Sygn. akt: KIO 14/20

POSTANOWIENIE

z dnia 21 stycznia 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Robert Skrzeszewski

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron oraz uczestników postępowania odwoławczego w dniu 21 stycznia 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 stycznia 2020 r. przez wykonawcę ETP S.A. z siedzibą w Katowicach w postępowaniu prowadzonym przez Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w m. st. Warszawie S.A. z siedzibą w Warszawie

przy udziale wykonawcy Instalbud sp. z o.o. z siedzibą w Rzeszowie zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 14/20 po stronie Zamawiającego,

postanawia:

1.odrzuca odwołanie;

2.kosztami postępowania obciąża wykonawcę ETP S.A. z siedzibą w Katowicach i:

2.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: ETP S.A. z siedzibą w Katowicach tytułem wpisu od odwołania,

2.2.zasądza od wykonawcy ETP S.A. z siedzibą w Katowicach na rzecz Miejskiego Przedsiębiorstwa Wodociągów i Kanalizacji w m. st. Warszawie S.A. z siedzibą w Warszawie kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198 a i 198 b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843), na niniejsze postanowienie – 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 14/20

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający: Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w m. st. Warszawie S.A. z siedzibą w Warszawie wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „Budowę kanalizacji ściekowej na Osiedlu BUKÓW zad. I - III. (Zadanie 1.1.3; Zadanie 1.1.4; Zadanie 1.1.5) - Faza V" znak sprawy 00575/WS/PW/JRP-DNP/B/2019.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 3 czerwca 2019 r., pod numerem 2019/S 105-257213.

W dniu 11 października 2019 r. Zamawiający podjął **pierwszą decyzję o wyborze** najkorzystniejszej oferty wykonawcy **Instalbud sp. z o.o.**, zwanego dalej Instalbud lub Przystępującym.

Nie zgadzając się z powyższymi czynnościami Zamawiającego w zakresie między innymi rażąco niskiej ceny Odwołujący: ETP S.A. z siedzibą w Katowicachw dniu 21 października 2019r. wniósł **pierwsze odwołanie** do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1)**art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843), zwanej dalej ustawą Pzp oraz art. 90 ust. 2 i 3 ustawy Pzp** poprzez błędną ocenę oferty i wyjaśnień Instalbud złożonych przez tego wykonawcę w trybie art. 90 ust. 2 i 3 ustawy Pzp i zaniechanie odrzucenia tej oferty jako zawierającej rażąco niską cenę i koszt,

2)art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Instalbud jako oferty niezgodnej z treścią SIWZ,

3)art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wybór oferty, która nie jest ofertą najkorzystniejszą,

4)ewentualnie art. 90 ust. 1-3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie przeprowadzenia procedury wyjaśniającej zaoferowana cenę lub koszt w taki sposób, aby możliwa była ocena tychże wyjaśnień,

5)ewentualnie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wyjaśnienia treści oferty w zakresie sposobu

realizacji przedmiotu zamówienia,

6)art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób niezgodny z zasadami uczciwej konkurencji i równego traktowania stron.

Z uwagi na powyższe zarzuty wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1)unieważnienia czynności oceny ofert, w tym wyboru najkorzystniejszej oferty,

2)**przeprowadzenie ponownej oceny ofert i odrzucenie oferty złożonej przez Instalbud, jako zawierającej niską cenę** oraz sprzeczną z treścią SIWZ,

3)ewentualnie wezwania Instalbud do złożenia kolejnych wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu oraz wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 Pzp dotyczących sposobu realizacji przedmiotu zamówienia,

4)dokonania ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty,

5)zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania, w tym kosztów reprezentacji wg przedstawionych na rozprawie rachunków.

Wyrokiem z dnia 18 listopada 2019 r.(sygn. akt KIO 2139/19) Krajowa Izba Odwoławcza w pkt 1 sentencji uwzględniła odwołanie i nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty przystępującego po stronie zamawiającego oraz nakazała zamawiającemu ponowną ocenę oferty przystępującego po wezwaniu przystępującego do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny przez: 1.1. złożenie szczegółowej kalkulacji materiału, sprzętu oraz robocizny zgodnej z dokumentacją zamawiającego.

W wykonaniu powyższego wyroku Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 grudnia 2019r. Zamawiający**wezwał Przystępującego do** wyjaśnień uzupełniających, to jest o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny oferty poprzez **złożenie szczegółowej kalkulacji materiału, sprzętu oraz robocizny zgodnej z dokumentacją zamawiającego.**

Izba ustaliła, że w następstwie powyższego wezwania **Przystępujący** pismem z dnia 13 grudnia 2019 r. **wykonał powyższe wezwanie** załączając obszerny 85 stronnicowy Preliminarz kanalizacji osiedla Buków stanowiący szczegółową kalkulację materiału, sprzętu oraz robocizny zgodnej z dokumentacją zamawiającego.

W dniu 23 grudnia 2019 r. Odwołujący: ETP Spółka Akcyjna z siedzibą w Katowicach**powziął ponownie wiadomość o wyborze oferty najkorzystniejszej wykonawcy Instalbud sp. z o.o.**, zwanego dalej Instalbud lub Przystępującym.

Nie zgadzając się z powyższą czynnością Zamawiającego Odwołujący w dniu 2 stycznia 2020 r. wniósł drugie odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec:

1)czynności oceny ofert, w tym wyboru najkorzystniejszej oferty i wybraniu oferty złożonej przez Instalbud sp. z o.o.,

2) zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez Instalbud, jako oferty zawierającej rażąco niską cenę.

Zaskarżonym czynnościom Zamawiającego zarzucił naruszenie:

1)**art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843), zwanej dalej ustawą Pzp oraz art. 90 ust. 2 i 3 ustawy Pzp poprzez błędną ocenę oferty i wyjaśnień** Instalbud złożonych przez tego wykonawcę w trybie art. 90 ust. 2 i 3 ustawy Pzp i zaniechanie odrzucenia tej oferty jako zawierającej rażąco niską cenę i koszt,

2)art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wybór oferty, która nie jest ofertą najkorzystniejszą.

Z uwagi na powyższe zarzuty wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1)unieważnienia czynności oceny ofert, w tym wyboru najkorzystniejszej oferty,

2)przeprowadzenie ponownej oceny ofert i odrzucenie oferty złożonej przez Instalbud, jako zawierającej rażąco niską cenę,

3)dokonania ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty,

4)zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania, w tym kosztów reprezentacji wg przedstawionych na rozprawie rachunków.

W ocenie Odwołującego - zaoferowana przez Instalbud cena jest ceną rażąco niską z następujących przyczyn.

Odwołujący zwrócił uwagę, że w toku postępowania, Zamawiający dwukrotnie wzywał Instalbud do złożenia wyjaśnień (pierwsze wezwanie, w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, nastąpiło pismem z dnia 12 sierpnia 2019 r., natomiast drugie - w trybie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp - pismem z dnia 6 grudnia 2019 r.

Według Odwołującego - wezwania te, w połączeniu z art. 90 ust. 2 ustawy Pzp oznaczają, że wezwany wykonawca miał obowiązek wykazania, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, w tym miał obowiązek wykazania, co składa się na zaoferowaną przez niego cenę.

W związku z tym wskazał, że zastosowanie procedury z art. 90 ustawy Pzp, tworzydomniemanie, że zaproponowana w ofercie cena nosi znamiona ceny rażąco niskiej, a zatem dowód na twierdzenie przeciwne spoczywa na wykonawcy.

Przekonywał, że powstanie tego domniemania skutkuje tym, że wykonawca (Instalbud) wezwany do złożenia wyjaśnień jeżeli chce je obalić musi wykazać, iż zaoferowana przez niego cena nie jest ceną rażąco niską. W tym też celu wykonawca musi złożyć takie wyjaśnienia, które jednoznacznie wykażą, że możliwe i realne jest rzetelne wykonanie zamówienia za zaproponowaną cenę oraz załączyć potwierdzające to dowody.

Owe wyjaśnienia muszą być konkretne, odpowiednio umotywowane i odnoszące się do danego zamówienia, jak również poparte dowodami.

Odwołujący stwierdził, że w odpowiedzi wezwanie z dnia 6 grudnia 2019 r. Instalbud złożył wyjaśnienia dotyczące sposobu kalkulacji ceny ofertowej, z jednoczesnym wskazaniem składników swojego wynagrodzenia oraz przedłożył preliminarz mający, w jego ocenie, wykazywać rzekomą prawidłowość ceny.

W ocenie Odwołującego - wyjaśnienia Instalbud są niewystarczające.

Przede wszystkim należy zauważył, że Instalbud przedłożył bardzo niewielką liczbę dowodów, które mogłyby potwierdzić zasadność jego wyliczeń oraz wykazać, że zaoferowana przez niego cena nie jest ceną rażąco niską.

W szczególności zaznaczył, że do wyjaśnień z 13 grudnia 2019 r. nie przedłożono żadnych (dosłownie ani jednego) dowodu potwierdzającego zasadność dokonanych wyliczeń.

Przyznał, że jedynie do wyjaśnień z dnia 19 sierpnia 2019 r. przedłożone ledwie kilka takich dowód.

Podkreślił, że cena zaoferowana przez Instalbud w tym postępowaniu wyniosła 17.687.400,00 zł, tymczasem suma wartości wszystkich ofert (jako dowodów) ledwie około 6 milionów złotych.

W związku z tym Odwołujący dostrzegł, że nawet gdyby oferty te uznać za należyte i niezawierające rażąco niskiej ceny, ich łączna wartość (około 1/3 wartości ceny ofertowej) jest zbyt niska, aby wytłumaczyć na ich podstawie sposób ustalenia ceny ofertowej.

Podniósł jako istotną okoliczność, że najwyższą wartościowo ofertą (dowodem) jest oferta od spółki Instal-Nika sp. k. na kwotę 4.174.277,00 zł brutto, tj. od podmiotu, który, jak wskazał sam Instalbud, podwykonawcą w tym postępowaniu nie będzie, trudno zatem, aby oferta taka miała stanowić jakikolwiek dowód w tym postępowaniu.

Ponadto stwierdził, że nie można uznać za wyjaśnienie ceny ofertowej, kiedy wykonawca de facto zastępuje własną ofertę ofertą podmiotu trzeciego. Przyjęcie takiego zachowania wykonawcy doprowadziłoby do sytuacji, że wykonawca wezwany do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, zamiast faktycznie wyjaśniać sposób kalkulacji, przedkładałby ofertę uzyskaną od podmiotu trzeciego, na przyjętym przez siebie w ofercie do zamawiającego poziomie.

Wywodził, że wyłączywszy zatem tę ofertę z dowodów zostaje kwota niecałych 2 mln zł przy cenie ofertowej ponad 17,5 mln zł.

Wskazał przy tym, że Instalbud w szczególności:

-w żaden sposób nie udowodnił kosztów pracowniczych, które przyjęte zostały na bardzo zaniżonym poziomie, nie przedkładając choćby wydruków z dokumentacji księgowej czy też umów o pracę (oczywiście zanonimizowanych); co istotne koszt robocizny w tym postępowaniu należało uznać za niebagatelny, albowiem wynosi on (łącznie z kosztami kierownictwa budowy) ok. 12,39 % ceny ofertowej,

-z kosztów materiałów wykazano stosownymi dowodami jedynie kwotę ok. 1.432.135,19 zł, podczas gdy łączna wartość materiałów to ok. 34,57 % ceny ofertowej, czyli kwota ok. 6.114.727,44 zł,

-w żaden sposób nie potwierdził dowodami kosztów pracy sprzętu, a koszt ten jest niebagatelny, bo wynosi ok. 19,35 % ceny ofertowej,

-nie wykazał, aby był właścicielem (ewentualnie dysponował jako leasingobiorca) jakiegokolwiek sprzętu, który, wg jego twierdzeń z postępowania KIO 2139/19 rzekomo posiadał jako własny, i który dawał mu odpowiednie oszczędności,

-nie udowodnił kosztów finansowych, w tym kosztów finansowania odroczonych wypłat wynagrodzenia oraz kosztów pozyskania wadium, gwarancji należytego wykonania umowy, ubezpieczenia,

-nie przedłożył ani jednego dowodu na okoliczność kosztów organizacji zaplecza budowy,

-nie przedłożył dowodów kosztów wskazanych w części preliminarza pt. „wymagania ogólne”, w tym w

szczególności kosztów geodezji, czy też kosztów zajęcia pasa drogowego (nie wskazano sposobu wyliczenia podanej kwoty, a więc przyjętej stawki bazowej, ilości zajmowanego pasa drogowego, jak i czasu jego zajęcia).

W konsekwencji tak szczątkowa ilość dowodów – w ocenie Odwołującego - nie może być w żaden sposób uznana za właściwe udowodnienie wyjaśnień.

Powyższe istotne deficyty dowodowe wzbudziły tym większe zdziwienie, że Odwołujący już w odwołaniu z dnia 21 października 2019 r. (KIO 2139/19) wskazywał, że Instalbud nie udźwignął spoczywającego na nim ciężaru dowodowego wykazania, że wykazana przez niego cena nie jest ceną rażąco niską, kwestionując zarówno braki w dowodach, jak i same wyliczenia.

Zatem, zdaniem Odwołującego - wykonawca ten miał wystarczająco możliwości, aby stosowne dokumenty przekazać Zamawiającemu. Skoro jednak Instalbud ponownie, wraz z wyjaśnieniami z dnia 13 grudnia 2019 r. nie dostarczył takich dowodów, powinno to prowadzić do stosownych wniosków i konsekwencji procesowych wynikających z art. 90 ust. 2 Pzp.

Zasadnym dla Odwołującego jest uznanie, że wyjaśnienia i wyliczenia przedłożone przez Instalbud stanowią tylko gołosłowne oświadczenia, w znacznej części nie poparte żadnymi dokumentami, w związku z czym nie mogą one świadczyć o prawidłowym wyliczeniu ceny ofertowej.

O braku rzetelności i wysokiej niewiarygodności wyjaśnień Instalbud świadczy dla Odwołującego, nie tylko brak odpowiednich dowodów, ale także i wzajemne niespójności w wyjaśnieniach składanych przez Instalbud.

W szczególności ten brak spójności widać porównując preliminarz kosztów złożony dnia 13 grudnia 2019 r. z tzw. „Tabelą wykazu cen" złożoną wraz z wyjaśnieniami z 19 sierpnia 2019 r. oraz oświadczeniami składanymi w toku sprawy KIO 2139/19.

Zwrócił uwagę, że przede wszystkim pomiędzy preliminarzem, a tabelą wykazu cen istnieją daleko idące rozbieżności, których nie da się wyjaśnić np. wprowadzeniem dodatkowych pozycji w preliminarzu. Zapowiedział, że stosowne porównanie w formie tabelarycznej zostanie przedłożone na rozprawy przed KIO.

Argumentował, że także szereg argumentów, na które powoływał się Instalbud w sprawie KIO 2139/19 nie znajduje żadnego potwierdzenia w wyjaśnieniach z dnia 13 grudnia 2019 r. jak i dowodach (a zasadniczo ich braku).

Zdaniem Odwołującego - taki brak konsekwencji wskazuje dość jednoznacznie, że wyjaśnienia składane przez Instalbud są sztucznie dopasowywane do zaoferowanej ceny, a cena ofertowa nie została ustalona na podstawie rzetelnej kalkulacji kosztowej.

Analizując wyjaśnienia Instalbud z dnia 13 grudnia 2019 r. podkreślił, że Instalbud praktycznie nie odniósł się do kosztów pracowniczych.

Przyznał, że co prawda przy poszczególnych robotach robocizna została rzekomo proporcjonalnie uwzględniona, jednak Instalbud nie wykazał, że faktycznie jest w stanie ponieść te koszty na tak niskim poziomie, jaki wynika z wyjaśnień i preliminarza.

Zarzucił, że przede wszystkim wykonawca nie przedłożył żadnych dowodów potwierdzających faktyczny poziom kosztów pracowniczych, takich jak chociażby zanonimizowane umowy o pracę na stanowiska konieczne do realizacji zamówienia.

Odwołujący stanowczo zakwestionował, aby koszty pracownicze, w tym także koszty kierownictwa budowy (szczególnie kierowników robót) mogły być na tak niskim poziomie.

Wskazał przy tym, że z preliminarza załączonego do wyjaśnień wynika, że koszt 1 roboczogodziny (zwanej dalej „rbh") 1 pracownika zatrudnionego do realizacji zamówienia wynosi 22,50 zł.

W ocenie Odwołującego - Instalbud - co wynika z preliminarza i wyjaśnień z dnia 13 grudnia 2019 r. - kalkulując cenę ofertową poczynił znacznie zaniżone założenia w tym zakresie, co skutkuje tym, że wskazane przez niego koszty pracownicze są zaniżone, w stopniu podważającym ofertę tego wykonawcy.

Przede wszystkim, z doświadczenia Odwołującego wynika, że przy wyliczaniu wysokości kosztów pracy należy wziąć pod uwagę szereg czynników, które wpływają na ostateczną wysokość kosztu pracy ponoszonego przez pracodawcę. To, choć oczywiście ma związek, nie jest tożsame z wynagrodzeniem pracownika. Każdy bowiem przedsiębiorca wie, że koszt pracy jest znacznie wyższy niż wynagrodzenie pracownika.

Po pierwsze, zaznaczył, że ustalając koszt pracy bierze się pod uwagę wynagrodzenie brutto powiększone o stawki na ubezpieczenie społeczne płatne przez pracodawcę. Stawki te zwiększają koszt pracy ustalony jedynie na podstawie wynagrodzenia pracownika o trochę ponad 20%. Koszt taki musi być uwzględniony w wycenie pracy

pracownika ma bowiem obligatoryjne zastosowanie, co oznacza, że nawet przy minimalnym wynagrodzeniu za pracę wynoszącym od stycznia 2020 r. kwotę 2.600,00 brutto, całkowity koszt dla pracodawcy wynosi ok 3.120,00 zł miesięcznie.

Po drugie, przekonywał, że należy wziąć pod uwagę ustawowe i płatne zwolnienia od pracy, które powoduje zwiększenie efektywnej godzinowej stawki kosztu za pracę (albowiem ów czas płatnego zwolnienia od pracy powiększa jednostkowy koszt pracy). Powyższe w szczególności dotyczy urlopu wypoczynkowego, który wynosi 26 dni (tj. 208 rbh, czyli miesięcznie 17,33 rbh), co oznacza, że koszt pracy zwiększa się efektywnie wskutek urlopu o 10% (średnio 176 rbh/mc do 17,33 rbh urlopu). Dodatkowo 15 min przerwa od pracy umniejsza miesięczny czas pracy o 5,5 rbh.

Wreszcie, dalej wywodził, że czas pracy umniejszają także dodatkowe (oczywiście płatne) dni wolne od pracy (poza niedzielami), czyli tzw. święta. Rocznie jest 13 dni. Średniorocznie takie święta umniejszają czas pracy pracownika o 10 dni w roku (w zależności od dnia tygodnia, w który wypadają), a w 2020 r. umniejszą one czas pracy o 9 dni, tj. 72 rbh, czyli 6 rbh/mc.

Powyższe oznacza, że pracownik zobowiązany jest do pracy przez średniomiesięcznie 147,17 rbh pracy (176 rbh/mc - 17 rbh/mc urlopu - 5,5 rbh/mc płatnych przerw - 6 rbh/mc dodatkowych dni wolnych od pracy). Co najwyżej taki czas pracy można wziąć pod uwagę na potrzeby wyliczeń kosztu rbh pracy.

Zdaniem Odwołującego - przyjmując wynagrodzenie minimalne pracownika w wysokości 2.600,00 zł m-c brutto, otrzymujemy koszt pracodawcy na poziomie 3.120,00 zł m-c. Dzieląc to przez 147,17 rbh/m-c otrzymujemy koszt godzinowy na poziomie 21,22 zł, podczas gdy Instalbud tymczasem przyjął koszt pracy na praktycznie identycznym poziomie tj. 22,5 zł za rbh, co świadczy, że wykonawca ten przyjął założenie, że praktycznie jego wszyscy pracownicy (poza kierownictwem budowy) pracują za najniższe dopuszczalne prawem wynagrodzenie. Jest to założenie całkowicie nierealne, nieprawdopodobne i odbiegające od realiów rynkowych.

Dla Odwołującego - powszechnie wiadomym jest, że najniższe wynagrodzenie jest w praktyce bardzo rzadko stosowane, a w branży budowlanej, która od dłuższego już czasu zmaga się problemem braku ludzi do pracy, praktycznie niespotykane.

W tej branży, nawet na stanowiskach pracy nie wymagających praktycznie żadnych kwalifikacji wynagrodzenia są wyższe niż wynagrodzenie minimalne (ok 3.000,00 zł brutto, czyli bez kosztu pracodawcy). Pracownicy na stanowiskach wymagających pewnych kwalifikacji (np. operatorzy sprzętu, kierowcy, brygadziści, majstrzy, elektrycy itp.) otrzymują jeszcze większe wynagrodzenie (w przedziale 3.200,00 do 4.500,00 zł).

Dla Odwołującego kuriozalnie Instalbud przyjął założenie takiej samej stawki godzinowej za pracę dla wszystkich pracowników, podczas gdy powszechnie wiadomym jest, że stawki za pracę są różne w zależności od kwalifikacji i specjalności. Przyjęcie równej (i to na minimalnym poziomie) stawki za pracę pokazuje skrajną nierzetelność wyjaśnień. Co więcej, w sytuacji, w której przyjęto najniższą z możliwych stawek trudno także mówić o uśrednionej stawce wynagrodzenia, co oznacza, że Instalbud przy kalkulacji ceny ofertowej założył, że wszyscy pracownicy, którzy będą wykonywali roboty budowlane w ramach zamówienia, otrzymają takie samo (w praktyce minimalne) wynagrodzenie.

Dodatkowo, zauważył, że przyjęta stawka nie uwzględnia faktu, że zamówienie ma być realizowane przez okres 20 m-cy, a więc stawki te najpewniej jeszcze z czasem wzrosną, choćby wskutek zapowiadanego wzrostu płacy minimalnej.

Zarzucił konkurentowi zaniżenie także kosztów kierownictwa budowy, w szczególności w odniesieniu do kosztów pracy wynagrodzeń kierownika budowy oraz kierowników robót, bowiem Instalbud przyjął ich łączny miesięczny koszt pracy na poziomie 12.500,00 zł, tymczasem przy wymaganiach zamawiającego określonych w SIWZ (5 wysoko wykwalifikowanych i doświadczonych osób) jest to niemożliwe.

Nadto, zauważył, że osoby na takich stanowiskach średniomiesięcznie zarabiają ok. 7.500,00 - 9.000,00 zł brutto, a także, że efektywne koszty pracodawcy są jeszcze wyższe niż powyższe wyliczenia, co także powinno wpłynąć na ocenę wyjaśnień Instalbudu.

Dodatkowo, w przekonaniu Odwołującego - uwzględnić należało m.in. takie elementy jak:

- statystyczne koszty wynagrodzeń chorobowych, urlopów okolicznościowych, macierzyńskich/tacierzyńskich i innych pełnopłatnych przez pracodawcę,

- koszty tzw. absenteizmu (nieobecności w pracy) i prezenteizmu (czyli tzw. nieefektywnej obecności w pracy),

- koszty wykonywania innych obowiązków pracodawcy, np. szkolenia bhp, okresowe badania zdrowotne, itp.,

- koszty wyposażenia pracowników w podstawowe narzędzia pracy i ochrony BHP (np. ubrania robocze, kaski)

oraz ich utrzymania (pranie, wymiana na nowe, itp.),

- koszty prowadzenia dokumentacji i sprawozdawczości pracowniczej.

W ocenie Odwołującego - te czynniki także istotnie wpływają na zwiększony koszt pracy dla pracodawcy i nie mogą być pomijane w ustalaniu kosztów realizacji robót budowalnych.

Uwzględniając powyższe czynniki należy uznać – według Odwołującego, że koszty pracownicze zostały zaniżone o co najmniej ok. 25-30%.

Przekonywał, że koszt pracy stanowi znaczącą część ceny ofertowej, a zatem koniecznym było, aby Instalbud składając wyjaśnienia i wskazując sposób kalkulacji ceny ofertowej, w sposób szczegółowy odniósł się do sposobu wyliczenia tych kosztów.

Reasumując powyższe rozważania, podkreślił, że w swoich wyjaśnieniach - oprócz lapidarnego stwierdzenia w piśmie oraz pojedynczych pozycji w preliminarzu - Instalbud nie wykazał, że jest w stanie ponosić koszty pracownicze na faktycznie tak niskim poziomie jak 22,50 zł/rbh.

W konsekwencji zarzucił, że Instalbud nie wykazał, że przyjęte przez niego koszty pracownicze nie są rażąco niskie ani że, tym samym, cała cena ofertowa nie jest rażąco niska, co powinno prowadzić do wniosku, że wykonawca ten nie obalił skutecznie domniemania, że zaoferowana przez niego cena jest rażąco niską.

Podniósł brak jakiegokolwiek dowodu ze strony wykonawcy na przyjęcie tak nierealnej stawki kosztu godziny pracy.

Dalej, zarzucił, że Wykonawca w żadnym miejscu swego preliminarza nie wycenił też kosztów usług usuwania wad i usterek, podczas gdy w branży budowlanej oczywiste jest, że nie ma takich robót budowlanych, w których nie pojawiłyby się wady lub usterki i to niezależności nawet od wysokiej jakości tychże robót.

Zwrócił uwagę, że w niniejszym postępowaniu Instalbud zaoferował aż 48 miesięczny okres gwarancyjny, a więc stosunkowo długi, co istotnie zwiększa jego ryzyka.

Oczywiste dla Odwołującego jest przy tym, że koszty usuwania wad i usterek pojawiających się w okresie gwarancji muszą być uwzględnione w cenie oferty. Średnioroczny koszt gwarancji (usuwania wad) to ok. 0,5 do 1% wartości prac, a tym samym w okresie 4 letnim ten uśredniony (do 0,75%) koszt wynosi w tym przypadku ok. 530.000,00 zł.

Wskazał, że z analizy preliminarza załączonego do wyjaśnień z dnia 13 grudnia 2019 r. wynikają dalsze okoliczności świadczące o tym, że pomimo twierdzeń Instalbudu, zaoferowana przez niego cena jest ceną rażącą niską.

Po pierwsze, zauważył, że dla Zadania 1.1.3 w pozycji preliminarza 2.1.16.4 Instalbud przyjął błędną (zbyt niską) ilość rur koniecznych do wykonania robót budowlanych.

W preliminarzu przyjęto 18 mb rur osłonowych stalowych, prawdopodobnie zgodnie z uzgodnieniami z Wojewódzkim Zarządem Melioracji i Urządzeń Wodnych z dnia 11 grudnia 2012 r.

W rzeczywistości, zgodnie z zamiennym projektem z dnia 10 maja 2017 r. faktycznie konieczna ilość mb rur osłonowych stalowych niezbędnych do realizacji Zamówienia na tym odcinku wynosi 34. Różnica w wycenie wynosi około 14.500,00 zł, o które wyższa powinna być cena ofertowa wykonawcy.

Po drugie, zwrócił uwagę, że Instalbud przyjął błędną technologię ułożenia ww. rur osłonowych, co również przekłada się bezpośrednio na zbyt niską cenę przewidzianą przez wykonawcę za realizację tej części robót budowlanych.

Zaznaczył, że w preliminarzu, pozycję tę wykazano jako rury osłonowe (ułożenie rur stalowych w rozkopie), a k kosztorysie zastosowano nakłady robocizny do układania rur w rozkopie „norma R=1,33 r-g/m", przy braku wykazania w sprzęcie nakładów na pracę maszyny do wierceń poziomych.

Argumentował, że wbrew założeniom Instalbudu, metodę bezwykopową należy zastosować zgodnie z opisem technicznym (str. 9 pkt 13 dokumentu „Przejścia pod ciekami wodnymi (kanał Henrykowski, rurociąg KD1200 Struga Jabłonna)"), gdzie zaprojektowano metodą bezwykopową mikrotunelingiem z rur osłonowych Dz610xl0mm zgodnie z Pozwoleniem Wodnoprawnym (Decyzja Nr 1473/OŚ/2017). Również Zamawiający potwierdził takie technologie w odpowiedzi na pytanie nr 50 z dnia 3 lipca 2019 r.

W konsekwencji tych błędnych założeń, Instalbud w swojej wycenie ujął wykonanie całego odcinka (87,2 m) metodą bezwykopową - Dn 300mm i ułożenie rur osłonowych Dz610x10 rozkopem 2 odcinki, podczas gdy zgodnie z dokumentacją i odpowiedzią na pyt. nr 50 należało wykonać 2 odcinki Dz610x10 mikrotunelem, przeciągnąć w nim rury kamionkowe, oraz wykonać mikrotunel Dn300 na pozostałych odcinkach.

Z uwagi na powyższe, zarzucił, że Instalbud w kosztorysie nie uwzględnił większej średnicy mikrotunelu, bowiem przeliczając różnicę w technologii (przyjmując nakłady wg średnich cen Sekocenbudu za II kwartał 2019 r. oraz koszt maszyny przewiertowej wg wyceny Instalbud) należało wskazać, że cena Instalbud za te roboty jest zaniżona o kolejną kwotę rzędu około 37.400,00 zł.

Dodatkowo, podniósł, że następujące koszty zostały podane w preliminarzu na podstawie nierealnych zaniżonych stawek, co w konsekwencji wpływa na to, że ostateczna łączna cena ofertowa jest rażąco niska:

- w dziale 4.29 i (analogicznych dla każdego zakresu robót) wskazane zostały zaniżone koszty odtworzenia podbudowy; biorąc pod uwagę, że wskazano poprawną cenę kruszywa oraz uwzględniając narzut i zyski wykonawcy, na pokrycie wydatków na sprzęt, robociznę, koszty i zysk pozostaje kwota 0,2796 zł/m2/1cm, podczas gdy realne ceny rynkowe wynoszą 0,60-0,70 zł/1cm;

- mieszkanki piaskowe i z kruszyw mają zaniżone nakłady (nawet nie uwzględniając wskaźnika zagęszczenia piasku i kruszywa), ponieważ prawidłowy nakład piasku za 1 m^2/1cm powinien wynieść 0,017t a kruszywa 0,020 t, podczas gdy Instalbud wskazał nakłady w następujących wymiarach: piasek 0,0105 t a kruszywa 0,0212 t; konieczność wykorzystania większego nakładu tych materiałów poskutkuje zwiększeniem wydatków wykonawcy w tym zakresie, w związku z czym cena wskazana w ofercie jest zbyt niska;

- błędne założenia (skutkujące uwzględnieniem w cenie ofertowej zbyt niskiej ilości surowców, a tym samym uwzględnienia zbyt niskiej ceny) dotyczą również mieszanek asfaltowych, które w zależności od użytego kruszywa ważą od 2,2-2,7t/m^3, czyli co najmniej 0,022t/1m^2/1cm, podczas gdy w ofercie Instalbud wskazał, że podbudowa asfaltowa 18 cm waży 0,0108t/1m^2/1cm, warstwa wiążąca 9 cm - 0,0165t/1m^2/1cm, a warstwa ścieralna 4 cm - 0,0255t/1m^2/1cm;

- w kosztorysie w poz. 3.22.3 Instalbud wskazał ponadto błędną cenę za budowę studni o 0,60 m w kwocie 900,00 zł, podczas gdy zgodnie z przedłożoną ofertą podwykonawcy HTI cena za studnię DN600mm wynosi 2.112,53 zł (co istotne, taka cena została wskazana w innych pozycjach kosztorysu);

- ponadto dla pozycji „Budowa studni o DN600" zostały zaniżone nakłady rbh: w preliminarzy była uwzględniona 1 rbh, podczas gdy powszechnie przyjęta norma przewiduje na te roboty wymiar 6,75 rbh, co daje różnicę w kosztach 1.073,07 zł,

- Instalbud przyjął również nierealne ceny za włazy żeliwne w wysokości 380 zł/szt., podczas gdy faktyczna cena rynkowa wynosi 450 zł/szt., co dla całego zakresu robót daje kwotę około 7.420,00 zł.

Zdaniem Odwołującego - zarówno zaznaczone wcześniej zastrzeżenia, jak i powyższe nieścisłości w preliminarzu, wskazują, że Instalbud nie wykazał się należytą starannością w kalkulowaniu ceny ofertowej, zaś popełnione omyłki i przyjęte zaniżone stawki powodują, że łączna cena ryczałtowa jest zbyt niska, aby można było za nią wykonać przedmiot zamówienia w sposób należyty, przewidziany przez Zamawiającego.

W świetle powyższego, stwierdził, że oprócz braku dowodów potwierdzających oświadczenia Instalbudu w takich kwestiach jak chociażby koszty ubezpieczeń, kosztów gwarancji czy kosztów pracy, kalkulacja ceny ofertowej przez Instalbud zawiera szereg nieścisłości w stosunku do dokumentacji projektowej dostarczonej przez Zamawiającego, które poskutkowały zaniżeniem poszczególnych pozycji i w konsekwencji łącznej ceny ofertowej, a tym samym świadczą o jej rażąco niskim charakterze.

Dodatkowo, zwrócił uwagę na fakt, że pomimo, iż zgodnie z SIWZ cena ofertowa jest ceną ryczałtową, nie zwalnia to wykonawcy z obowiązku należytego wykazania (poprzez wyliczenia i dowody), w jaki sposób została ustalona jej wysokość i co się na nią składa.

Odwołujący nie podzielił stanowiska Instalbud, jakoby leżące po stronie wykonawcy ryzyko błędnego skalkulowania ceny mogło uzasadnić dopuszczenie ceny zaniżonej (rażąco niskiej), bowiem cena ryczałtowa musi być adekwatna do przedmiotu zamówienia, a tym samym nie może opierać się na nierealnych i zaniżonych kosztach.

W dniu 7 stycznia 2018r. Przystępujący zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Pismem z dnia 20 stycznia 2020 r. Zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie wnosząc o jego odrzucenie z uwagi na wystąpienie bezwzględnej przesłanki formalnej odrzucenia, wynikającej z art.189 ust.2 pkt 4 i pkt 5 ustawy Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dokumentacyjnego przedmiotowego postępowania przetargowego, w tym akt sprawy odwoławczej o sygn. akt KIO 2139/19, Izba postanowiła odwołanie odrzucić.

Na posiedzeniu niejawnym, po wysłuchaniu argumentacji stron i uczestnika, Izba doszła do przekonania, że

zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania na podstawie art. 189 ust.2 pkt. 4, pkt. 5 ustawy Pzp.

Pierwszą z podstaw prawnych uzasadniających czynność odrzucenia odwołania na zasadzie art. 189 ust.2 pkt. 3 ustawy pzp jest przepis, który to stanowi, że Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie.

Jednocześnie, w myśl art.182 ust.1 pkt 1 odwołanie wnosi się w terminie 10 dni od dnia przesłania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia - jeżeli zostały przesłane w sposób określony w zdanie drugie albo w terminie 15 dni - jeżeli zostały przesłane w inny sposób - w przypadku gdy wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie .

Według zapatrywania Izby – Odwołujący mógł kwestionować in concreto zarówno koszty pracownicze, jak i brak kosztów gwarancji, niedoszacowane koszty rur na etapie poprzedniego postępowania odwoławczego, czego nie uczynił, a zatem należało uznać te zarzuty za spóźnione i jako takie podlegające odrzuceniu.

Drugą z podstaw prawnych uzasadniających czynność odrzucenia przedmiotowego odwołania jest przepis art. 189 ust.2 pkt. 4 ustawy Pzp, zgodnie z którym Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołujący powołuje się wyłącznie na te same okoliczności, które były przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę w sprawie innego odwołania dotyczącego tego samego postępowania wniesionego przez tego samego odwołującego się.

Izba ustaliła, że zarówno w pierwszym, jak i w obecnie rozpoznawanym odwołaniu istotą sporu były te same okoliczności faktyczne i prawne związane z rażąco niską ceną lub kosztem, które Odwołujący podnosił w poprzednim odwołaniu.

Zarówno w tym, jak i w poprzednim postępowaniu odwoławczym odnosił się do przekazanych przez Przystępującego ofert – w jego ocenie - nie pokrywających w całości przedmiotu zamówienia: oferta HTI BP sp. z o.o. sp. k. na kwotę 807.458,89 zł brutto, oferta Instal-Nika sp. z o.o. sp. k. na kwotę 4.174.277,00 zł brutto, oferta P.V. Prefabet Kluczbork S.A. na kwotę 356.967,96 zł brutto, oferta Rurex sp. z o.o. na kwotę 749.251,20 zł brutto, oferta Nadolles sp. z o.o. na wykonanie mikrotunellingu.

Nadto, wskazane podstawy prawne obu odwołań były identyczne.

Ostatecznie, Izba doszła do przekonania, że odwołanie zostało wniesione w warunkach opisanych w przepisie art. 189 ust.2 pkt. 4 ustawy Pzp stosownie do którego, Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie dotyczy czynności, którą zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby lub sądu lub, w przypadku uwzględnienia zarzutów w odwołaniu, którą wykonał zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Według zapatrywania Izby – Zamawiający wzywając Przystępującego zgodnie z treścią cyt. wyżej wyroku Krajowej Izby Odwoławczej, którego Odwołujący nie zaskarżył, wykonał go w całości.

Jednocześnie, Izba stwierdziła, że Przystępujący wykonał go w całości w granicach żądania Zamawiającego i nakazu Krajowej Izby Odwoławczej.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 zd.2 ustawy Pzp postanowiła odrzucić odwołanie.

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

Przewodniczący:……