

WYROK

z dnia 28 listopada 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk

Protokolant: Marta Słoma

po rozpoznaniu w Warszawie na rozprawie w dniu 23 listopada 2018 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 31 października 2018 r. przez odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Konsorcjum: **RPM S.A. (ul. Niegolewskich 7, 42-700 Lubliniec)(Lider)**, **RPM Hydrotechnika Sp. z o.o. (ul. Niegolewskich 7, 42-700 Lubliniec)** (Partner) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego - **Państwowe Gospodarstwo Wodne Wody Polskie, ul. Grzybowska 80 lok. 82, 00-844 Warszawa** (Regionalny Zarząd Gospodarki Wodnej w Poznaniu),

przy udziale wykonawcy: **A.J. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Handlowo-Usługowy A.J., Bobowicko, ul. Kasztanowa 13, 66-300 Międzyrzecz** -zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1.Oddala odwołanie;

2.Kosztami postępowania obciąża odwołującego: wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Konsorcjum: **RPM S.A. (ul. Niegolewskich 7, 42-700 Lubliniec)**, **RPM Hydrotechnika Sp. z o.o. (ul. Niegolewskich 7, 42-700 Lubliniec)** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10.000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych i zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r., poz. 1986) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Warszawie**.

Przewodniczący:

Sygn. akt KIO 2250/18

Uzasadnienie

Odwołanie zostało wniesione w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1986), [ustawa Pzp], którego przedmiotem jest: „Przebudowa, nadbudowa i rozbudowa wałów przeciwpowodziowych kanału Kucelinka o długości 13,68 km na terenie miasta Częstochowy, woj. Śląskie, Etap 1 — odcinek wału P-I dł. 95m, km 0+000 + 0+095 oraz odcinek wału L-I dł. 253m, km 0+000 + 0+253”. Wszczęcie postępowania nastąpiło poprzez opublikowanie Ogłoszenia o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 619672-N2018, w dniu 21.09.2018 r. Wnoszący odwołanie - wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Konsorcjum: RPM S.A. z siedzibą w Lublińcu(Lider), RPM Hydrotechnika Sp. z o.o. z siedzibą w Lublińcu (Partner) stwierdził, że posiada interes w skorzystaniu ze środków ochrony prawnej z uwagi na to, że Państwowe Gospodarstwo Wodne Wody Polskie Regionalny Zarząd Gospodarki Wodnej w Poznaniu jako Zamawiający dokonał wyboru oferty wykonawcy Zakład Handlowo - Usługowy A.J. (ul. Kasztanowo 13, 66-300 Międzyrzecz, dalej jako „ZHU A.J.” lub „wykonawca J.”) jako najkorzystniejszej wadliwie, z naruszeniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych. Wskazał, że wadliwość wyboru oferty w postępowaniu wynikała z okoliczności, że Zamawiający wezwał wykonawcę ZHU A.J. do uzupełnienia czynników cenotwórczych stanowiących treść oferty — które zgodnie z SIWZ miały zostać wskazane w Kosztorysie ofertowym uproszczonym stanowiącym treść oferty - w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, który to przepis dotyczy dokumentów podmiotowych i przedmiotowych, lecz nie składających się na treść oferty. Ponadto wadliwość wyboru oferty w postępowaniu wynikała z okoliczności, że Zamawiający zaniechał odrzucenia oferty ZHU A.J., mimo że pozostawała ona w sprzeczności z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia polegającej na tym, że w ofercie — w Kosztorysie ofertowym uproszczonym stanowiącym treść oferty - nie podano wymaganych czynników cenotwórczych. Niezależnie od powyższego Zamawiający dokonał błędnej oceny wyjaśnień wykonawcy J.. Zamawiający uznał wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny za wystarczające i zaniechał odrzucenia oferty wykonawcy, mimo że z treści wyjaśnień wynikało, że jego oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia z uwagi na

przyjęcie do ustalenia ceny oferty kosztów pracy na poziomie niższym od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 10.10.2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz.U. z 2017 r. poz. 847), dalej jako „ustawa o minimalnym wynagrodzeniu. Dodatkowo Zamawiający zaniechał odrzucenia oferty wykonawcy J., mimo że z treści wyjaśnień z dnia 15.10.2018 r. wynikało, że - z uwagi na zaoferowanie stawki roboczogodziny na poziomie niższym niż wartość minimalnego wynagrodzenia za pracę określonego na podstawie przepisów wspomnianej ustawy - jego oferta pozostaje w sprzeczności z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych (art. 90 ust. 1 pkt 1 Pzp), treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (pkt. 22.4.7 SIWZ) oraz zawiera błąd w obliczeniu ceny. Gdyby Zamawiający rzetelnie przeprowadził proces badania i oceny oferty wykonawcy ZHU A.J., odrzuciłby jego ofertę. W takiej sytuacji to Odwołujący uzyskałby zamówienie, bowiem jego oferta nie podlegała odrzuceniu a w postępowaniu nie złożono innych ofert.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 26 ust. 3 Pzp z uwagi na wezwanie wykonawcy ZHU A.J. na tej podstawie do „wyjaśnienia/uzupełnienia” oferty w zakresie czynników cenotwórczych, które zgodnie z SIWZ miały zostać wskazane w Kosztorysie ofertowym uproszczonym stanowiącym treść oferty, podczas gdy w trybie przedmiotowego przepisu nie jest dopuszczalne wzywanie do wyjaśnienia czy uzupełnienia treści oferty;
2. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp z uwagi na zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy ZHU A.J., mimo że treść jego oferty pozostawała w sprzeczności z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w zakresie w jakim nie określono w ofercie Kosztorysie ofertowym uproszczonym stanowiącym treść oferty wymaganych w pkt 22,4 ppkt 2 SIWZ czynników cenotwórczych;
3. art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp z uwagi na zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy J., mimo że jego oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, co znalazło potwierdzenie w uzupełnionym przez wykonawcę J. kosztorysie ofertowym ze wskazaniem stawki roboczogodziny w wysokości 13,20 zł, jak również złożonych przez ten podmiot wyjaśnieniach z dnia 15.10.2018 r., z których wynika że wykonawca J. przyjął do ustalenia ceny swojej oferty koszty pracy na poziomie niższym od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie właściwych przepisów;
4. art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp z uwagi na zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy J. mimo, że jego oferta jest niezgodna z ustawą Prawo zamówień publicznych, tj. art. 90 ust. 1 pkt 1 Pzp z uwagi na zaoferowanie przez wykonawcę J. stawki roboczogodziny, której wartość jest niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie właściwych przepisów;
5. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp z uwagi na zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy J., mimo że jego oferta jest niezgodna z treścią SIWZ, tj. pkt. 22.4.7 SIWZ z uwagi na zaoferowanie stawki roboczogodziny na poziomie niższym od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie właściwych przepisów;
6. art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp z uwagi na zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy J., mimo że zawiera ona błąd w obliczeniu ceny polegający na zaoferowaniu stawki roboczogodziny, której wartość jest niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie właściwych przepisów;
7. art. 7 ust. 1 Pzp z uwagi na naruszenie zasady równego traktowania wykonawców polegające na równym potraktowaniu Odwołującego — którego oferta była w pełni zgodna z treścią SIWZ — z wykonawcą J. — którego ofertę Zamawiający bezpodstawnie uzupełniał, jak również zaniechał jej odrzucenia pomimo przyjęcia w tej ofercie kosztów pracy na poziomie niższym od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie właściwych przepisów;
8. ewentualnie innych przepisów wynikających bezpośrednio i pośrednio z uzasadnienia.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu: (1) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej; (2) powtórzenie czynności oceny i badania ofert; (3) odrzucenia oferty wykonawcy ZHU A.J.; wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu zarzutów wskazał, co następuje:

1. Przedmiotem zamówienia są roboty budowlane. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego a wartość przedmiotu zamówienia nie przekracza równowartości kwot, o których mowa w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.
2. Zamawiający zawarł w SIWZ szereg postanowień, z których wynikało, że treścią oferty wykonawcy są czynniki cenotwórcze, które miały zostać określone zgodnie z wymaganiem Zamawiającego w Kosztorysie ofertowym uproszczonym, również stanowiącym treść oferty. Wskazał na następujące postanowienia siwz:
 - Pkt 11.1 ppkt 8 siwz: Na ofertę składają się następujące dokumenty / załączniki: 8) Kosztorys ofertowy uproszczony.
 - Pkt 17.22 siwz: Zawartość oferty opisano w pkt. 11.1 mniejszego SIWZ.
 - Pkt 22.4 ppkt 1, 2 i 7 siwz:

Kosztorys ofertowy powinien uwzględniać wymagania określone w części II niniejszej SIWZ „Opis przedmiotu zamówienia” oraz wymagania dokumentacji projektowej stanowiącej załączniki do niniejszej SIWZ.

1) Wykonawca określi ceny na wszystkie elementy zamówienia wymienione w „Przedmiarach robót”, na podstawie których sporządzi kosztorysy ofertowe uproszczone, które stanowią załączniki do oferty, według następujących zasad:
— wszystkie pozycje muszą zawierać cenę jednostkową (bez podatku VA T) z narzutami oraz wartość pozycji z narzutami (netto),

- cena jednostkowa (netto), każdej pozycji kosztorysu "fenowego musi obejmować wszystkie koszty realizacji poszczególnych prac zgodnie z dokumentacją techniczną sztuką budowlaną.

2) Wykonawca zobowiązany jest wskazać w kosztorysach ofertowych wysokość czynników cenotwórczych jakie zastosował przy obliczaniu wartości kosztorysu (stawka roboczogodziny, koszty pośrednie w %, zysk w %.

(...)

7) Wartość kosztów pracy (w kosztorysie ofertowym przyjęta do ustalenia ceny oferty) nie może być niższa od minimalnego "nagrodzenia za pracę minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2017 r. poz. 847).

Wskazał ponadto, że istotne znaczenie co do kwalifikacji czynników cenotwórczych zawartych w Kosztorysie ofertowym uproszczonym jako treści oferty mają postanowienia załącznika do SIWZ pn. „Cześć II - Wzór umowy w sprawie zamówienia publicznego”, gdzie określono sposób ustalania ostatecznej wysokości wynagrodzenia przysługującego wykonawcy tj. na podstawie czynników cenotwórczych określonych w Kosztorysie ofertowym uproszczonym:

„§ 3. Wynagrodzenie i zapłata wynagrodzenia

1. Wynagrodzenie Wykonawcy za wykonanie przedmiotu Umowy określa się na kwotę netto:.... . zł, plus podatek VAT.....% w wysokościzł, co daje kwotę brutto:

2. określona w ust 1, wynika z kosztorysu ofertowego, sporządzonego w oparciu o następujące czynniki cenotwórcze: - stawka roboczo godziny R zł/r-g - (R + S) % - zysk (R + S + KP)

3. Ostateczne wynagrodzenie Wykonawcy zostanie ustalone kosztorysem powykonawczym, sporządzonym w oparciu o faktycznie wykonany zakres robót i czynniki cenotwórcze określone w ust. 2”.

3. W postępowaniu oferty złożyli wykonawca ZHU A.J. oraz Odwołujący, przy czym treść oferty wykonawcy ZHU A.J. nie odpowiadała treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia — wykonawca ZHU A.J., wbrew dyspozycji pkt 22.4 ppkt 2 SIWZ, nie zawarł w treści oferty - w złożonym przez siebie Kosztorysie ofertowym uproszczonym - czynników cenotwórczych zastosowanych przy obliczaniu wartości kosztorysu.

4. Pismem z dnia 10.10.2018 r. Zamawiający wezwał wykonawcę ZHU A.J. - w trybie art. 26 ust. 3 PZP - do „złożenia wyjaśnień/uzupełnień oferty W wezwaniu Zamawiający powołał treść pkt 22.4 ppkt 2 SIWZ oraz wskazał, że w złożonej przez ZHU A.J. ofercie (tj. w Kosztorysie ofertowym uproszczonym) nie wskazano określonych w tym postanowieniu czynników cenotwórczych.

5. Wykonawca ZHU A.J. pismem z dnia 11.10.2018 r. uzupełnił ofertę. W treści wykonawca wskazał, że dokonuje „uzupełnienia oferty o wskazanie wysokości czynników cenotwórczych, jakie zostały zastosowane przy obliczaniu wartości kosztorysu ofertowego”. Wykonawca ZHU A.J. załączył do pisma uzupełnienie czynników cenotwórczych jako elementu Kosztorysu ofertowego uproszczonego.

6. Następnie pismem z dnia 12.10.2018 r. Zamawiający wezwał wykonawcę ZHU A.J., w trybie art. 87 ust. 1 Pzp, do złożenia wyjaśnień treści oferty. Zamawiający wskazał, że prosi o wyjaśnienie zastosowania w kosztorysach ofertowych stawki roboczogodziny w wysokości 13,20 zł. Zamawiający przytoczył pkt 22.4 ppkt 7 SIWZ, gdzie wskazano, iż wartość kosztów przyjęta do ustalenia ceny oferty nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej ustalonych na podstawie przepisów ustawy o minimalnym "nagrodzeniu za pracę.

7. Dnia 15.10.2018 r. wykonawca ZHU A.J. wyjaśnił, że zastosowana przez niego stawka 13,20 zł nie jest niższa od minimalnej stawki godzinowej ustalonej na podstawie przepisów wspomnianej ustawy. Wykonawca przedstawił wyliczenia. Wskazał, że przyjęta przez niego stawka jest 0,70 zł/r-g wyższa od minimalnej stawki za godzinę pracy wynikającej z przepisów prawa. Jednocześnie wskazał, że koszty zatrudnienia pracownika w łącznej wysokości 2,55 zł /r-b zostały przez niego ujęte w kosztach pośrednich. Do wyjaśnień wykonawca załączył Listę płac za miesiąc wrzesień 2018 r.

8. Następnie dnia 26.10.2018 r. Zamawiający poinformował o wyborze oferty wykonawcy ZHU A.J. jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu.

I. W uzasadnieniu zarzutu naruszenia art. 26 ust.3 ustawy Pzp wskazał, co następuje:

Wezwanie wykonawcy ZHU A.J. na podstawie art. 26 ust.3 Pzp do „wyjaśnienia/uzupełnienia” oferty w zakresie czynników cenotwórczych, które zgodnie z SIWZ miały zostać wskazane w Kosztorysie ofertowym uproszczonym stanowiącym treść oferty, nie jest dopuszczalne. Z treści postanowień SIWZ (pkt 11.1 w zw. z pkt 17.22, 3 Wzoru umowy) jednoznacznie wynika, że cenniki cenotwórcze które miały zgodnie z SIWZ zostać określone w Kosztorysie ofertowym uproszczonym - stanowiły treść oferty. W Kosztorysie ofertowym uproszczonym wykonawca ZHU A.J. określił: „w wyniku uzupełnienia oferty - informacje o warunkach realizacji przyszłej umowy, które będą miały zgodnie z S

3 ust. 2 i 3 Wzoru umowy wpływ na ostateczną wysokość jego wynagrodzenia (czynniki cenotwórcze: stawka roboczogodziny, koszty pośrednie, zysk) oraz informacje mające znaczenie dla oceny oferty w kryteriach oceny ofert (podana w Kosztorysie ofertowym uproszczonym cena oferty 1 613 310,03 zł)". W konsekwencji czynniki cenotwórcze, stanowiące treść oferty, jak i sam Kosztorys ofertowy, będący elementem oferty, nie mogły być „wyjaśnione/uzupełnione” w trybie art. 26 ust. 3 Pzp. Zakresem tego przepisu objęte są dokumenty podmiotowe lub przedmiotowe, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp, lecz nie treść oferty. W szczególności zaakcentować należy, że kosztorys ofertowy ani zawarte w nim informacje nie mogą stanowić „innego dokumentu niezbędnego do przeprowadzenia postępowania”, o którym mowa w art. 26 ust. 3 Pzp. Pojęcie to należy odczytywać przez pryzmat art. 25 Pzp, gdzie mowa jest właśnie o „dokumentach niezbędnych do przeprowadzenia postępowania” oraz przepisów rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26.07.2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Wskazać należy, że w przepisach tych nie wymieniono w ogóle kosztorysu ofertowego a jednocześnie określony tam katalog ma charakter zamknięty. Zdaniem Odwołującego zaprezentowane stanowisko Odwołującego znajduje potwierdzenie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej oraz wynikach kontroli Urzędu Zamówień Publicznych (wyrok KIO 1509/16). W konkluzji podkreślił, że Zamawiający nie mógł w trybie art. 26 ust. 3 Pzp wezwać wykonawcy ZHU A.J. do „uzupełnienia/wyjaśnienia” oferty w zakresie czynników cenotwórczych, które zgodnie z SIWZ miały zostać podane w Kosztorysie ofertowym. Czynnością tą Zamawiający dopuścił się naruszenia przedmiotowego przepisu ustawy Pzp i miało to wpływ na wynik postępowania, gdyż oferta bez kosztorysu o treści wymaganej Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia w konsekwencji podlegała odrzuceniu.

II. W uzasadnieniu zarzutu naruszenia art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp - zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy ZHU A.J., której treść pozostawała w sprzeczności z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w zakresie w jakim nie określono w ofercie — Kosztorysie ofertowym uproszczonym stanowiącym treść oferty - wymaganych w pkt 22.4 ppkt 2 SIWZ czynników cenotwórczych wskazał, co następuje:

Czynniki cenotwórcze, które miały zostać podane w Kosztorysie ofertowym uproszczonym zakwalifikowane zostały przez Zamawiającego jako treść oferty. Ponadto — sam kosztorys ofertowy stanowił treść oferty, co wynika postanowień z SIWZ (pkt 11.1 w zw. z pkt 17.22) oraz 3 Wzoru umowy. W konsekwencji treść Kosztorysu ofertowego uproszczonego składanego przez wykonawców musiała bezwzględnie odpowiadać wymogom co do treści tego dokumentu jakie w SIWZ postawił Zamawiający. Jednym z wymogów określonych przez Zamawiającego było podanie w Kosztorysie ofertowym uproszczonym czynników cenotwórczych - stawki roboczogodziny, kosztów pośrednich w 0/0, zysku w 0/0. Wymóg taki wynikał z pkt 22. 4 ppkt 2 SIWZ: „Kosztorys ofertowy powinien uwzględniać wymagania określone w części II niniejszej SIWZ „Opis przedmiotu zamówienia” oraz wymagania dokumentacji projektowej stanowiącej załączniki do niniejszej siwz.

2) Wykonawca zobowiązany jest wskazać w kosztorysach ofertowych wysokość czynników cenotwórczych jakie przy obliczaniu wartości kosztorysu (stawka roboczogodziny, koszty pośrednie w %, zysk w %).

Tymczasem oferta złożona przez wykonawcę ZHU A.J. - Kosztorys ofertowy uproszczony - owych czynników cenotwórczych nie zawierała. Elementy te zostały dodane do oferty - Kosztorysu ofertowego uproszczonego - przez wykonawcę A.J. dopiero w ramach „uzupełnienia” z dnia 11.10.2018 r. Czynność ta jednak nie mogła być skuteczna - z przyczyn podanych w uzasadnieniu do zarzutu I odwołania.

Wskazał na orzecznictwo KIO (wyrok KIO 403/18) podnosząc, że: „Kosztorys ofertowy stanowi treść oferty i zawiera elementy przedmiotowo istotne - essentialia negotii - to jest ceny jednostkowe i szczegółowy opis przedmiotu zamówienia z określeniem zaoferowanego asortymentu produktu. Interpretując przedłożony przez odwołującego formularz kosztorysu w świetle wymogów zakreślonych w SIWZ oraz kosztorysowego sposobu obliczenia ostatecznej wysokości wynagrodzenia wykonawcy, należy przypisać mu walor merytorycznej treści oferty. Brak zaoferowania wykonania ww. pozycji przesądza o niezgodności oferty z treścią SWZ i uniemożliwia dokonanie rozliczeń zgodnie z postanowieniami załączonego do SIWZ wzoru umowy”. W konsekwencji Zamawiający powinien był odrzucić ofertę Wykonawcy ZHU A.J. z uwagi na niezgodności treści tej oferty z treścią SIWZ. Zaniechanie odrzucenia oferty tego wykonawcy stanowiło naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

III. W uzasadnieniu zarzutu naruszenia art. 89 ust.1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp - zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy J., która zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, co znalazło potwierdzenie w uzupełnionym przez wykonawcę J. kosztorysie ofertowym ze wskazaniem stawki roboczogodziny w wysokości 13,20 zł, jak również złożonych przez ten podmiot wyjaśnieniach z dnia 15.10.2018 r., stwierdził, co następuje:

1) Wykonawca J. przyjął do ustalenia ceny swojej oferty koszty pracy na poziomie niższym od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie właściwych przepisów. Zamawiający błędnie uznał, że wyjaśnienia wykonawcy J. — dotyczące istotnej części składowej ceny tj. kosztów potwierdzają, że cena oferty wykonawcy została skalkulowana w sposób prawidłowy, z uwzględnieniem obowiązujących przepisów prawa i umożliwiającą Zamawiającemu rozliczenie wynagrodzenia wykonawcy na etapie realizacji zamówienia. Szczególnie w przypadku robót

budowlanych niezwykle istotnym elementem realizacji zamówienia jest czynnik ludzki, stąd w kalkulacji ceny oferty niezwykle ważną rolę odgrywa prawidłowe przyjęcie kosztów pracy, których wysokość nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2017 r. poz. 847 oraz z 2018 r. poz. 650). W przypadku wykonawcy J. złożone przez niego wyjaśnienia w sprawie istotnej części składowej ceny nie potwierdziły, iż przyjął on do kalkulacji ceny oferty koszty pracy odpowiadające minimalnemu wynagrodzeniu za pracę oraz, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia. W złożonych wyjaśnieniach wykonawca J. wskazał, że określona w wyniku uzupełnienia oferty stawka roboczogodziny 13,20 zł jest wyższa od minimalnej stawki za godzinę pracy wynikającej z przepisów prawa, zgodnie z obliczeniem: 2100 zł brutto/mies./ 168 r-g — 12,50 zł brutto/r-g. Jednakże powyższe wyliczenie dotyczy jedynie składników netto i brutto wynagrodzenia pracownika, natomiast pomija pozapłacowe koszty pracy, które wykonawca J., jako pracodawca, ma obowiązek odprowadzić do wynagrodzenia brutto pracownika zatrudnionego na umowie o pracę, w tym składek na ubezpieczenia społeczne, Fundusz Pracy i Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych. Wykonawca J. w dalszej części wyjaśnień wskazał co prawda na wysokość kosztów pracowniczych, która przy wynagrodzeniu 2100 zł brutto/mies. wynosi łącznie 2,55 zł/r-b, jednak równocześnie stwierdził, że powyższe koszty zostały uwzględnione w kosztach pośrednich realizacji zamówienia. Powyższe jego zdaniem stanowi o niezetelności wyjaśnień w sprawie kalkulacji ceny wykonawcy J. i nieuwzględnieniu w cenie oferty kosztów pracy w minimalnej wysokości wynikającej z przepisów prawa. Określona przez wykonawcę J. stawka roboczogodziny w wysokości 13,20 zł jest bowiem niższa od minimalnych kosztów pracy dla jednej roboczogodziny, która wynosi 15,05 zł brutto / r-g (12,50 zł + 2,55 zł) i obejmuje stawkę godzinową wynagrodzenia brutto pracownika powiększoną o koszty związane ze składkami pracodawcy. Z uwagi na dyspozycję art. 90 ust. 1 pkt 1 Pzp oraz pkt. 22.4.7 SIWZ – zdaniem Odwołującego przyjąć należy, że podana przez wykonawcę J. stawka roboczogodziny 13,20 zł musiała uwzględniać już wszystkie pozapłacowe koszty pracy związane z zatrudnieniem pracownika na umowę pracę przy realizacji zamówienia.

2) Wykonawca J. w ramach wyjaśnień dążył do ukazania, że część kosztów pracy - koszty związane ze składkami pracodawcy - w wysokości 2,55 zł brutto/r-b — została uwzględniona w kosztach pośrednich realizacji zamówienia. Tymczasem owe „koszty pośrednie” dodawane przez wykonawcę J. do stawki roboczogodziny 13,20 zł - zgodnie z dyspozycją art. 90 ust. 1 pkt 1 Pzp oraz pkt. 22.4.7 SIWZ - powinny być już w wysokości tej stawki uwzględnione. Powyższe wynika również z przepisów Rozporządzenia Ministra Infrastruktury w sprawie określenia metod i podstaw sporządzania kosztorysu inwestorskiego, obliczania planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno - użytkowym z dnia 18 maja 2004 r. (Dz. U. nr 130, poz. 1389) (dalej "Rozporządzenie"). Koszty pracy nie stanowią kosztów pośrednich w rozumieniu Rozporządzenia - są to koszty bezpośrednie, które zgodnie z § 6 ust. 2 Rozporządzenia należy wziąć pod uwagę przy ustaleniu stawki roboczogodziny:

2. Godzinowe stawki robocizny kosztorysowej ustalone na "Podstawie analizy własnej powinny obejmować wszystkie składniki zaliczane do wynagrodzenia oraz koszty pochodne naliczane, a w szczególności: 1) płace zasadnicze; 2) premie regulaminowe; 3) płace dodatkowe (dodatki stażowe, inne dodatki regulaminowe); 4) płace uzupełniające (wynagrodzenia za urlopy i inne płatne zasiłki chorobowe, odprawy emerytalne/, nagrody jubileuszowe); 5) obligatoryjne obciążenia płac; 6)

odpisy na zakładowy fundusz świadczeń socjalnych. Za wyrokiem KIO 596/16 wskazał, że: „Koszty pracy to ogół wydatków, jakie ponosi przedsiębiorca w związku z pozyskaniem, utrzymaniem, przekwalifikowaniem i doskonaleniem pracowników. Wchodzą w to również koszty z tytułu obligatoryjnych składek na ubezpieczenia społeczne. Przyjmuje się, że koszty pracy składają się z dwóch części. Pierwszą z nich są koszty pozapłacowe, do których zaliczamy wszystkie składki oraz koszty pracy, jakie ponosi przedsiębiorca poza wynagrodzeniem bezpośrednim. Z kolei ta druga grupa to koszty płacowe, w których skład wchodzi wynagrodzenia osobowe, dodatki oraz nagrody i premie. Powyższe znajduje potwierdzenie w Rozporządzeniu (...). Dalej wskazując na cyt. wyrok podał, że twierdzenia wykonawcy J. odnośnie ujęcia kosztów pozapłacowych w kosztach pośrednich są bezpodstawne, bowiem definicja kosztów zawarta w § 1 ust. 2 pkt 4 Rozporządzenia określa koszty pośrednie jako zupełnie inne koszty tj. 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. Dalej wskazał, że: „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. Należy wskazać, że przerzucanie części kosztów

pracy do kosztów pośrednich generuje koszty niekontrolowane w ten sposób wykonawca, prowadzący jednoosobową działalność gospodarczą tworzy sobie kompletnie niekontrolowany budżet, który może próbować przeznaczać na cele niezwiązane z pokryciem kosztów pracy w wysokości w wynikającej z przepisów o minimalnym wynagrodzeniu za pracę i minimalnej stawce godzinowej. W konsekwencji istnieje możliwość tworzenia szarej strefy. Należy wskazać, że po to są koszty bezpośrednie, żeby koszty pracy były określone w sposób wymierny". Wykonawca powołał się na wyrok KIO 1489/18, w którym Izba – jego zdaniem w zbliżonym stanie faktycznym - wskazała: „Skoro bowiem - w świetle ust. 2 przytoczonego przepisu - godzinowe stawki robocizny powinny obejmować składniki zaliczane do wynagrodzenia, w tym w szczególności m.in. obligatoryjne obciążenia płac, to Przystępujący nie mógł następnie stwierdzić, że ujęte zostały one w kosztach pośrednich (wyjaśnienia, str. 3-4). Skoro, jak się wydaje, Wykonawca SK opierał się na przepisach Rozporządzenia, to uszło jego uwadze, że koszty określone zostały w § 1 ust 2 pkt 4 Rozporządzenia mianem składników kalkulacyjnych uwzględniających nieujęte w kosztach bezpośrednich koszty zaliczane zgodnie z odrębnymi przepisami do kosztów uzyskania przychodów w szczególności koszty budowy oraz koszty zarządu. Powyższe potwierdza również dowód O1, który wprawdzie nie dotyczy bezpośrednio Wykonawcy SK będącego osobą fizyczną prowadzącą działalność gospodarczą, to jednak nie sposób twierdzić, że nie powstają u niego w związku z prowadzoną działalnością określone w treści dowodu koszty pośrednie. (...). Zdaniem Odwołującego, złożone przez wykonawcę wyjaśnienia nie są wystarczające dla wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w zakresie istotnych części składowych ceny kosztów pracy. W rezultacie należy uznać, że wykonawca J. złożył wyjaśnienia niewystarczające dla uznania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, co oznacza, że oferta wykonawcy podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp.

IV. W uzasadnieniu zarzutu naruszenia art. 89 ust.1 pkt 2 w zw. z art. 90 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp - zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy, która to oferta jest niezgodna z ustawą Prawo zamówień publicznych (art. 90 ust. 1 pkt 1 Pzp) z uwagi na zaoferowanie przez wykonawcę stawki roboczogodziny, której wartość jest niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę stwierdził co następuje:

1) Z art. 90 ust. 1 pkt 1 Pzp wynika konieczność uwzględnienia przez wykonawców ubiegających o zamówienie kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie przepisów o minimalnym wynagrodzeniu. Wskazał na wyroki KIO: 47/15, 60/15, 81/15 stwierdzając, że stosownie do art. 90 ust. 1 ustawy Pzp elementem oferty mający wpływ na wysokość ceny są koszty pracy, który wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę, ustalonego zgodnie z ustawą o minimalnym wynagrodzeniu za pracę wskazaną w art. 90 ustawy Pzp. Przepis ten wskazując jako jedną z przesłanek oceny i uznawania tzw. domniemania ceny rażąco niskiej nie uzależnia tej przesłanki od sposobu przygotowania przez zamawiającego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Niezależnie od sposobu dokonania opisu przedmiotu zamówienia, w tym wprowadzeniu bądź rezygnacji z wymogu art. 29 ust. 4 pkt 4 ustawy Pzp tj. zatrudnienia na podstawie umowy o pracę przez wykonawcę lub podwykonawcę osób wykonujących czynności w trakcie realizacji zamówienia, odniesienie kosztów pracy do ustawowej wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę odnosi się do wynagrodzeń osób wykonujących pracę przy realizacji zamówienia, zarówno na podstawie stosunku pracy, jak i na innych podstawach, w szczególności umów cywilnoprawnych tj. np. zlecenia lub umowy o dzieło. Jednak nawet gdyby uznać, że art. 90 ust. 1 pkt 1 Pzp nie wiązał wykonawcy J. co do sposobu wyliczenia kosztów pracy dla celów sporządzenia oferty, to wskazać należy, że identyczny wymóg wynikał z pkt. 22.4.7 SIWZ, gdzie Zamawiający wskazał, że: Wartość kosztów pracy (w kosztorysie ofertowym przyjęta do ustalenia ceny oferty) 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 2017 r. poz. 847). Wymóg ten był powiązany z wymogiem pkt. 13.1 SIWZ, zgodnie z którym: „Zamawiający (zgodnie z art. 29 ust. 3a w związku z art. 36 ust. 2 pkt 8a lit. a-c ustawy) nakłada na wykonawcę lub podwykonawcę wymóg zatrudnienia na podstawie umowy o pracę osób zatrudnionych na stanowiskach robotnika, biorących bezpośredni udział w realizacji zamówienia”.

Tymczasem z uzupełnionej części kosztorysu ofertowego wykonawcy J. - wbrew treści jego wyjaśnień z dnia 15.10.2018 r. - wynika, że przy kalkulacji ceny oferty uwzględnił on koszty pracy na poziomie niższym od minimalnego wynagrodzenia wynikającego z właściwych przepisów. Wykonawca J. przyjął stawkę roboczogodziny na poziomie 13,20 zł, podczas gdy z przepisów o minimalnym wynagrodzeniu za pracę wynika, że powinien być przyjąć stawkę roboczogodziny na poziomie nie niższym niż 15,05 zł. Złożone przez wykonawcę wyjaśnienia stanowiły zaś niedopuszczalną próbę wykazania, że brakująca część kosztów pracy została uwzględniona w kosztach pośrednich, podczas gdy koszty pracy nie mogą być uznane za koszty pośrednie. Zatem z uwagi na przyjęcie przez wykonawcę J. w kosztorysie ofertowym stawki roboczogodziny na poziomie niższym od minimalnego wynagrodzenia za pracę należy uznać, że jego oferta jest sprzeczna z ustawą (art. 90 ust. 1 pkt 1 Pzp) oraz treścią SIWZ (pkt. 22.4.7 SIWZ). Innymi słowy w wyniku przyjęcia stawki roboczogodziny w wysokości 13,20 zł — która powinna obejmować wszystkie koszty

pracy - naruszono obowiązujące przepisy o minimalnym wynagrodzeniu za pracę. W konsekwencji oferta wykonawcy J. powinna być zostać odrzucona przez Zamawiającego, a jego zaniechanie w wym. zakresie stanowi naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 Pzp.

2) Ponadto – zgodnie z postanowieniami SIWZ dotyczącymi zasad sporządzania kosztorysu ofertowego i - w szczególności - zasad rozliczeń zamawiającego z wykonawcą na etapie realizacji umowy:

a) Zamawiający przewidział obowiązek przygotowania kosztorysu ofertowego, w którym każda pozycja zawiera ceny jednostkowe z narzutami:

•Pkt. 22,4 siwz

Kosztorys ofertowy powinien uwzględniać wymagania określone w części II niniejszej SIWZ „Opis przedmiotu zamówienia” oraz wymagają dokumentacji projektowej stanowiącej załączniki do niniejszej SIWZ.

1) Wykonawca określi ceny na wszystkie elementy zamówienia wymienione w „Przedmiarach robót”, na podstawie których sporządzi kosztorysy ofertowe uproszczone, które stanowić będą załączniki do oferty, według następujących zasad:

- wszystkie pozycje muszą zawierać cenę jednostkową (bez VAT) z narzutami oraz wartość pozycji z narzutami (netto),
- cena jednostkowa (netto), każdej pozycji kosztorysu ofertowego musi obejmować wszystkie koszty realizacji poszczególnych prac zgodnie z dokumentacją techniczną sztuką budowlaną.

b) Zamawiający określił również zasady rozliczenia wynagrodzenia na etapie realizacji umowy w oparciu o kosztorys ofertowy — z uwzględnieniem czynników cenotwórczych z kosztorysu ofertowego, w tym stawki roboczogodziny:

Między innymi: §1 ust. 2 wzoru umowy:

„Zakres i warunki realizacji przedmiotu umowy zostały określone w niżej wymienionych, ułożonych według hierarchii ważności dokumentach umownych:

a. Umowa, b. Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia, c. Specyfikacja techniczna wykonania i odbioru robót budowlanych - SWiOR, d. Projekt wykonawczy, e.Kosztorys ofertowy uproszczony wraz z kosztorysem szczegółowym”.

•§ 3 ust. 2 i 3 wzoru umowy:

„2. Wysokość wynagrodzenia, określona w ust. 1, wynika z kosztorysu ofertowego, sporządzonego w oparciu o następujące czynniki/ cenotwórcze: stawka roboczogodziny $R=Rz/r-g$; koszty pośrednie $(R+S)+$, zysk $(R+S+Kp)=\%$.

3. Ostateczne wynagrodzenie Wykonawcy zostanie ustalone kosztorysem powykonawczym, sporządzonym w oparciu o faktycznie wykonany zakres robót i czynniki cenotwórcze określone w ust. 2.”

Uwzględniając wymagania SIWZ — wykonawca J. sporządził kosztorys ofertowy niezgodnie z wymaganiami i w sposób uniemożliwiający rozliczenie powykonawcze. W rezultacie - wykonawca J. na etapie realizacji umowy nie rozliczył robocizny nie naruszając ustawy o minimalnym wynagrodzeniu, a Zamawiający będzie płacił wykonawcy wynagrodzenie niezgodnie z ustawą o minimalnym wynagrodzeniu. Powyższe również oznacza, że oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust 1 pkt 1 i 2 Pzp.

V. W uzasadnieniu zarzutu zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy J., która zawiera błąd w obliczeniu ceny polegający na zaoferowaniu stawki roboczogodziny, której wartość jest niższa od minimalnego wynagrodzenia za prace ustalonego na podstawie właściwych przepisów wskazał:

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 pkt. SIWZ obowiązek zatrudnienia pracowników wykonujących czynności w ramach zamówienia na podstawie umowy o pracę oraz obowiązek uwzględnienia przy zatrudnieniu przepisów o minimalnym wynagrodzeniu. Wynikało z powyższego, że przy kalkulowaniu ceny oferty każdy z wykonawców składających ofertę w przedmiotowym postępowaniu zobowiązany był do wzięcia pod uwagę zakresu wymagań i czynników cenotwórczych wynikających z przywołanego postanowienia SIWZ. Tymczasem — jak wynika z uzupełnionej części kosztorysu ofertowego wykonawcy J. nie uwzględnił on w cenie oferty wymagań Zamawiającego, bowiem przyjął do kalkulacji ceny oferty stawkę roboczogodziny na poziomie 13,20 zł, podczas gdy należało uwzględnić w tej stawce koszty pracy w wysokości nie niższej niż 15,05 zł. Ponownie wskazał na wyrok KIO 1489/18, w którym Izba stwierdziła, że przeniesienie części kosztów pracy do kosztów pośrednich — stanowi błąd w obliczeniu ceny stanowiący podstawę odrzucenia oferty (ponadto stwierdzono również, że stanowi to niezgodność oferty z ustawą). W konsekwencji podał, że Zamawiający powinien był odrzucić ofertę wykonawcy J. z uwagi na błąd w obliczeniu ceny oferty. Zaniechanie Zamawiającego w tym zakresie stanowi naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp.

VI. W uzasadnieniu zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp stwierdził, że w stanie faktycznym sprawy Zamawiający w skrajnie nierówny sposób potraktował odwołującego się oraz wykonawcę wybranego. Wykonawca wybrany został potraktowany w sposób preferencyjny, Zamawiający bezpodstawnie uzupełniał treść oferty a następnie — zignorował

fakt, że wykonawca nie uwzględnił kosztów pracy, próbując bezpodstawnie przerzucić je do elementu „koszty pośrednie” — który w ogóle nie jest związany z kosztami pracy a ponadto — jest nieweryfikowalny przez Zamawiającego. Próba powiększania „kosztów pośrednich” prowadzi w konsekwencji do powiększania „szarej strefy” i możliwości przerzucania tego, co jest przeznaczone na wynagrodzenia pracownicze - na zupełnie inne cele (np. takie jak pojazdy kierownictwa wykonawcy, czy koszty kredytu, najmu biura, usług telekomunikacyjnych poczta, telefon). Zamawiający nie powinien ignorować takich nieprawidłowości.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca: A.J. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą: Zakład Handlowo Usługowy A.J., z Międzyrzecza - wnosząc o oddalenie odwołania.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie (pismo z dnia 14 listopada 2018 r. wniósł: (1) o odrzucenie odwołania, wobec jego wniesienia przez podmiot nieuprawniony w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, (2) w przypadku, uznania przez Izbę, że odwołanie podlega rozpoznaniu, wniósł o oddalenie odwołania w całości. W uzasadnieniu stanowiska wskazał, co następuje:

I. Zdaniem Zamawiającego: „W rzeczywistości brak jest możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia przez Odwołującego, ponieważ cena jego oferty znacznie przekracza środki finansowe, jakie Zamawiający przeznaczył na realizację zamówienia i Zamawiający nie ma możliwości zwiększenia kwoty przeznaczonej na realizację zamówienia do ceny oferty Odwołującego. Odwołujący ma świadomość tego stanu rzeczy, ponieważ zarówno był obecny podczas otwarcia ofert, gdzie Zamawiający podał kwotę przeznaczoną na realizację zamówienia, jak i mógł zapoznać się z informacją zamieszczoną zgodnie z art. 86 ust. 5 ustawy Pzp, na stronie internetowej Zamawiającego. Tym samym, brak jest podstaw do uznania, że spełnione zostały przesłanki art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. zaistnienia sytuacji poniesienia lub możliwości poniesienia przez Odwołującego szkody w wyniku ewentualnego naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy. W hipotetycznej sytuacji uwzględnienia odwołania przez Krajową Izbę Odwoławczą nastąpi konieczność unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Nie jest zatem prawdopodobne, aby Odwołujący doznał uszczerbku w wyniku czynności podjętych przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Odwołujący nie uzyska on przedmiotowego zamówienia ze względu na zbyt wysoką cenę oferty, przekraczającą możliwości finansowe Zamawiającego. Wobec powyższego, jako że Odwołujący nie poniósł i nie poniesie szkody w wyniku rozstrzygnięcia postępowania dokonanego przez Zamawiającego, Odwołujący nie spełnia materialnoprawnych przesłanek uznania go za uprawnionego do wniesienia odwołania z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp gdyż nie ma interesu prawnego we wniesieniu odwołania”.

II. Zdaniem Zamawiającego, zarzuty Odwołującego są bezzasadne i odwołanie powinno zostać oddalone w całości. Istota wskazanych przez Odwołującego zarzutów wskazuje, iż w zakresie kwestionowanych czynności Zamawiającego nastąpić miało rzekome naruszenie ustawy. Zamawiający na realizację przedmiotowego zamówienia przeznaczył kwotę 1 600 000,00 zł brutto. W postępowaniu wpłynęły dwie oferty: Oferta nr 1, złożona przez Zakład Handlowo — Usługowy A.J., za cenę brutto 1 984 371,67 zł oraz Oferta nr 2, złożona przez Konsorcjum Firm: RPM Spółka Akcyjna, (Lider Konsorcjum) oraz RPM Hydrotechnika Sp. z o.o., (Partner Konsorcjum) za cenę brutto 2 439 957,53 zł. Zamawiającemu, ze względu na konieczność realizacji przedmiotowego zadania i pilność jego wykonania, udało się zwiększyć kwotę, jaką zamierzał przeznaczyć na realizację zamówienia do ceny oferty najwyżej ocenionej, czyli Oferty nr 1. Zamawiający dalej procedował postępowanie. W dniu 26.10.2018 r. Zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty, o czym powiadomił obu Wykonawców. Odnosząc się do zarzutów:

1. Naruszenia art. 26 ust. 3 Pzp wskazał, że: Przystępujący złożył wraz z ofertą kosztorys ofertowy uproszczony. Kosztorys zawierał wycenę wszystkich pozycji przedmiarowych, wskazując cenę jednostkową z narzutami oraz wartość wszystkich pozycji z narzutami. Jednak brakowało złożenia przez Przystępującego informacji o wysokości zastosowanych narzutów. Zamawiający, dokładając należytej staranności oraz w trosce o równe traktowanie Wykonawców, przed podjęciem jakiegokolwiek decyzji co do dalszego procedowania postępowania, przeanalizował orzecznictwo KIO dotyczące właściwego postępowania Zamawiającego w przypadku braku wskazania wysokości czynników cenotwórczych, pomimo przedłożenia kompletnego i prawidłowego kosztorysu. Z analizy orzecznictwa wynika, że „zestawienie RMS i narzutu do kosztów nie jest treścią oferty, ponieważ to w poszczególnych pozycjach kosztorysu ofertowego uproszczonego znajdują się stawki roboczo godziny, sprzętu, materiałów czy też narzutów do tychże kosztów w postaci stawek kosztów pośrednich i zysku liczonych do R, M i S. W związku z tym zestawienie stawek RMS i narzutu do tych kosztów wynikają z poszczególnych pozycji kosztorysu ofertowego (są wliczone do poszczególnych pozycji kosztorysu ofertowego) i nie stanowią treści oferty. Tym samym ich brak, pomimo wymogu SIWZ zobowiązuje zamawiającego do wezwania do ich uzupełnienia jako brakującego dokumentu w trybie art. 26 ust. 3 w związku z art. 25 ust. 1 ustawy jako dokumentu potwierdzającego zgodność treści oferty z treścią SIWZ.” (KIO 606/14 z dnia 6 kwietnia 2014 r.). Takie samo stanowisko prezentowane jest także w innych wyrokach KIO, gdzie czytamy m.in.: „Po trzecie, Izba uznaje, że fakt formalnego nie wyszczególnienia w kosztorysie ofertowym w formie uproszczonej składników cenotwórczych stanowi niezgodność tylko co do formy, a nie co do treści oferty z SIWZ.” (KIO/UZP 1155/09),

a także: „Przy czym istotne jest w tym zakresie, że generalnie Izba stoi na stanowisku, że składniki cenotwórcze de facto są zawarte w poszczególnych cenach jednostkowych — bo taka jest istota wynagrodzenia kosztorysowego sporządzonego metodą uproszczoną (są one w nich zagregowane).” (KIO 540/16). Reasumując Zamawiający stwierdził, że brak informacji o wysokości czynników cenotwórczych zastosowanych do wyliczenia ceny oferty, w przypadku wymogu przedłożenia kosztorysu uproszczonego, nie stanowi niezgodności oferty z SIWZ co do treści, a jedynie co do formy. Wszystkie czynniki cenotwórcze musiały bowiem być przez Przystępującego przyjęte w konkretnej wysokości w celu sporządzenia kosztorysu ofertowego uproszczonego i ustalenia ceny oferty, i sam fakt nie wskazania ich wysokości w treści kosztorysu ofertowego uproszczonego nie przesądza o rozbieżności oferty z treścią SIWZ, ponieważ uzupełnienie tej informacji przez Przystępującego nie ma wpływu na treść oferty i nie prowadzi do żadnej jej zmiany. Czynniki cenotwórcze (stawka roboczogodziny, koszty pośrednie w 0/0, zysk w 0/0) są zawarte w kosztorysie, wliczone w każdą z pozycji kosztorysowych, ponieważ bez ich zastosowania niemożliwe byłoby wyliczenie ceny oferty. Dlatego uzupełnienie informacji o wysokości czynników cenotwórczych w późniejszym momencie postępowania niż wskazanie wraz ze złożeniem oferty, nie spowoduje ani zmiany ceny oferty, ani innych istotnych zmian. Zamawiający, upewniając się tym samym co do prawidłowości swoich działań, wezwał Przystępującego na mocy art. 26 ust. 3 ustawy PZP do uzupełnienia brakującej informacji w zakresie wysokości czynników cenotwórczych przyjętych do wyliczenia ceny ofertowej. Odwołujący w treści odwołania podnosi, że z treści postanowień SIWZ (pkt 11.1. w zw. z pkt 17.22 § Wzoru umowy) jednoznacznie wynika że czynniki cenotwórcze stanowiły treść oferty. Nie sposób jednak w zapisie SIWZ doszukać się potwierdzenia twierdzeń Odwołującego. Odwołujący podnosi także, że informacja o wysokości czynników cenotwórczych ma znaczenie dla oceny ofert w kryteriach oceny ofert. Nie rozwija jednak swojej myśli i nie wyjaśnia w jaki sposób brak informacji o wysokości zastosowanych czynników cenotwórczych wpływa jego zdaniem na cenowe kryterium oceny ofert. W kryterium oceny ofert Zamawiający brał pod uwagę cenę ofertową, wynikającą z kosztorysu ofertowego. Zgodnie z zapisami punktu 23 SIWZ, kryterium oceny ofert zostało w przedmiotowym postępowaniu ustalone jako 60% cena oraz 40% okres gwarancji. W cenowym kryterium oceny ofert Zamawiający do wyliczenia punktacji stosował wzór arytmetyczny, w którym jedynymi zmiennymi była cena oferty badanej oraz cena oferty najtańszej. Nie sposób w tym prostym równaniu doszukać się wpływu podania, bądź nie podania informacji o wysokości czynników cenotwórczych, na wynik równania. Również za chybione należy uznać przywołanie przez Odwołującego wyroków KIO, nie mających odniesienia do przedmiotowej sprawy, gdyż wszystkie one dotyczyły niezłożenia w ogóle kosztorysów ofertowych wraz z ofertą wykonawcy, co w oczywisty sposób wypacza rozważania dotyczące dopuszczalności stosowania art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Zarzuty Odwołującego w tej kwestii są daleko idącą nadinterpretacją i nie sposób uznać ich za odnoszące się do prowadzonego postępowania i za zasadne.

2. Naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp stwierdził, że: W świetle rozważań i przywołanych powyżej wyroków dotyczących zarzutu nr 1 (naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp), orzecznictwo KIO jednoznacznie wskazuje, że informacja o wysokości czynników cenotwórczych nie stanowi treści oferty, tym samym w przedmiotowej spornej sprawie nie może być mowy o niezgodności treści oferty z treścią SIWZ. Potwierdza to wyrok KIO/UZP 1155/09 z dnia 14 września 2009 r.: Izba uznaje, że fakt formalnego nie wyszczególnienia w kosztorysie ofertowym w formie uproszczonej składników cenotwórczych stanowi niezgodność tylko co do formy, a nie co do treści oferty z SIWZ. Odwołujący w omówieniu niniejszego zarzutu twierdzi, że „czynniki cenotwórcze, które miały zostać podane w Kosztorysie ofertowym uproszczonym zakwalifikowane zostały przez Zamawiającego jako treść oferty”. Nadal jednak nie wskazuje skąd powziął takie wnioski. Formułując uzasadnienie zarzutu odwołuje się jedynie do treści wyroku KIO 403/18 z dnia 15 marca 2018 r., który znów dotyczy zupełnie innego przypadku, a mianowicie braku zaoferowania wykonania pozycji przedmiaru, czyli braku wyceny pozycji kosztorysowej przy wynagrodzeniu kosztorysowym. Z uwagi na powyższe, w ocenie Zamawiającego do naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy PZP nie doszło, ponieważ wskazanie wysokości czynników cenotwórczych nie stanowi niezgodności treści oferty, a tym samym w zaistniałej sytuacji brak jest podstaw do rozpatrywania zgodności treści oferty z treścią SIWZ. Zarzut Odwołującego należy uznać za bezpodstawny.

3. Naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp podał, że Odwołujący dokonuje manipulacji faktów. Ze sformułowanego przez Odwołującego zarzutu wynika bowiem, jakoby Przystępujący uzupełniał kosztorys ofertowy i taką wymowę ma treść zarzutu. Kosztorys ofertowy Przystępujący złożył wraz z ofertą i nie był wzywany przez Zamawiającego do jego uzupełniania. Przystępujący, jak Zamawiający wskazał w wyjaśnieniach dotyczących zarzutu 1, został wezwany na mocy art. 26 ust. 3 ustawy PZP do uzupełnienia informacji dotyczącej wysokości czynników cenotwórczych zastosowanych do wyliczenia ceny ofertowej. Przystępujący w odpowiedzi na wezwanie oświadczył, że do wyliczenia ceny oferty przyjął następujące czynniki cenotwórcze: stawka roboczogodziny w wysokości 13,20 zł, koszty pośrednie w wysokości 55,4% od R oraz 55,4% od S i zysk w wysokości 12%. Wobec wskazanej przez Przystępującego stawki roboczogodziny w wysokości 13,20 zł, Zamawiający skierował do Przystępującego wezwanie do złożenia wyjaśnień w zakresie zastosowanej w kosztorysie stawki roboczogodziny, szczególnie w odniesieniu do sformułowanego przez Zamawiającego wymogu określonego w punkcie 22.4.7 SIWZ: „Wartość kosztów pracy (w

kosztorysie ofertowym przyjęta do ustalenia ceny oferty) nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2017 r. poz. 847)." W odpowiedzi na wezwanie Przystępujący wyjaśnił, że przyjmując minimalne wynagrodzenie za pracę w wysokości 2 100,00 zł i średniomiesięczną ilość godzin pracy (168 godz.) otrzymujemy w odniesieniu do pracowników zatrudnionych na umowę o pracę w wymiarze pełnego etatu stawkę roboczogodziny 12,50 zł brutto/h. Tym samym stawka roboczogodziny przyjęta przez Przystępującego do wyliczenia ceny oferty jest wyższa niż minimalna stawka roboczogodziny wynikająca z przepisów ustawy o minimalnym wynagrodzeniu za pracę. Z treści wyjaśnień wynika także, że koszty zatrudnienia pracownika, które ponosi pracodawca, w wysokości 2,55 zł/r-g, zostały ujęte w kosztach pośrednich od R. Na potwierdzenie, że pracownicy zatrudnieni na umowę o pracę otrzymują wynagrodzenie zgodnie z zapisami ustawy o minimalnym wynagrodzeniu za pracę, Przystępujący do wyjaśnień załączył kopię listy płac za miesiąc wrzesień 2018 r. Wyjaśnienia te nie wzbudziły żadnych wątpliwości Zamawiającego i Zamawiający nie miał żadnych podstaw, aby nie zaakceptować prawidłowości wyjaśnień Przystępującego, ponieważ:

Po pierwsze, Przystępujący załączył do wyjaśnień dowód, z którego jednoznacznie wynika, że zapewnia pracownikom wynagrodzenie zgodne z zapisami ustawy o minimalnym wynagrodzeniu za pracę; Po drugie, Zamawiający w żaden sposób nie określił w SIWZ, jakie koszty pracy mają być skalkulowane w stawce roboczogodziny, ani jakie koszty mogą, bądź nie mogą, znaleźć się w kosztach pośrednich od R. Zgodnie z ugruntowanym orzecnictwem, Wykonawca nie może ponosić negatywnych konsekwencji nieprecyzyjnych zapisów SIWZ, a więc skoro Zamawiający pozostawił wykonawcom w tej kwestii dowolność, w treści SIWZ nie zabronił wykonawcom kalkulować kosztów pracy ponoszonych przez pracodawcę jako koszty pośrednie i nie zawarł wymogu, aby kosztorysowa stawka roboczogodziny przyjęta do wyliczenia ceny oferty zawierała wszystkie koszty pracy, to Zamawiający nie może wyciągać konsekwencji wobec wykonawcy, który z tej dowolności skorzystał, szczególnie że złożone przez Przystępującego wyjaśnienia i dowody były dla Zamawiającego wystarczające. Wskazał ponadto, że zarówno zapisy art. 90 ust. 1 pkt 1, jak i zapisy punktu 22.4.7 SIWZ odnoszą się do kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny oferty (a nie stawki roboczogodziny!) 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 2017 r, poz. 847). Wskazał również, że wytyczne Rozporządzenia dotyczą sporządzania kosztorysów inwestorskich i szacowania zamówienia przez Zamawiającego. Z treści Rozporządzenia nie wynika w żaden sposób, aby wykonawcy składający oferty byli zobligowani do stosowania zawartych tam wytycznych przy sporządzaniu kosztorysów ofertowych. Rzecz jasna, jeśli Zamawiający zawarłby taki wymóg w treści SIWZ, to wykonawcy powinni sporządzić kosztorysy ofertowe zgodnie z wytycznymi Rozporządzenia. Jednak w przedmiotowym postępowaniu takiego wymogu nie było, Wykonawcy mieli dowolność w tym zakresie. Także, jeśli wykonawca sam zdecydowałby, że przy sporządzaniu kosztorysu ofertowego skorzysta z wytycznych zawartych w Rozporządzeniu, to miałby do tego pełne prawo, i jak wskazuje orzecznictwo, w takiej sytuacji byłby ze stosowania tego Rozporządzenia rozliczany. Jednak i taka sytuacja nie miała miejsca w przedmiotowym postępowaniu. Przystępujący dokonał kalkulacji kosztów pracy we własnym zakresie, nie bazując na zapisach Rozporządzenia. I, co należy podkreślić, miał do tego prawo, ponieważ żaden z zapisów SIWZ nie narzucał wykonawcom sposobu kalkulacji ceny, podkreślając jedynie, że cena ofertowa musi uwzględniać wszystkie wymagania SIWZ oraz obejmować wszelkie koszty, jakie poniesie wykonawca z tytułu należytej oraz zgodnej z obowiązującymi przepisami realizacji przedmiotu zamówienia. Tym samym brak było jakichkolwiek podstaw, aby uznać, że oferta Przystępującego zawiera rażąco niską cenę i powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Szczególnego podkreślenia wymaga także fakt, że trudno rozpatrywać podejrzenie rażąco niskiej ceny oferty w sytuacji, gdy cena oferty Przystępującego była wyższa od oszacowanej przez Zamawiającego z należytą starannością wartością zamówienia powiększoną o podatek VAT o ponad 26%. Błędą interpretację przepisów przez Odwołującego potwierdza orzecznictwo KIO, gdzie wyraźnie wskazuje się, że: „Kwestię kosztorysowania no gruncie zamówień publicznych reguluje 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 robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno — użytkowym (Dz.U. nr 130 poz. 1389). Jednakże zgodnie z §1 ust. 1 rozporządzenie określa metody i podstawy sporządzania kosztorysu inwestorskiego stanowiącego podstawę określenia wartości zamówienia na roboty budowlane oraz metody i podstawy obliczania planowanych kosztów prac projektowych i planowanych kosztów robót budowlanych stanowiących podstawę określenia wartości zamówienia, którego przedmiotem jest zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych, a więc określa metody obliczenia wartości szacunkowej zamówienia publicznego, którego to dokonuje Zamawiający zgodnie z art. 32 ust. 1 ustawy. Rozporządzenie zatem nie odnosi się do sposobów obliczenia ceny przez wykonawców. Przeciwnie w art. 36 ust. 1 pkt 12 ustawy Zamawiający został zobligowany do wskazania wykonawcom sposobu obliczenia ceny (...)" (KIO/UZP 866/08 z dnia 02.09.2008 r. oraz KIO/UZP 1155/09 z dnia 14.09.2009 r). Omawiając ten zarzut Odwołujący także przywołuje wyroki KIO, jednak analogicznie jak przy wyżej omówionych zarzutach, wyroki te nie

dotyczyły sytuacji zbliżonych do przedmiotowej sprawy, ponieważ w przywołanych wyrokach wykonawcy sami oświadczyli, że przy kalkulacji ceny oferty bazowali na zapisach Rozporządzenia. Znamienny w tych rozważaniach jest fakt, że Odwołujący doskonale wiedział, że powołuje się na wyroki w sprawach odmiennych niż przedmiotowa i próbuje wprowadzić Izbę w błąd wskazując, że wyrok KIO 1489/18 z dnia 14.08.2018 r. zapadł w zbliżonym stanie faktycznym. W postępowaniu odwoławczym KIO 1489/18 Odwołujący był również Odwołującym i doskonale zdajesobie sprawę, że w tamtym postępowaniu przedmiotem orzeczenia była prawidłowość zastosowanej stawki roboczogodziny w ofercie, gdzie kontr oferent powoływał się na metodologię obliczenia stawki roboczogodziny zgodną z Rozporządzeniem. Tak więc stan faktyczny tamtego postępowania był zupełnie odmienny, a nie jak twierdzi Odwołujący — zbliżony.

4. Naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp stwierdził, że Odwołujący w odniesieniu do tego zarzutu powiela w części argumentację przedstawioną w odniesieniu do zarzutu 3, czyli rzekome zaoferowanie przez Przystępującego stawki roboczogodziny, której wartość jest niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie właściwych przepisów. Odwołujący ponownie odnosi się do zapisów punktu 22.4.7 SIWZ dopatrując się w nich wytycznych do ustalenia przez wykonawców stawki roboczogodziny, gdzie jak wykazał Zamawiający w punkcie powyżej, zapisy punktu 22.4.7 SIWZ odnoszą się do kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny oferty 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 i w żaden sposób nie stanowią zobligowania wykonawców do skalkulowania wszystkich kosztów pracy wyłącznie w przyjętej stawce roboczogodziny. Tym samym Przystępujący miał prawo skalkulować stawkę roboczogodziny i koszty pracy w wybrany przez siebie sposób. Złożone przez Przystępującego wyjaśnienia i dowody potwierdziły, że skalkulowane w ofercie koszty pracy zostały skalkulowane prawidłowo, a tym samym oferta Przystępującego jest zgodna z ustawą i nie podlega odrzuceniu. Nieprawdą jest także twierdzenie Odwołującego, że Przystępujący sporządził kosztorys ofertowy niezgodnie z wymaganiami SIWZ i w sposób uniemożliwiający rozliczenie powykonawcze. Kosztorys ofertowy Przystępującego został sporządzony zgodnie z wymogami SIWZ, Natomiast rozliczenie powykonawcze, zgodnie z zapisami Wzoru umowy będzie odbywało się na podstawie kosztorysu powykonawczego, sporządzonego w oparciu o faktycznie wykonany zakres robót i w oparciu o czynniki cenotwórcze. Czynniki cenotwórcze, w oparciu o które wykonawca wycenił swoją ofertę, nawet jeśli nie byłyby wskazane w kosztorysie ofertowym uproszczonym, byłyby łatwe do ustalenia na podstawie kosztorysu szczegółowego, który zgodnie z zapisami Wzoru umowy, będzie stanowił załącznik do umowy zawartej w sprawie przedmiotowego postępowania. Tak więc rozliczenie powykonawcze nie sprawiłoby żadnych trudności, nawet gdyby Zamawiający nie pozyskałby informacji o wysokości czynników cenotwórczych na etapie przeprowadzania postępowania przetargowego. Odwołujący wyprowadził także daleko idącą tezę, że Przystępujący „na etapie realizacji umowy nie rozliczy robocizny z Zamawiającym nie naruszając ustawy o minimalnym wynagrodzeniu, a Zamawiający będzie płacił wykonawcy wynagrodzenie niezgodne z ustawą o minimalnym wynagrodzeniu”. Nie wskazał jednak na jakich podstawach oparł swoje przypuszczenie i skąd wywodzi takie twierdzenie, dlatego Zamawiający nie może odnieść się do takich nieuzasadnionych przypuszczeń i dywagacji.

5. Naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp stwierdził, że Odwołujący w odniesieniu do tego zarzutu powiela argumentację przedstawioną w odniesieniu do zarzutu 4, czyli rzekome zaoferowanie przez Przystępującego stawki roboczogodziny, której wartość jest niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie właściwych przepisów. Jak wskazał Zamawiający powyżej, złożone przez Przystępującego wyjaśnienia i dowody potwierdziły, że skalkulowane w ofercie koszty pracy zostały skalkulowane prawidłowo, a tym samym oferta Przystępującego jest zgodna z ustawą, a także zgodna z SIWZ i nie podlega odrzuceniu.

6. Naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp - powołał stanowisko w odniesieniu do zarzutu nr 3 i wyrok KIO 1489/18, który dotyczył sprawy, gdzie kontr oferent Odwołującego powoływał się na metodologię obliczenia stawki roboczogodziny zgodną z Rozporządzeniem, a Izba stwierdziła: „Nawet gdyby uznać dopuszczalność ujmowania w kosztach pośrednich kosztów pracy, co pozostaje w sprzeczności z przywołanymi wcześniej regulacjami Rozporządzenia i podważa zasadność odwoływania się do jego treści w złożonych przez Wykonawcę SK wyjaśnieniach, to należałoby stwierdzić, że koszty pracy wymienione przez Przystępującego na stronie 3-4 wyjaśnień pochłaniają w całości pulę kosztów pośrednich, co powoduje wątpliwość odnośnie ujęcia w cenie oferty wspomnianych kosztów budowy, czy kosztów zarządu I...j”. Z treści powyższego wyroku jednoznacznie wynika, że tylko w tamtej konkretnej sytuacji nie można uznać dopuszczalności ujmowania w kosztach pośrednich kosztów pracy, i to tylko dlatego, że pozostaje to w sprzeczności z oświadczeniem wspomnianego Wykonawcy SK, który to odwołał się do Rozporządzenia w celu wyjaśnienia skalkulowania kosztów pracy w swojej ofercie. Z treści wyroku nie wynika w żaden sposób, aby nie było w ogóle dopuszczalne ujmowanie w kosztach pośrednich kosztów pracy. Przeciwnie, Izba zwraca jedynie uwagę, że należy zweryfikować czy zastosowany przez wykonawcę poziom kosztów pośrednich jest wystarczający. Zamawiający podkreślił, że Przystępujący skalkulował cenę swojej oferty prawidłowo, nie bazował na Rozporządzeniu, ponieważ nie miał takiego obowiązku, żaden z zapisów SIWZ takiego obowiązku na wykonawców nie nakładał. Zastosowanie przez

Przystępującego kosztów pośrednich od R na poziomie 55,4% również nie daje podstaw do zwątpienia Zamawiającego w prawdziwość i prawidłowość skalkulowania kosztów pracy.

7. Naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp podał, że z argumentacji przywołanej przez Zamawiającego w treści niniejszej odpowiedzi na odwołanie jednoznacznie wynika, że Zamawiający nie naruszył zasady równego traktowania wykonawców. Opierając się wyłącznie na obowiązujących przepisach prawa oraz linii orzeczniczej przeprowadził postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób rzetelny i uczciwy. Zamawiający zobowiązany był wezwać Przystępującego do uzupełnienia dokumentu i w identyczny sposób postąpiłby, gdyby informacji o wysokości czynników cenotwórczych nie wskazał w swojej ofercie Odwołujący. Argumentacja Odwołującego, że odmienny od przyjętego przez Odwołującego sposób kalkulacji ceny oferty prowadzi do powiększania „szarej strefy”, jest nadużyciem i jest niedopuszczalna. Szczególnie, że żadne przepisy prawa, ani tym bardziej zapisy SIWZ, nie narzucały sposobu kalkulacji ceny i wykonawcy mieli w tym zakresie dowolność pod jednym warunkiem, że kosztorys ofertowy uwzględniać będzie wymagania określone w Opisie przedmiotu zamówienia oraz wymagania dokumentacji projektowej i że wycenione zostaną wszystkie pozycje przedmiarowe. Właśnie naruszeniem art. 7 ust. 1 Pzp byłoby ze strony Zamawiającego odrzucenie oferty Przystępującego bez pozostawienia mu zagwarantowanej prawem możliwości uzupełnienia oferty.

Rozpoznając odwołanie Izba ustaliła i zważyła co następuje:

Izba stwierdza, że Odwołujący na dzień wniesienia odwołania posiadał legitymacja procesową do wniesienia tego środka ochrony prawnej wymaganej art. 179 ust.1 ustawy Pzp. Zdaniem Izby, okoliczność wyższej ceny w ofercie Odwołującego od kwoty, jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia nie pozbawia wykonawcy prawa do skutecznego wniesienia odwołania. Skoro bowiem wykonawca złożył ofertę, ma prawo korzystać z przysługujących mu środków ochrony prawnej w celu wzruszenia decyzji Zamawiającego, która narusza jego interes w uzyskaniu zamówienia, istniejący w chwili wniesienia odwołania i ocenianego na ten moment. Zdaniem Izby interes, o którym mowa w art. 179 ust.1 ustawy Pzp nie może być ograniczany wyłącznie do sytuacji, w której wykonawca mógłby wykazać w sposób pewny, że przedmiotowe zamówienie zostanie mu udzielone, co w większości przypadków byłoby niemożliwe. Z tego też względu Izba uznała, że wysokość ceny w ofercie Odwołującego nie może przesądzać na obecnym etapie, o braku legitymacji materialnoprawnej wykonawcy wymaganej art. 179 ust.1 ustawy Pzp do wniesienia odwołania.

Podnoszone w odwołaniu zarzuty Izba uznała za niezasadne.

Pierwszy z zarzutów naruszenia art. 26 ust.3 ustawy Pzp nie podlega uwzględnieniu, albowiem w stanie faktycznym sprawy informacja o wysokości czynników cenotwórczych może być zakwalifikowana jako potwierdzająca spełnianie wymagań co do przedmiotu zamówienia, a która nie miała wpływu na ocenę oferty w kryteriach oceny ofert i w konsekwencji możliwe było jej uzupełnienie na wskazanej podstawie prawnej. Tym samym we wskazanych okolicznościach także nie podlega uwzględnieniu podnoszony w odwołaniu zarzut naruszenia art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp: *„Jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym (...).*

Stosownie do postanowień pkt 11 specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) *„Wykaz oświadczeń lub dokumentów, potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw wykluczenia” – ppkt 11.8)*

- Kosztorys uproszczony został wymieniony jako jeden z dokumentów potwierdzających spełnienie warunków, a który to dokument odnosi się do przedmiotu zamówienia. Wzór tego kosztorysu ustalony został w Załączniku nr 9 do SIWZ (zatytułowany jako: „Przedmiar robót, kosztorys”) i jak wynika ze wskazywanego w odwołaniu punktu 22.4.1) SIWZ: *„Kosztorys ofertowy powinien uwzględniać wymagania określone w części II niniejszej SIWZ „Opis przedmiotu zamówienia” oraz wymagania dokumentacji projektowej stanowiącej załączniki do niniejszej SIWZ.*

1) *Wykonawca określi ceny na wszystkie elementy zamówienia wymienione w „Przedmiarach robót”, na podstawie których sporządzi kosztorysy ofertowe uproszczone, które stanowić będą załączniki do oferty, według następujących zasad:*

– *wszystkie pozycje muszą zawierać cenę jednostkową (bez podatku VAT) z narzutami oraz wartość pozycji z narzutami (netto),*

– *cena jednostkowa (netto), każdej pozycji kosztorysu ofertowego musi obejmować wszystkie koszty realizacji poszczególnych prac zgodnie z dokumentacją techniczną i sztuką budowlaną”.*

Taki Kosztorys ofertowy (uproszczony) - kompletny obejmujący wszystkie wymagane pozycje i ich wycenę - został złożony w ofercie przez wykonawcę Przystępującego - Zakład Handlowo Usługowy A.J. .

