. w sprawie określenia metod i podstaw sporządzania kosztorysu inwestorskiego, obliczania planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno-użytkowym oraz rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 10 września 2019 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej

stawki godzinowej w 2020 r., które to naruszenie wypełniało przesłanki do odrzucenia oferty przystępującego na podstawie przepisów art. 89 ust. 1 pkt 1 oraz pkt 6 ustawy Pzp, a wyjaśnienia złożone przez przystępującego winny dawać podstawę do odrzucenia oferty na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.

Z takim stanowiskiem odwołującego nie sposób się zgodzić.

Punktem wyjścia do takiego stanowiska muszą być postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia, które w ramach przedmiotowego postępowania, postawił zamawiający.

Wskazać należy, iż zamawiający w treści s.i.w.z. podał, że do oferty należy dołączyć kosztorys ofertowy sporządzony metodą uproszczoną (pkt 19.8 ppkt 4). Już tylko ta okoliczność daje podstawy do twierdzenia, że wszelkie informacje składane wraz z ofertą, stanowiące informacje nadmiarowe, niewymagane przez zamawiającego, nie mogły podlegać ocenie, pod kątem prawidłowości złożonej oferty. Kosztorys ofertowy sporządzany metodą uproszczoną, to inaczej kalkulacja uproszczona, która polega na obliczeniu wartości kosztorysowej robót jako sumy iloczynów liczby jednostek przedmiarowych robót i ich cen jednostkowych, a następnie doliczeniu VAT. Tym samym wszelkie dodatkowe informacje załączone do tego typu kosztorysu, muszą być zakwalifikowane, jako materiał pomocniczy służący jedynie wyliczeniu cen jednostkowych.

Szczegółowe informacje w zakresie sposobu opracowania kosztorysu ofertowego metodą kalkulacji uproszczonej, zamawiający sprecyzował w pkt 20.4 s.i.w.z. (Założenia do opracowania kosztorysu ofertowego).

Jednocześnie zamawiający w projekcie umowy, która stanowiła dokumentację postępowania podał, iż wykonawca zobowiązany będzie do wykonania i przedłożenia zamawiającemu, w terminie 10 dni od daty podpisania umowy, m.in. kosztorysu, opracowanego metodą kalkulacji szczegółowej, zgodnie z rozporządzeniem Ministra Infrastruktury z 18 maja 2004 r. w sprawie określenia metod i podstaw sporządzania kosztorysu inwestorskiego, obliczania planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno-użytkowym (Dz.U 2004, nr 130, poz. 1389) (§4 wzoru umowy). Jednakże podkreślić należy, że postanowienia powyższe dotyczyły etapu postępowania – po wyborze oferty najkorzystniejszej – przed podpisaniem umowy. Ponadto zamawiający wskazał, że wyliczone w tych kosztorysach ceny poszczególnych elementów, jak również cena całkowita musi być zgodna z cenami przedstawionymi w ofercie przetargowej.

Powyższe oznaczają, że ceny jednostkowe za poszczególne jednostki przedmiarowe, muszą być przeniesione z kosztorysu ofertowego (kalkulacja uproszczona), do kosztorysu stanowiącego załącznik do umowy (kalkulacja szczegółowa). W żadnym miejscu specyfikacji istotnych warunków zamówienia zamawiający nie wymagał przedstawienia przez

wykonawców, cen za 1 roboczogodzinę, stawiając jedynie wymóg, że z uwagi na fakt, iż czynności w zakresie realizacji niniejszego zamówienia polegają na wykonywaniu pracy w sposób określony w art. 22 §1 ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r - Kodeks pracy (Dz. U z 2019 r poz. 1040 z późn. zm.) zamawiający na podstawie art. 29 ust. 3a ustawy pzp wymaga zatrudnienia na podstawie umowy o pracę przez wykonawcę lub podwykonawcę osób wykonujących czynności bezpośrednio związane z wykonaniem robót budowlanych opisanych przedmiotem zamówienia tj. tzw. pracowników fizycznych. Wymóg nie dotyczy więc, między innymi osób: kierujących budową, wykonujących obsługę geodezyjną, dostawców materiałów budowlanych oraz innych osób, w stosunku do których Wykonawca wykaże, że czynności przez nich realizowane nie polegają na wykonywaniu pracy w sposób określony w art. 22 §1 ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. Kodeks pracy (pkt 3.4.1 s.i.w.z.).