Odrębnie w pkt 11 ppkt 2 SIWZ podano, że: *„2) Wykonawca zobowiązany jest wskazać w kosztorysach ofertowych wysokość czynników cenotwórczych jakie zastosował przy obliczaniu wartości kosztorysu (stawka roboczogodziny,*

koszty pośrednie w %, zysk w %)". Takiego elementu we wzorach formularzy składających się na Załącznik nr 9 do SIWZ nie zamieszczono. Także czynniki cenotwórcze o których mowa w ppkt 2 nie stanowiły podstawy oceny ofert. Zgodnie z punktem 23 SIWZ, kryterium oceny ofert w przedmiotowym postępowaniu, stanowiła cena łączna (60%) oraz okres gwarancji (40%) - podane w formularzu oferty. W cenowym kryterium oceny ofert Zamawiający do wyliczenia punktacji stosował wzór arytmetyczny, w którym jedynymi zmiennymi była cena oferty badanej oraz cena oferty najtańszej. Ta cena była ustalona na podstawie kosztorysów ofertowych składających się na kosztorys uproszczony, w których wycena każdej pozycji musiała następować m.in. z zastosowaniem czynników cenotwórczych, o których mowa w ppkt 2) pkt 22.4 SIWZ. Wszystkie czynniki cenotwórcze musiały być zatem określone przez każdego z wykonawców (także przez Przystępującego) w konkretnej wysokości przed sporządzeniem kosztorysu ofertowego uproszczonego i przed ustaleniem ceny oferty. Sam fakt zatem nie wskazania ich wysokości w treści kosztorysu ofertowego uproszczonego nie przesądza o rozbieżności oferty z treścią SIWZ, a uzupełnienie tej informacji przez Przystępującego nie ma wpływu na treść oferty i nie prowadzi do jej zmiany. Tak jak zasadnie twierdził Zamawiający, czynniki cenotwórcze (stawka roboczogodziny, koszty pośrednie w %, zysk w %) zostały w kosztorysie, wliczone w każdą z pozycji kosztorysowych, ponieważ bez ich zastosowania niemożliwe byłoby wyliczenie ceny oferty. Izba zwraca także uwagę, że wysokość tych czynników w kontekście ceny łącznej oferty wynikającej z kalkulacji podanej w kosztorysach uproszczonych nie jest kwestionowana w odwołaniu. Kwestionowane w toku rozprawy było uprawnienie co do przyjętej stawki roboczogodziny i stawki kosztów pośrednich obejmujących obciążenia pracodawcy, o czym poniżej. Tym samym Izba uznała, że brak informacji o wysokości czynników cenotwórczych zastosowanych do wyliczenia ceny oferty, (wobec przedłożenia kompletnego kosztorysu uproszczonego), nie stanowi niezgodności oferty z SIWZ co do jej treści, a jedynie co do formy oraz, że taki brak podlegał uzupełnieniu w trybie przewidzianym art. 26 ust.3 ustawy Pzp. Tym samym również za niezasadny należało uznać wskazany w odwołaniu zarzut naruszenia art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp, ponieważ brak wskazania wysokości czynników cenotwórczych (a ich uzupełnienie następnie) nie może być kwalifikowane jako niezgodność treści oferty ze specyfikacją skutkującą odrzuceniem takiej oferty.

Kolejne zarzuty dotyczące zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego (wykonawcy ZHU A.J.) na podstawie: (1) art. 89 ust.1 pkt 1 w zw. z art. 90 ust. 1 pkt 1 Pzp, (2) art. 89 ust. 1 pkt 2, (3) art. 89 ust.1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp i (4) art. 89 ust.1 pkt 6 związane są z postanowieniami punktu 22.4.7) specyfikacji oraz wskazaną przez wykonawcę stawką roboczogodziny w wysokości 13,20 zł.

Argumentacja kluczowa dotycząca postanowień punktu 22.4.7 SIWZ sprowadza się do twierdzeń, że oferta Przystępującego zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia z uwagi na przyjęcie do ustalenia ceny oferty kosztów pracy na poziomie niższym od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie przepisów ustawy o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz.U. z 2017 r. poz. 847). Powyższe twierdzenie odnosi się do wskazanej stawki roboczogodziny w kwocie 13,20 zł, a zatem zdaniem Odwołującego, na poziomie niższym niż wartość minimalnego wynagrodzenia, co powoduje, że oferta Przystępującego pozostaje w sprzeczności z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych (art. 90 ust. 1 pkt 1 Pzp), treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (pkt. 22.4.7 SIWZ) oraz zawiera błąd w obliczeniu ceny.

Izba nie zgadzając się z tą argumentacją miała na uwadze okoliczności wynikające z dokumentacji tego postępowania.

Zgodnie z punktem 13.1 SIWZ – „Zamawiający (zgodnie z art. 29 ust. 3a w związku z art. 36 ust. 2 pkt 8a lit. a-c ustawy) nakłada na wykonawcę lub podwykonawcę wymóg zatrudnienia na podstawie umowy o pracę osób zatrudnionych na stanowiskach robotnika, biorących bezpośredni udział w realizacji zamówienia”.

W myśl z kolei powołanego w odwołaniu pkt 22.4.7 SIWZ: „Wartość kosztów pracy (w kosztorysie ofertowym przyjęta do ustalenia ceny oferty) 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 2017 r. poz. 847)”. Izba zwraca uwagę, że w pkt 22.4.7) Zamawiający posługuje się pojęciem „wartość kosztów pracy” i odsyła tę wartość do ceny oferty, a nie do stawki „roboczogodziny” jak w powołanym wyżej punkcie 22.4.1).

Mając zatem na uwadze wymaganie z pkt 13.1 SIWZ wartość kosztów pracy jednego zatrudnionego nie mogła być niższa od kwoty miesięcznej brutto 2100 zł (płaca minimalna dla osób pracujących na podstawie umowy o pracę od 1 stycznia 2018 r. czyli około 1530 zł netto). Wykonawca w wyjaśnieniach wskazał na taką kwotę podając jednocześnie stawkę roboczogodziny 12,50 zł brutto/r-g przy założeniu minimalnej średniomiesięczny czas pracy 21 dni – 168h). Zatem nie jest słuszne twierdzenie, że wykonawca w kosztorysie ofertowym przyjął do ustalenia ceny oferty wartość kosztów pracy na poziomie niższym od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na rok 2018. Stawka roboczogodziny przyjęta przez Przystępującego do wyliczenia ceny oferty jest wyższa niż minimalna stawka wynikająca z przepisów ustawy o minimalnym wynagrodzeniu za pracę w przypadku pracowników zatrudnionych na podstawie umowy o pracę co jest wymagane w przypadku tego zamówienia. Z treści wyjaśnień wynika także, że koszty zatrudnienia pracownika, które ponosi pracodawca, w wysokości 2,55 zł/r-g, zostały ujęte w kosztach pośrednich od R.

Na potwierdzenie, że pracownicy zatrudnieni na umowę o pracę otrzymują wynagrodzenie zgodnie z wymaganiami ustawy o minimalnym wynagrodzeniu za pracę, Przystępujący do wyjaśnień załączył kopię listy płac za miesiąc wrzesień 2018 r.

Z uwagi na kwestionowane w odwołaniu wyliczenia przedstawione przez Przystępującego, Izba stwierdza, że Zamawiający nie określił w SIWZ, jakie koszty pracy mają być skalkulowane w stawce roboczogodziny, ani jakie koszty mogą, bądź nie mogą, znaleźć się w kosztach pośrednich od R. Zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem, wykonawca nie może ponosić negatywnych konsekwencji nawet nieprecyzyjnych postanowień SIWZ, a tym bardziej Zamawiający nie może wyciągać negatywnych konsekwencji wobec wykonawcy, który z przyznanej mu specyfikacją dowolności skorzystał. W tym przypadku, Zamawiający w treści SIWZ nie zabronił wykonawcom kwalifikować kosztów pracy ponoszonych przez pracodawcę jako koszty pośrednie, nie zawarł również wymogu, aby kosztorysowa stawka roboczogodziny przyjęta do wyliczenia ceny oferty zawierała wszystkie koszty pracy, tak jak to definiuje Rozporządzenie (skierowane do zamawiających), w kosztach bezpośrednich, które to obligatoryjne obciążenia Przystępujący ujął w kosztach pośrednich. Tak jak podnosił Zamawiający, postanowienia art. 90 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp podobnie jak i punktu 22.4.7 SIWZ, odnoszą się do kosztów pracy, (nie stawki roboczogodziny) których wartość przyjęta do ustalenia ceny oferty nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz.U. z 2017 r, poz. 847). Niewątpliwie wskazywane w odwołaniu wytyczne Rozporządzenia Ministra Infrastruktury w sprawie określenia metod i podstaw sporządzania kosztorysu inwestorskiego, obliczania planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno - użytkowym dotyczą sporządzania kosztorysów inwestorskich i szacowania zamówienia przez Zamawiającego. Z treści tego Rozporządzenia nie wynika w żaden sposób, aby wykonawcy składający oferty byli zobligowani do stosowania zawartych tam wytycznych przy sporządzaniu kosztorysów ofertowych. Taki wymóg nie został również zawarty w treści SIWZ. Zatem Przystępujący dokonał kalkulacji kosztów pracy we własnym zakresie, nie bazując na regułach Rozporządzenia, do czego miał prawo, ponieważ w specyfikacji nie narzucano wykonawcom sposobu kalkulacji ceny, podkreślając tylko, że cena oferty musi uwzględniać wszystkie wymagania SIWZ oraz obejmować wszelkie koszty, jakie poniesie wykonawca z tytułu należytej oraz zgodnej z obowiązującymi przepisami realizacji przedmiotu zamówienia. Izba zwraca dodatkowo uwagę, że cena łączna oferty nie jest kwestionowana w odwołaniu, a tylko wysokość jednego ze składników cenotwórczych, którą to argumentację – w okolicznościach faktycznych tej sprawy - Izba uznała za niezasadną.

W konkluzji Izba stwierdza, że ustalenia nie potwierdzają tym samym zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp albowiem w stanie faktycznym sprawy Zamawiający uprawniony był wezwać Przystępującego do przedstawienia informacji o wysokości czynników cenotwórczych. Także należało zaakceptować odmienny od przyjętego przez Odwołującego sposób kalkulacji ceny w kosztorysie ofertowym Przystępującego uwzględniający postanowienia i wymagania określone w SIWZ i jej załącznikach (w Opisie przedmiotu zamówienia oraz wymagania dokumentacji projektowej).

Mając powyższe na względzie orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp stosownie do jego wyniku uwzględniając przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

.....