Jak zatem wynika z powyższego, na etapie składania ofert, wykonawcy nie mieli obowiązku informowania zamawiającego o stawkach za 1 roboczogodzinę pracy tzw. pracowników fizycznych, ale mieli obowiązek ujęcia kosztów ich pracy w zakresie przedmiarów robót oraz podania cen jednostkowych za poszczególne pozycje przedmiarowe. I tak też to przystępujący uczynił.

Izba zwraca uwagę, iż rozporządzenie Ministra Infrastruktury z dnia 18 maja 2004 r. w sprawie określenia metod i podstaw sporządzania kosztorysu inwestorskiego, obliczania planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno-użytkowym (Dz. U. 130 poz. 1389), zostało wydane na podstawie ustawowego upoważnienia z art. 33 ust. 3 ustawy Pzp. Jest ono adresowane tylko i wyłącznie do zamawiających na potrzeby określenia wartości zamówienia na roboty budowlane. Nie ma ono żadnego odniesienia do wykonawców składających oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Ww. rozporządzenie nie definiuje pojęcia kosztów bezpośrednich lecz jedynie kosztów pośrednich. §1 ust. 2 pkt 4 tego rozporządzenia stanowi: *„kosztach pośrednich - należy przez to rozumieć składnik kalkulacyjny wartości kosztorysowej, uwzględniający nieujęte w kosztach bezpośrednich koszty zaliczane zgodnie z odrębnymi przepisami do kosztów uzyskania przychodów, w szczególności koszty ogólne budowy oraz koszty zarządu”*.

Zdaniem Izby, z powyższego wynika, że żaden przepis prawa nie wskazuje, że do kosztów bezpośrednich należy zaliczyć kwotę minimalnego wynagrodzenia za prace, określanego według przepisów ustawy o minimalnym wynagrodzeniu w kwocie netto/brutto/kosztów pracodawcy. Nadto przepisy rozporządzenia pośrednio wskazują jedynie na przykładowe wyliczenie jakimi są koszty ogólne budowy oraz koszty zarządu i nie stanowią zamkniętego katalogu tych kosztów. W konsekwencji nie ma przeszkód, aby do kosztów bezpośrednich zaliczyć stawki netto pracownika zaś do kosztów pośrednich wartości z tytułu ubezpieczeń społecznych, podatków, nagród, premii, kosztów budowy, itp.

Odnosząc się do zarzutów dotyczących zaniechania odrzucenia oferty przystępującego na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, Izba stwierdziła, co następuje.

Przystępujący w kosztorysie stanowiącym załącznik do oferty, mimo braku takiego obowiązku, podał konkretne stawki roboczogodziny.

Zamawiający, pismem z dnia 5 maja 2020 roku, wezwał przystępującego, na podstawie przepisu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, do złożenia wyjaśnień, w tym przedłożenia dowodów dotyczących wyliczenia ceny oferty w zakresie ujętych w niej kosztów pracy. Zamawiający wskazał, iż przyjęte przez przystępującego stawki (w zakresie robót sanitarnych, elektrycznych i budowlanych) wydają się rażąco niskie i budzą wątpliwości, co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiem zamawiającego dotyczącym minimalnego wynagrodzenia za pracę.

Pismem z dnia 11 maja 2020 roku, przystępujący udzielił wyjaśnień zamawiającemu oraz w ramach dowodów przedłożył przykładowe scany umów o pracę.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej, wyjaśnienia złożone przez przystępującego wprost korespondują z wątpliwościami zamawiającego przedstawionymi w wezwaniu z dnia 5 maja 2020 roku. W szczególności wskazać należy, iż przystępujący w sposób bezpośredni wyjaśnił, w jaki sposób skalkulował cenę ofertową oraz jakie czynniki uprawniały go do zaoferowania konkretnych stawek roboczogodziny w poszczególnych branżach. Przystępujący w ujęciu tabelarycznym dokonał rozbicia ceny w odniesieniu do każdego elementu kosztotwórczego oraz wyjaśnił, że dodatkowo uwzględnił ryzyko ewentualnego zwiększenia tych kosztów. Zdaniem Izby, oferta przystępującego nie zawiera rażąco niskiej ceny (art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp), a wyjaśnienia przystępującego wraz ze złożonymi dowodami nie dają podstaw do stwierdzenia okoliczności skutkujących odrzuceniem oferty na podstawie przepisu art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.

Tym samym stwierdzić należało, że żadna ze stawek, która była przedmiotem wezwania zamawiającego i jednocześnie wyjaśnień przystępującego, nie była skalkulowana poniżej wysokości wynikającej z rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 10 września 2019 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2020 r., co oznacza, że oferta przystępującego nie jest obciążona błędem w obliczeniu ceny (art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp), nie jest również niezgodna z ustawą (art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp).

Odwołujący wniósł o przeprowadzenie dowodów:

- 1) Dowód nr 1a, 1b, 1c - wydruki z kalkulatora wynagrodzeń,
- 2) Dowód nr 2 - wyciąg z informacji o stawkach robocizny kosztorysowej oraz cenach pracy sprzętu budowlanego IRS za I kwartał 2020 r. (SEKOCENBUD zeszyt 4/2020 (1922)),

- 3) Dowód nr 3 - opinia Stowarzyszenia Kosztorysantów Budowlanych,
- 4) Dowód nr 4 - wyciąg z Polskich standardów kosztorysowania robót budowlanych opracowanych przez Stowarzyszenie Kosztorysantów Budowlanych (wydanie II z 2017 r.),
- 5) Dowód nr 5 - wyciąg z Poradnika Kosztorysowanie obiektów i robót budowlanych (wyd. Polcen, Warszawa 2010 r.),

na okoliczność wykazania, że cena oferty przystępującego jest rażąco niska w związku z zaniżonymi i nierynkowymi stawkami robocizny oraz wykazania, że zaliczenie przez przystępującego obowiązkowych obciążeń płac do kosztów pośrednich stanowi błąd w cenie, oraz że twierdzenia przystępującego zostały powołane jedynie na potrzeby wyjaśnienia rażąco niskiej ceny i są niewiarygodne, gdyż wszystkie stosowane w praktyce metodologie obliczania stawki roboczogodziny przewidują, iż obciążenia płac powinny być w tej stawce zawarte, oraz że należy odróżnić koszty bezpośrednie poszczególnych robót wymienionych w kosztorysie, do których należą wynagrodzenia pracowników wraz z obowiązkowymi obciążeniami od kosztów pośrednich, które są kosztami związanymi z budową jednak niemożliwymi do przypisania danej konkretnej pozycji kosztorysu. Są one wyliczane wskaźnikowo i obejmują koszty ogólne budowy i koszty zarządu.

Izba przyjęła ww. dokumenty złożone przez odwołującego, uznając iż stanowią one jedynie stanowisko strony i tak też zostały zakwalifikowane. Nadto wskazać należy, iż z treści tych dokumentów wynikają jedynie okoliczności, które zostały w nich potwierdzone. Kalkulatory przedstawiają sposób wyliczenia określonych wynagrodzeń, cennik Sekocenbud prezentuje stawki, które nie są obowiązujące dla wykonawców, a jedynie wskazują średni poziom cen, opinia i wyciągi z publikacji prezentują stanowiska osób je sporządzających. Tym samym uznać należało, że złożone dokumenty są bez znaczenia dla sprawy.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. 2018, poz. 972), uwzględniając koszty poniesione przez odwołującego związane z wpisem od odwołania.

Przewodniczący: