

WYROK

z dnia 11 stycznia 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca:Renata Tubisz

Protokolant:Szymon Grzybowski

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 7 grudnia 2020r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 grudnia 2020r. przez **odwołującego:** Garden Designers Sp. z o. o. Sp. k., ul. Grenadierów 13. 20-331 Lublin w postępowaniu prowadzonym przez **odwołującego:** Gminę Starachowice, ul. Radomska 45, 27-200 Starachowice

orzeka

1. oddala odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża Garden Designers Sp. z o. o. Sp. k., ul. Grenadierów 13. 20-331 Lublin i

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10.000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez Garden Designers Sp. z o. o. Sp. k., ul. Grenadierów 13. 20-331 Lublin tytułem wpisu od odwołania

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.) oraz art. 580 ust.1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) w związku z art. 92 ust.1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz.U z 2019 r. poz.2020) na niniejszy postanowienie – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

Przewodniczący:.....

Uzasadnienie

Postępowanie dotyczy przetargu nieograniczonego pn. Zagospodarowanie otoczenia wokół budynku Starachowickiego Centrum Kultury w ramach Projektu "Rewitalizacja - Lepsze życie w Starachowicach, mieście, które znalazło pomysł na siebie" (dalej jako „Postępowanie”)

Numer referencyjny: ZP.271.25.2020.PMag

Numer ogłoszenia Biuletyn Zamówień Publicznych: 595986-N-2020 z dnia 2020-10-13 rok.

Wysokość wpisu: 10.000 złotych.

Na podstawie art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz.U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, składam niniejszym odwołanie wobec następujących czynności i zaniechań Zamawiającego naruszających ustawę Pzp:

1) wadliwej oceny oferty wykonawcy wybranego/przystępującego po stronie zamawiającego dalej jako „DROGMAR” poprzez błędne uznanie, że oferta ww. wykonawcy nie podlega odrzuceniu;

2) wadliwej oceny oferty Zakład Usług Wodnych i Komunalnych Ł. M. (Al. Armii Krajowej 26, 27-200 Starachowice) dalej jako „ZUWiK” poprzez błędne uznanie, że oferta ww. wykonawcy nie podlega odrzuceniu.

Zamawiającemu zarzucono naruszenie:

(1) art. 89 ust. 1 pkt 4) ustawy Pzp w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp poprzez nieprawidłową ocenę złożonych przez DROGMAR wyjaśnień rażąco niskiej ceny, z których wynika że wykonawca ten przyjął do ustalenia ceny swojej oferty koszty pracy na poziomie niższym od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie właściwych przepisów;

(2) art. 89 ust. 1 pkt 4) ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy DROGMAR, mimo że jego oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, co potwierdza przyjęcie przez tego wykonawcę do ustalenia ceny swojej oferty kosztów pracy na poziomie niższym od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie właściwych przepisów;

(3) art. 89 ust. 1 pkt 4) ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy ZUWiK, mimo że jego oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, co potwierdza przyjęcie przez tego wykonawcę do ustalenia ceny swojej oferty kosztów pracy na poziomie niższym od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie właściwych przepisów;

(4) art. 89 ust. 1 pkt 1) ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia ofert wykonawców DROGMAR i ZUWiK, mimo że oferty tych wykonawców są niezgodne z ustawą Pzp, tj. art. 90 ust. 1 pkt 1) Pzp, z uwagi na zaofiarowanie przez tych wykonawców stawki roboczogodziny, której wartość jest niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie właściwych przepisów;

(5) art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia ofert wykonawców DROGMAR i ZUWiK, mimo że jego oferty tych wykonawców są niezgodne z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia („SIWZ”), tj. z postanowieniami nakazującymi zaofiarowanie stawki roboczogodziny na poziomie zgodnym z minimalnym

wynagrodzeniem za pracę ustalonego na podstawie właściwych przepisów;

(6) art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia ofert wykonawców DROGMAR i ZUWiK, mimo że zawierają one błąd w obliczeniu ceny polegający na zaoferowaniu stawki roboczogodziny, której wartość jest niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie właściwych przepisów,

a w konsekwencji:

(7) art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasady prowadzenia postępowania o

udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości, a także poprzez wybór niezgodnie z przepisami ustawy Pzp jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy DROGMAR, a zaniechanie wyboru oferty Odwołującego.

II. Na podstawie art. 190 ust. 1 ustawy Pzp wniesiono o:

(1) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów załączonych do odwołania, wnioskowanych w odwołaniu lub przedstawionych na rozprawie, na okoliczności wskazane w uzasadnieniu pisemnym bądź ustnym.

III. Na podstawie art. 180 ust. 3 ustawy Pzp wnoszę o:

(2) rozpatrzenie i uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej wykonawcy DROGMAR;

- nakazanie Zamawiającemu odrzucenie oferty wykonawcy DROGMAR jako oferty niezgodnej z treścią SIWZ, ustawą Pzp, zawierającej błąd w obliczeniu ceny oraz zawierającej rażąco niską cenę, względnie - z ostrożności procesowej - nakazanie Zamawiającemu wezwanie DROGMAR do wyjaśnienia sposobu kalkulacji stawki roboczogodziny;

- nakazanie Zamawiającemu odrzucenie oferty wykonawcy ZUWiK jako oferty niezgodnej z treścią SIWZ, ustawą Pzp, zawierającej błąd w obliczeniu ceny oraz zawierającej rażąco niską cenę, względnie - z ostrożności procesowej - nakazanie Zamawiającemu wezwanie ZUWiK do wyjaśnienia sposobu kalkulacji stawki roboczogodziny;

- nakazanie Zamawiającemu dokonanie ponownego badania i oceny ofert.

(3) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przewidzianych przepisami prawa zgodnie z fakturą przedstawioną na rozprawie.

W przypadku uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu (art. 186 ust. 2 ustawy Pzp) Odwołujący żąda od Zamawiającego dokonania czynności zgodnie ze wskazanym powyżej żądaniem Odwołania.

IV. Termin na wniesienie odwołania

Z uwagi na fakt, że zamówienie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego, a wartość przedmiotowego zamówienia nie przekracza wyrażonej w złotych polskich równowartości kwoty euro - zgodnie z rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów w sprawie kwot wartości zamówień, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich wydanym na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp:

1) niniejsze odwołanie wniesione jest w terminie, tj. w terminie 5 dni od dnia powzięcia wiadomości o czynnościach Zamawiającego stanowiących przedmiot odwołania.

W dniu 9 grudnia 2020 r. Zamawiający przekazał Odwołującemu drogą elektroniczną informację o wyborze oferty najkorzystniejszej złożonej przez wykonawcę DROGMAR. Wobec

powyższego niniejsze odwołanie jest wnoszone w ustawowym terminie.

V. Interes we wniesieniu odwołania

Odwołujący posiada interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, uprawniający go do złożenia odwołania, gdyż zaniechanie odrzucenia ofert wykonawców DROGMAR oraz ZUWiK pozbawia Odwołującego możliwości zawarcia umowy i następnie jej realizacji. Odwołujący w wyniku naruszenia przez Zamawiającego ustawy Pzp zostaje pozbawiony uzyskania zamówienia, a tym samym może ponieść z tego tytułu znaczną szkodę.

Oferta Odwołującego jest ofertą - pod względem złożonych ofert oraz kryterium oceny ofert - klasyfikującą się na trzeciej pozycji w Postępowaniu. W sytuacji odrzucenia ofert ww. wykonawców oferta Odwołującego będzie mogła zostać uznana za najkorzystniejszą.

Interes prawny we wniesieniu niniejszego odwołania materializuje się także w konieczności zapewnienia zgodności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z przepisami (interes prawny sensu largo); tak rozumiany interes we wnoszeniu środków ochrony prawnej znajduje potwierdzenie również w wyrokach Sądów Okręgowych (np. wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z 19 grudnia 2007 r., sygn. akt V Ca 2506/07 niepubl). Powspólnotowa wykładnia interesu prawnego we wnoszeniu środków ochrony prawnej obejmującą swym zakresem również możliwość doznania przez wykonawcę szkody wskutek czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia (por. np. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 02.02.2010 r., sygn. akt. KIO/UZP 1756/09). W przywołanym także przez Odwołującego wyroku KIO z dnia 9 stycznia 2009 r. (sygn. akt. KIO/UZP 1493/08), Izba trafnie wskazała, że interes prawny może mieć swe uzasadnienie we wnoszeniu środków prawnych w celu zapewnienia prawidłowości postępowania o udzielenie zamówienia prowadzącym do skutku w postaci zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego zgodnie z prawem, nawet jeśli zawarcie umowy nastąpi z innym wykonawcą (interes prawny sensu largo)."

VI. Pozostałe wymogi formalne

Zachowany został warunek przekazania treści odwołania Zamawiającemu - stosownie do treści art. 180 ust. 5 ustawy Pzp - przed upływem terminu do złożenia odwołania, na dowód czego Odwołujący załącza kopię nadania odwołania do

Zamawiającego.

Wpis od odwołania został należycie uiszczony - tj. w wysokości 10 000 złotych na konto Urzędu Zamówień Publicznych, a dowód uiszczenia wpisu załączony został do odwołania.

1. Zamawiający pismem z dnia 24.11.2020 r. wezwał wykonawcę DROGMAR do złożenia wyjaśnień odnośnie kalkulacji ceny oferty. Wykonawca ten odpowiedział pismem z dnia 26.11.2020 r. na ww. wezwanie. Podobnego wezwania w stosunku do wykonawcy ZUWiK Zamawiający nie sformułował, co oznacza, że uznał cenę jego oferty za prawidłowo skalkulowaną.

Dowód: Korespondencja pomiędzy Zamawiającym a wykonawcą Grab-Bud odnośnie wyjaśnienia rażąco niskiej ceny - w dokumentacji Postępowania.

2. Zgodnie z pkt 1 SIWZ Zamawiający wskazał:

„Zamawiający wymaga zatrudnienia przez Wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie umowy o pracę, w rozumieniu art. 22 § 1 ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. Kodeks pracy, osób wykonujących wskazane czynności związane z realizacją zamówienia tj. z:

- wykonywaniem robót rozbiórkowych, drogowych, konstrukcyjno - budowlanych, sanitarnych, elektrycznych,
- wykonywaniem robót w zakresie kształtowania terenu (w tym zieleń),
- montażem i wykonywaniem obiektów małej architektury”.

3. Ponadto, zgodnie z § 9 pkt 13-16 projektu umowy:

13. Wykonawca oświadcza, że zostaną zatrudnione przez Wykonawcę lub podwykonawcę osoby do wykonania czynności wskazanych w SIWZ, związanych z realizacją zamówienia - na podstawie umowy o pracę w rozumieniu ustawy Kodeks pracy w wymiarze etatów, przy czym za pełny etat, przyjmuje się zatrudnienie w wymiarze 40 godzin

tygodniowo, tj. następujących czynności:

- 13.1. wykonywanie robót rozbiórkowych,
- 13.2. wykonywanie robót drogowych,
- 13.3. wykonywanie robót konstrukcyjno - budowlanych,
- 13.4. wykonywanie robót sanitarnych,
- 13.5. wykonywanie robót elektrycznych,
- 13.6. wykonywanie robót w zakresie kształtowania terenu (w tym zieleń),

14. Wykonawca gwarantuje, że utrzyma wskazany w ust. 12 stan zatrudnienia (ilość osób) przez cały okres obowiązywania umowy.

15. Każdorazowo na żądanie Zamawiającego, w terminie wskazanym przez Zamawiającego, nie krótszym niż 5 dni roboczych, Wykonawca zobowiązuje się przedłożyć oświadczenie o ilości osób zatrudnionych na umowę o pracę.

16. Niezłożenie w terminie oświadczenia na żądanie Zamawiającego, będzie traktowane jako niewypełnienie obowiązku zatrudnienia wszystkich osób wskazanych w ust. 12 na umowę o pracę.

17. Powyższe wymagania dotyczą każdego podwykonawcy i wymagają wprowadzenia takich zapisów do umów o podwykonawstwo, których projekty, będą wymagać akceptacji (art. 143b ust 1-3 ustawy Pzp).

4. Wskazane powyżej regulacje SIWZ wprost wymagają, aby realizacja przedmiotowego zamówienia odbywała się w oparciu o zatrudnienie w rozumieniu przepisów Kodeksu pracy.

5. Tymczasem oferty wykonawców DROGMAR i ZUWiK zawierają rażąco niskie ceny, z uwagi na to, że istotny składnik cenotwórczy tych ofert jakim jest roboczogodzina został skalkulowany na poziomie 17 zł. Stawki te za roboczo godzinę są rażąco niskie, niezgodne z obowiązującymi przepisami, stanowią cenę składową nierealną, niemożliwą do osiągnięcia.

6. Nie może ulegać wątpliwości, iż stosownie do art. 90 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, jednym z podstawowych elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny są koszty pracy których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz.U. Nr 200, poz. 1679, z 2004 r. z późn. zm.). Wobec powyższego, niezależnie od wybranego przez wykonawcę stosunku zaangażowania personelu (umowa o pracę czy umowa cywilnoprawna), wartość kosztów pracy przyjętych do kalkulacji ceny oferty nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę (por. por. wyrok KIO z 27 stycznia 2015 r., sygn. KIO 47/15, KIO 60/15, KIO 81/15). Tymczasem zarówno w przypadku wykonawcy DROGMAR i ZUWiK cena oferty wskazuje, że do kalkulacji przyjęto wartość zdecydowanie niższą.

7. 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 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"). Zgodnie z § 6 Rozporządzenia, wśród obligatoryjnych elementów, które należy wziąć pod uwagę przy ustalaniu stawki roboczogodziny ustawodawca wymienia: (i) płace zasadnicze; (ii) premie regulaminowe; (iii) płace dodatkowe (dodatki stażowe, inne dodatki regulaminowe); (iv) płace uzupełniające; (v) obligatoryjne obciążenia płac; (vi) odpisy na zakładowy fundusz świadczeń socjalnych (tak wyrok KIO z dnia 29.04.2016

r., KIO 596/16; por. wyrok KIO z 1.09.2020 r., sygn. akt: KIO 1763/20).

8. Mając na uwadze powyższe, zaoferowane przez wykonawców DROGMAR i ZUWiK, stawki roboczogodziny na rażąco niskim poziomie, nie jest możliwe do wybronięcia (wyjaśnienia) z powołaniem się na ewentualną argumentację, że częściowe składniki wynagrodzenia zostały ujęte w kosztach pośrednich. Skoro bowiem - w świetle § 6 ust. 2 Rozporządzenia - godzinowe stawki robocizny powinny obejmować wszystkie składniki zaliczane do wynagrodzenia, w tym w szczególności m.in. obowiązkowe obciążenia płac, to wykonawca DROGMAR i ZUWiK nie mogą przyjmować, że ujęte zostały one w kosztach pośrednich. Skoro, jak się wydaje, wykonawcy ci kalkulując stawkę roboczogodziny musieli opierać się na przepisach Rozporządzenia, to uszło na pewno ich uwadze, że koszty bezpośrednio 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 ogólne budowy oraz koszty zarządu.

9. Wskazać należy, że tak sporządzone oferty uchybiają przepisowi art. 90 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym przyjęta przez wykonawcę do ustalenia ceny oferty wartość kosztów pracy nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie przepisów prawa. Z kolei w kwestii błędu w obliczeniu ceny należy podzielić zaprezentowane w doktrynie i orzecznictwie KIO stanowisko, zgodnie z którym „Weryfikacja prawidłowości wyliczenia ceny lub kosztu powinna dotyczyć również prawidłowego rozumienia przez wykonawcę powszechnie obowiązujących przepisów prawa, zwłaszcza mających wpływ na obliczenie ceny lub kosztu wykonania przedmiotu zamówienia (...) Zatem z błędem w obliczeniu ceny lub kosztu oferty będziemy mieli do czynienia w przypadku nieuwzględnienia (lub uwzględnienia w sposób nieprawidłowy) w wyliczeniu ceny lub kosztu wszystkich elementów cenowo-kosztotwórczych, wynikających z przepisów prawa (...)” (tak: M. Jaworska: Komentarz do art. 89 Pzp [w:] M. Jaworska (red.): Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2018, Legalis). W przedmiotowej sprawie błąd w obliczeniu przez wykonawców DROGMAR i ZUWiK ceny polegał na nieuwzględnieniu wymagań dotyczących wysokości minimalnego wynagrodzenia, wynikających z przepisów prawa (tak wyrok KIO z 14.08.2018 r., sygn. akt: KIO 1489/18).

10. Odwołujący w toku badania i oceny ofert zwrócił Zamawiającemu uwagę pismem z dnia 27.11.2020 r. o nieprawidłowej kalkulacji stawki roboczogodziny wykonawców. Odwołujący w pełni podtrzymuje zaprezentowane w tym piśmie argumenty i dowody, przedkładając dodatkowo wyliczenie (z portalu: <https://wynagrodzenia.pl/brutto-koszty-pracodawcy/umowa-o-prace/17-brutto-ile-to-koszty-pracodawcy>) w odniesieniu do minimalnej stawki godzinowej w 2020 r. wynoszącej 17 zł brutto.

Dowód: Pismo Odwołującego z dnia 27.11.2020 r.

11. Stawka roboczogodziny zaoferowana przez wykonawców DROGMAR i ZUWiK nie uwzględnia wszystkich należnych zobowiązań pracodawcy, co potwierdza, że stawki te nie zostały prawidłowo skalkulowane w oparciu o wyżej przywołane postanowienia SIWZ (co rodzi niezgodność sposobu kalkulacji ceny oferty z SIWZ), ale także stanowi o konieczności odrzucenia oferty tego wykonawcy w oparciu o przepis art. 89 ust. 1 pkt 4) ustawy Pzp, art. 89 ust. 1 pkt 1) oraz pkt 6) ustawy Pzp.

12. W zakresie oferty wykonawcy DROGMAR wskazać należy ponadto na brak złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Zgodnie z art. 90 ust. 2 ustawy Pzp to wykonawca ma obowiązek wykazania, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu. W wyroku z 24.11.2017 r. (KIO 2380/17), Izba uznała, że: „Przedstawione przez wykonawcę, w odpowiedzi na wezwanie skierowane do niego w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, wyjaśnienia i dowody podlegają więc ocenie zamawiającego, który następnie dokonuje odpowiednich czynności, tj. przyjmuje bądź odrzuca ofertę. Stąd też istotnym jest, aby wykonawca w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp przedstawił zamawiającemu wszystkie informacje dotyczące zaoferowanej ceny, w tym informacje na temat kalkulacji ceny, uwarunkowania, w jakich ta kalkulacja była dokonana, szczególne przesłanki warunkujące przyjęty sposób kalkulacji, a także inne istotne elementy mające wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. Podkreślić przy tym należy, że informacje, o których mowa, zamawiający uzyskuje od wykonawcy, do którego kierowane jest wezwanie w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Zgodnie natomiast z treścią art. 90 ust. 2 ustawy Pzp, obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy. Skoro więc źródłem informacji są wyjaśnienia wykonawcy i to na nim spoczywa ciężar dowodu, powinien on zadbać o to aby przedstawione wyjaśnienia były rzetelne, pełne i wyczerpujące, a także aby nie były to wyjaśnienia gołosłowne, a co za tym idzie, wykonawca powinien też załączyć do wyjaśnień stosowne dowody. W tym miejscu wskazać należy, że choć przepis art. 90 ust. 1 ustawy Pzp nie zawiera ograniczenia co do jednokrotnego wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, to zgodnie z jednolitą linią orzecniczą przyjmuje się, że biorąc pod uwagę, iż wezwanie kierowane jest do profesjonalnego uczestnika obrotu gospodarczego, wobec którego stosowany jest miernik podwyższonej staranności (art. 355 § 2 k.c.), a także mając na uwadze zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji (art. 7 ust. 1 ustawy Pzp), wezwanie w przedmiocie rażąco niskiej ceny należy, co do zasady, kierować do wykonawcy jednokrotnie. Powtórne wezwanie jest możliwe, jeśli złożone wyjaśnienia rodzą u zamawiającego kolejne wątpliwości, na przykład gdy treść wyjaśnień jest niejasna dla zamawiającego i oczekuje on doprecyzowania niektórych zagadnień. Stanowczo należy podkreślić, że nie jest rolą zamawiającego przejęcie od wykonawcy inicjatywy w wyjaśnieniu rażąco niskiej ceny i kierowanie wezwań «do skutku». Kolejne wezwania do wyjaśnienia tego samego zakresu informacji, przy niestarannej postawie wykonawcy, uznać należy za dokonywane z naruszeniem art. 90 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Innymi słowy, brak rzetelności i staranności po stronie wykonawcy nie może uzasadniać kierowania do niego kolejnych wezwań w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Z powyższego płynie jednoznaczny wniosek, że wykonawca, który nie sprost obowiązkowi wyrażonemu w art. 90 ust. 2 ustawy Pzp musi liczyć się z negatywnymi konsekwencjami w postaci odrzucenia jego oferty”.

13. Z treści wyjaśnień wykonawcy DROGMAR wynika jednoznacznie, że są one ogólnikowe i nie zawierają żadnej kalkulacji ceny oferty, a tym bardziej żadnych dowodów. Już więc z tego powodu wyjaśnienia te powinny zostać uznane jako niezłożone i skutkować odrzuceniem oferty tego wykonawcy.

Mając na uwadze powyższe, wnoszę jak na wstępie.

W dniu 30 grudnia 2020r. zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie.

Działając w imieniu zamawiającego na podstawie art. 186 ust. 1 ustawy PZP wniesiono odpowiedź na odwołanie od

czynności i zaniechań czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Zagospodarowanie otoczenia budynku Starachowickiego Centrum Kultury w ramach projektu „Rewitalizacja — lepsze życie w Starachowicach, mieście, które znalazło pomysł na siebie”, numer referencyjny ZP.27125.2020.PMag — ogłoszenie o zamówieniu opublikowano dn. 13 października 2020 r, pod numerem 595986-N-2020:

1.wniesiono o oddalenie odwołania w całości z uwagi na fakt, iż Zamawiający dokonał prawidłowej oceny ofert i słusznie uznał ofertę Wykonawcy DROGMAR za najkorzystniejszą.

2.Ponadto wniesiono o przeprowadzenie dowodów z dokumentów załączonych do niniejszego pisma na okoliczności wskazane w uzasadnieniu.

3.wniesiono także o zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego

Uzasadnienie:

W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający podtrzymuje swoje stanowisko, iż oferta Wykonawcy DROGMAR nie podlegała odrzuceniu z uwagi na fakt, że zaoferowana przez Wykonawcę cena nie była rażąco niska.

W odpowiedzi na zarzuty podniesione w odwołaniu wniesionym przez Wykonawcę Garden Designers Sp. z o. o. Sp. k. z siedzibą w Lublinie, dotyczącym zamówienia publicznego pod nazwą „Zagospodarowanie otoczenia budynku Starachowickiego Centrum Kultury w ramach projektu „Rewitalizacja — lepsze życie w Starachowicach mieście, które znalazło pomysł na siebie” numer referencyjny ZP.271.25.2020.PMag , podniesiono co następuje:

ad 1. Nieprawidłowy jest zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt. 4) ustawy Pzp w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp poprzez nieprawidłową ocenę złożonych przez DROGMAR wyjaśnień rażąco niskiej ceny, gdyż wbrew twierdzeniom odwołującego, z wyjaśnień złożonych przez DROGMAR nie wynika, że wykonawca ten przyjął do ustalenia ceny swojej oferty koszty pracy na poziomie niższym od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie właściwych przepisów. Zamawiający, zgodnie z dyspozycją art. 90 ust. 1a ustawy PZP zwrócił się do wykonawcy DROGMAR o udzielanie szczegółowych wyjaśnień, w tym o złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny ofertowej gdyż ta była niższa o ponad 30% od wartości zamówienia ustalonej przed wszczęciem postępowania, to jest od kwoty 4.037.394, 53 zł. brutto, (dowód: pismo zamawiającego z dnia 24.11.2020r.).

Wykonawca DROGMAR udzielił w tym zakresie wyjaśnień, pismem z dnia 26.11.2020r. dowód: pismo DROGMAR s z dnia 26.11.2020r., które zamawiający przyjął. W wyjaśnieniach wykonawca nie przedstawił kalkulacji kosztów pracy a zamawiający tego nie wymagał, gdyż te koszty nie wydawały się zamawiającemu rażąco niskie i nie budziły jego wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami stawianymi przez zamawiającego ani zgodnie z odrębnymi przepisami tj. przepisami ustawy z dnia 10 października 2002r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę. W ocenie zamawiającego wykonawca DROGMAR nie przyjął do ustalania ceny swojej oferty kosztów pracy na poziomie niższym od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie ustawy z dnia 10 października 2002r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę. Z oferty tegoż wykonawcy wynika, iż w kosztorysach ofertowych zastosował następujące czynniki cenotwórcze :

stawka roboczogodziny 17,00zł.

wskaźnik narzutu kosztów pośrednich (naliczane do R i S) 60% wskaźnik narzutu kosztów zakupu (naliczane do M) 5% wskaźnik narzutu zysku (naliczany do R+ Kp i S + Kp) 10 %.

Stawka roboczogodziny według kosztorysu sporządzonego przez wykonawcę DROGMAR do ustalenia ceny ofertowej w przedmiotowym postępowaniu wynosi 17,00 złotych netto i nie prowadzi do ustalenia kosztów pracy przyjętych do kalkulacji ceny oferty na poziomie niższym od minimalnego wynagrodzenia. Stawka ta jest stawką netto i została ustalona na poziomie odpowiadającym minimalnym stawkom robocizny kosztorysowej w robotach ogólnobudowlanych — inwestycyjnych dla województwa świętokrzyskiego w IV kwartale 2020r., według systemu SEKOCENBUD (dowód SEKOCENBUD zeszyt 60/2020 str. 17,) Wskazana przez wykonawcę wartość 17,00 zł. to stawka roboczogodziny kosztorysowej netto, co daje zgodnie z załączoną informacją SEKOCENDUD 27,20 zł brutto. Odwołujący błędnie utożsamia pojęcie stawka roboczogodziny kosztorysowej z pojęciem wartości minimalnej godzinowej stawki wynagrodzenia w Polsce dla robót budowlanych w 2020r., która wynosi 21,65 zł. brutto, a 20, 51zł. brutto dla IV kwartału 2020r. (dowód: SEKOCENBUD zeszyt 60 /2020 str. 6 i 15).

Stawka robocizny kosztorysowej netto, a więc w przypadku wykonawcy DROGMAR kwota 17,00 zł., zawiera składniki kalkulacyjne określone w § 6 ust. 2 rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 18 maja 2004r. w sprawie określenia metod i podstaw sporządzania kosztorysu inwestorskiego, obliczania planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno-użytkowym (Dz. U. 2004r nr 130 poz. 1389). W stawkach tych uwzględnione są przede wszystkim wynagrodzenia robotników (w przeliczeniu na stawkę godzinową), płace uzupełniające, obowiązkowe obciążenia płac (ZUS) oraz odpisy na zakładowy fundusz świadczeń socjalnych. Stawki brutto obejmują wartość stawek kosztorysowych netto powiększonych o narzut kosztów pośrednich i zysk kalkulacyjny. W praktyce są to więc rynkowe ceny usług budowlanych wyrażone w zł/ roboczogodzinę. Stawka roboczogodziny kosztorysowej w wysokości 17,00 zł netto, została skalkulowana przez wykonawcę DROGMAR prawidłowo, zgodnie ze stawkami robocizny kosztorysowej w poszczególnych regionach wg SEKOCENBUD na IV kwartał 2020r. Kwota 17zł netto, zgodnie z innymi wskazanymi w ofercie czynnikami cenotwórczymi, zostanie powiększona o narzut kosztów pośrednich i zysk kalkulacyjny i zgodnie z SEKOCENBUD wyniesie ok. 27, 20 zł. brutto co daje kwotę znacznie przewyższającą wartości minimalnej godzinowej stawki wynagrodzenia w Polsce dla robót budowlanych w 2020 roku, która wynosi 21, 65 zł. brutto a 20, 51zł. brutto dla IV kwartału 2020r.

ad 2. Nieprawidłowy jest zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt. 4) ustawy PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy DROGMAR , gdyż wbrew zarzutom odwołującego, oferta tegoż wykonawcy nie zawierała rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia a wykonawca ten nie przyjął do ustalenia ceny swojej oferty kosztów pracy na poziomie niższym od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie właściwych przepisów. W tym miejscu zachowują aktualność twierdzenie zamawiającego podniesione w pkt. Ad 1 powyżej. Zamawiający, zgodnie z dyspozycją art. 90 ust. 1a ustawy Pzp zwrócił się do wykonawcy DROGMAR o udzielenie szczegółowych wyjaśnień w tym o złożenie dowodów dotyczących wyliczenia ceny ofertowej gdyż ta była niższa o

ponad 30% od wartości zamówienia ustalonej przed wszczęciem postępowania to jest od kwoty 4.037.394, 53 zł. brutto (dowód: pismo zamawiającego z dnia 24.11.2020r.). Wykonawca DROGMAR udzielił w tym zakresie wyjaśnień, pismem z dnia 26.11.2020r. (dowód: pismo DROGMAR z dnia 26.11.2020r.), które zamawiający przyjął. Wbrew twierdzeniom odwołującego, podstawą do wystąpienia przez zamawiającego do wykonawcy DROGMAR o udzielenie wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny nie był art. 90 ust. 1 Pzp a art. 90 ust. 1 a Pzp. W związku z powyższym stwierdzam, że przywołane przez odwołującego w pkt. 12 uzasadnienia rozstrzygnięcie KIO tj. wyrok z 24.11.2017r. sygn. akt KIO 2380/17 nie znajduje zastosowania w przedmiotowym, odmiennym stanie faktycznym. Jednocześnie podkreślam, że w/w oferta nie była niższą o co najmniej 30 % od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, a czterech z sześciu wykonawców zaoferowało zbliżoną stawkę roboczogodziny, co stanowiło dla zamawiającego rzeczywiste odzwierciedlenie cen rynkowych. Podnosi również, że odwołujący wskazuje jako podstawę do odrzucenia oferty z powodu rażąco niskiej ceny wyłącznie okoliczności związane z kosztami pracy.

W wyjaśnieniach wykonawca nie przedstawił kalkulacji kosztów pracy a zamawiający tego nie wymagał, gdyż te koszty nie wydawały się zamawiającemu rażąco niskie i nie budziły jego wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami stawianymi przez zamawiającego ani zgodnie z odrębnymi przepisami tj. przepisami ustawy z dnia 10 października 2002r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę. W ocenie zamawiającego wykonawca DROGMAR nie przyjął do ustalania ceny swojej oferty kosztów pracy na poziomie niższym od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie ustawy z dnia 10 października 2002r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę Z oferty tegoż wykonawcy wynika, iż w kosztorysach ofertowych zastosował następujące czynniki cenotwórcze: stawka roboczogodziny 17,00 zł, wskaźnik narzutu kosztów pośrednich (naliczane do R i S) 60% wskaźnik narzutu kosztów zakupu (naliczane do M) 5% wskaźnik narzutu zysku (naliczany do R+ Kp i S + KP) 10 %.

Stawka roboczogodziny według kosztorysu sporządzonego przez wykonawcę DROGMAR do ustalenia ceny ofertowej w przedmiotowym postępowaniu wynosi 17,00 złotych netto i nie prowadzi do ustalenia kosztów pracy przyjętych do kalkulacji ceny oferty na poziomie niższym od minimalnego wynagrodzenia. Stawka ta jest stawką netto i została ustalona na poziomie odpowiadającym minimalnym stawkom robocizny kosztorysowej w robotach ogólnobudowlanych — inwestycyjnych dla województwa świętokrzyskiego w IV kwartale 2020r., według systemu SEKOCENBUD (dowód SEKOCENBUD zeszyt 60/2020 str. 17). Wskazana przez wykonawcę wartość 17, 00zł. to stawka roboczogodziny kosztorysowej netto, co daje zgodnie z załączoną informacją SEKOCENDUD 27,20 zł brutto. Odwołujący błędnie utożsamia pojęcie stawka roboczogodziny kosztorysowej z pojęciem wartości minimalnej godzinowej stawki wynagrodzenia w Polsce dla robót budowlanych w 2020r., która wynosi 21,65 zł. brutto, a 20,51zł. brutto dla IV kwartału 2020r. (dowód: SEKOCENBUD zeszyt 60 /2020 str. 6 i 15).

Stawka robocizny kosztorysowej netto, a więc w przypadku wykonawcy DROGMAR kwota 17,00 zł., zawiera składniki kalkulacyjne określone w § 6 ust. 2 rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 18 maja 2004r. w sprawie określenia metod i podstaw sporządzania kosztorysu inwestorskiego, obliczania planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno-użytkowym (Dz. U. 2004r nr 130 poz. 1389). W stawkach tych uwzględnione są przede wszystkim wynagrodzenia robotników (w przeliczeniu na stawkę godzinową), płace uzupełniające, obowiązkowe obciążenia płac (ZUS) oraz odpisy na zakładowy fundusz świadczeń socjalnych. Stawki roboczogodziny kosztorysowej brutto obejmują wartość stawek kosztorysowych netto powiększonych o narzut kosztów pośrednich i zysk kalkulacyjny. W praktyce są to więc rynkowe ceny usług budowlanych wyrażone w zł/ roboczogodzinę. Stawka roboczogodziny kosztorysowej w wysokości 17,00 zł netto, została skalkulowana przez wykonawcę DROGMAR, zgodnie ze stawkami robocizny kosztorysowej w poszczególnych regionach wg SEKOCENBUD na IV kwartał 2020Kwota 17 zł netto, zgodnie z innymi wskazanymi w ofercie czynnikami cenotwórczymi, zostanie powiększona o narzut kosztów pośrednich i zysk kalkulacyjny i zgodnie z SEKOCENBUD wyniesie ok. 27, 20 zł. brutto , co daje kwotę znacznie przewyższającą wartości minimalnej godzinowej stawki wynagrodzenia w Polsce dla robót budowlanych w 2020 roku, która wynosi 21,65 zł. brutto, a 20,51zł. brutto dla IV kwartału 2020r. Wobec powyższego brak było po stronie zamawiającego podstaw do odrzucenia oferty DROGMAR w oparciu o art.89 ust.1 pkt 4).

ad.3

Nieprawidłowy jest zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt. 4) ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy ZUWiK, gdyż wbrew zarzutom odwołującego, oferta tegoż wykonawcy nie zawierała rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia a wykonawca ten nie przyjął do ustalania ceny swojej oferty kosztów pracy na poziomie niższym od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie właściwych przepisów, W ocenie zamawiającego wykonawca Zakład Usług Wodnych i Komunalnych nie przyjął do ustalania ceny swojej oferty kosztów pracy na poziomie niższym od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie ustawy z dnia 10 października 2002r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę. Z oferty tegoż wykonawcy wynika, iż w kosztorysach ofertowych zastosował następujące czynniki cenotwórcze:

stawka roboczogodziny 17,00zł.,

wskaźnik narzutu kosztów pośrednich (naliczane do R i S) 55%,

wskaźnik narzutu kosztów zakupu (naliczane do M) 12 %,

wskaźnik narzutu zysku (naliczany do R+ Kp i S + KP) 12 %.

Stawka roboczogodziny według kosztorysu sporządzonego przez wykonawcę Zakład Usług Wodnych i Komunalnych do ustalenia ceny ofertowej w przedmiotowym postępowaniu wynosi 17,00 złotych netto i nie prowadzi do ustalenia kosztów pracy przyjętych do kalkulacji ceny oferty na poziomie niższym od minimalnego wynagrodzenia. Stawka ta jest stawką netto i została ustalona na poziomie odpowiadającym minimalnym stawkom robocizny kosztorysowej w robotach ogólnobudowlanych — inwestycyjnych dla województwa świętokrzyskiego w IV kwartale 2020r., według systemu SEKOCENBUD (dowód: SEKOCENBUD zeszyt 60/2020 str. 17.) Wskazana przez wykonawcę wartość 17, 00 zł. stawka roboczogodziny kosztorysowej netto, co daje zgodnie z załączoną informacją SEKOCENDUD 27,20 zł brutto. Odwołujący błędnie utożsamia pojęcie stawka roboczogodziny kosztorysowej z pojęciem wartości minimalnej godzinowej stawki wynagrodzenia w Polsce dla robót budowlanych w 2020 roku, która wynosi 21, 65 zł. brutto a 20, 51zł. brutto dla IV kwartału 2020r. (dowód: SEKOCENBUD zeszyt 60/2020 str. 6 i 15).

Stawka robocizny kosztorysowej netto a więc w przypadku wykonawcy Zakład Usług Wodnych i Komunalnych kwota 17,00 zł., zawiera składniki kalkulacyjne określone w § 6 ust. 2 rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 18 maja 2004r. w sprawie określenia metod i podstaw sporządzania kosztorysu inwestorskiego obliczania planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno-użytkowym (Dz. U. 2004r nr 130 poz. 1389). W stawkach tych uwzględnione są przede wszystkim wynagrodzenia robotników (w przeliczeniu na stawkę godzinową), płace uzupełniające, obowiązkowe obciążenia płac (ZUS) oraz odpisy na zakładowy fundusz świadczeń socjalnych. Stawki roboczogodziny kosztorysowej brutto obejmują wartość stawek kosztorysowych netto powiększonych o narzut kosztów pośrednich i zysk kalkulacyjny. W praktyce są to więc rynkowe ceny usług budowlanych wyrażone w zł/ roboczogodzinę. Stawka roboczogodziny kosztorysowej w wysokości 17,00 zł netto, została skalkulowana przez wykonawcę Zakład Usług Wodnych i Komunalnych prawidłowo, zgodnie ze stawkami robocizny kosztorysowej w poszczególnych regionach wg SEKOCENBUD na IV kwartał 2020r. Kwota 17 zł netto zgodnie z innymi wskazanymi w ofercie czynnikami cenotwórczymi, zostanie powiększona o narzut kosztów pośrednich i zysk kalkulacyjny i zgodnie z SEKOCENBUD wyniesie ok. 27,20 zł. brutto, co daje kwotę znacznie przewyższającą wartości minimalnej godzinowej stawki wynagrodzenia w Polsce dla robót budowlanych w 2020 roku, która wynosi 21,65 zł. brutto a 20,51 zł. brutto dla IV kwartału 2020r. Wobec powyższego brak było po stronie zamawiającego podstaw do odrzucenia oferty Zakład Usług Wodnych i Komunalnych w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt. 4).

ad.4., ad.5., ad.6 Nieprawidłowe są zarzuty naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt. 1) Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt. 2 Pzp i art. 89 ust. 1 pkt.6) Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia ofert wykonawców DROGMAR i ZUWiK, gdyż wbrew zarzutom odwołującego oferty tychże wykonawców są zgodne z ustawą Pzp, to jest w art. 90 ust. 1 pkt 1 Pzp oraz z treścią SIWZ, a także nie zawierają błędów w obliczeniu ceny, gdyż wykonawcy ci zaoferowali stawki roboczogodziny, których wartość nie jest niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie właściwych przepisów.

Stawka roboczogodziny według kosztorysów sporządzonych przez w/w. wykonawców do ustalenia ceny ofertowej w przedmiotowym postępowaniu wynosi 17,00 złotych netto i nie prowadzi do ustalenia kosztów pracy przyjętych do kalkulacji ceny oferty na poziomie niższym od minimalnego wynagrodzenia. Stawka ta jest stawką netto i została ustalona na poziomie odpowiadającym minimalnym stawkom robocizny kosztorysowej w robotach ogólnobudowlanych inwestycyjnych dla województwa świętokrzyskiego w IV kwartale 2020r., według systemu SEKOCENBUD (dowód SEKOCENBUD zeszyt 60/ 2020 str. 17.) Wskazana przez wykonawcę wartość 17, 00zł. to stawka roboczogodziny kosztorysowej netto, co daje zgodnie z załączoną informacją SEKOCENBUD 27,20 zł brutto. Odwołujący błędnie utożsamia pojęcie stawka kosztorysowej z pojęciem wartości minimalnej godzinowej stawki wynagrodzenia w Polsce dla robót budowlanych w 2020 roku, która wynosi 21, 65 zł. brutto a 20, 51zł. brutto dla IV kwartału 2020r. (dowód: SEKOCENBUD zeszyt 60 / 2020 str. 6 i 15).

Stawka robocizny kosztorysowej netto, a więc w przypadku w/w. wykonawców kwota 17,00 zł., zawiera składniki kalkulacyjne określone w § 6 ust. 2 rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 18 maja 2004r. w sprawie określenia metod i podstaw sporządzania kosztorysu inwestorskiego, obliczania planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno-użytkowym (Dz. U. 2004r nr 130 poz. 1389). W stawkach tych uwzględnione są przede wszystkim wynagrodzenia robotników (w przeliczeniu na stawkę godzinową), płace uzupełniające obowiązkowe obciążenia płac (ZUS) oraz odpisy na zakładowy fundusz świadczeń socjalnych. Stawki roboczogodziny kosztorysowej brutto obejmują wartość stawek kosztorysowych netto powiększonych o narzut kosztów pośrednich i zysk kalkulacyjny. W praktyce są to więc rynkowe ceny usług budowlanych wyrażone w zł/ roboczogodzinę. Stawka roboczogodziny kosztorysowej w wysokości 17,00 zł netto, została skalkulowana przez w/w. wykonawców, prawidłowo, zgodnie ze stawkami robocizny kosztorysowej w poszczególnych regionach wg SEKOCENBUD na IV kwartał 2020r. Kwota 17 zł netto, zgodnie z innymi wskazanymi w ofercie czynnikami cenotwórczymi, zostanie powiększona o narzut kosztów pośrednich i zysk kalkulacyjny i zgodnie z SEKOCENBUD wyniesie ok. 27, 20 zł. brutto, co daje kwotę znacznie przewyższającą wartości minimalnej godzinowej stawki wynagrodzenia w Polsce dla robót budowlanych w 2020 roku, która wynosi 21, 65 zł. brutto, a 20,51zł. brutto dla IV kwartału 2020r. Wobec powyższego brak było po stronie zamawiającego podstaw do odrzucenia ofert w/w. wykonawców w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt. 1) w zw. z art. 90 ust. 1 pkt. 1 PZP oraz art. 89 ust 1 pkt. 2 Pzp.

Ponadto podnoszę, iż stawka roboczogodziny kosztorysowej oferowana przez wykonawców, którym udzielono zamówienia w innych postępowaniach, dotyczących podobnego rodzaju inwestycji prowadzonych przez zamawiającego w okresie od marca do listopada 2020r. oscyluje na poziomie od 15 zł do 17zł. Żaden z wykonawców składających w tym okresie oferty nie przyjął stawki roboczogodziny kosztorysowej na tak wysokim poziomie jak odwołujący w przedmiotowym postępowaniu. Najwyższe kwoty oferowane stawki roboczogodziny kosztorysowej kształtowały się na poziomie od 25 zł. do 27 zł. (dowód: wykaz stawek roboczogodziny kosztorysowej w innych postępowaniach prowadzonych przez zamawiającego).

W związku z powyższym zaoferowane przez Wykonawców ceny nie budzą wątpliwości Zamawiającego, co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego w ww. postępowaniu.

Reasumując Zamawiający podtrzymuje swoje stanowisko o prawidłowości dokonanych czynności w postępowaniu i wnosi Jak powyżej — o oddalenie odwołania w całości jako nieuzasadnionego.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła

Zarzuty wniesionego odwołania dotyczą rażąco niskiej ceny w związku z podaniem w ofercie wykonawcy wybranego, jak i wykonawcy zajmującego drugą pozycję w rankingu ofert, których to oferty wyprzedzają ofertę odwołującego, stawki roboczogodziny w wysokości 17,00 złotych w formularzach ofertowych zaskarżonych ofert.

Zgodnie ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia (siwz) Formularz ofertowy wymaga podania w nim informacji co do:

„ W kosztorysach ofertowych zastosowaliśmy następujące czynniki cenotwórcze:

stawka roboczogodzinyzł.,

wskaźnik narzutu kosztów pośrednich (naliczane do RiS) -...%,

wskaźnik narzutu kosztów zakupu (naliczane do M) ... %,

wskaźnik narzutu zysku (naliczany do R+Kp i S+Kp)... %.

Zdaniem odwołującego podanie w tej wysokości wynagrodzenia (roboczo-godziny) t.j. 17 zł/godz. narusza obowiązujące przepisy o minimalnym wynagrodzeniu z ustawy Pzp. oraz 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).

Na okoliczność tego twierdzenia odwołujący przywołuje treść art.90 ust.1 ustawy Pzp oraz § 6 ust.2 w.w. Rozporządzenia Ministra Infrastruktury.

Odwołujący w korespondencji do zamawiającego z dnia 27.11.2020r. (dokumentacja zamawiającego), jak i na rozprawie, jako dowód przedkłada Wyliczenie Minimalnej Kalkulacyjnej Stawki Wynagrodzenia w Budownictwie dla Robót Budowlano -Montażowych oraz Usług w Zakresie Gospodarowania Nieruchomościami w Polsce w2020 Roku (akta sprawy).

Z przedstawionego dowodu wynika, że jako wartość wyjściową do wyliczenia minimalnej stawki kalkulacyjnej stawki w budownictwie dla robót budowlano –montażowych w Polsce przyjęto:

- 1.obowiązujące minimalne wynagrodzenie miesięczne w gospodarce narodowej w 2020roku tj. 2.600,00zł brutto,
- 2.średni miesięczny czas pracy dla 2020roku wynoszący 159 godzin.

Po podzieleniu w.w. kwoty przez średni miesięczny czas pracy, wyjściowa stawka za roboczo - godzinę wynosi 15,3846 złotych.

Powyższą stawkę roboczo-godziny uzupełnia się o szereg narzutów podstawowych (ubezpieczenia emerytalne, ubezpieczenia rentowe, ubezpieczenia wypadkowe, Fundusz Pracy, Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych, Fundusz Emerytur Pomostowych, absencja chorobowa za pierwsze 33 dni nieobecności opłacana przez pracodawcę), które wynoszą 3,8677złoty/godzinę.

Również wyjściową stawkę za roboczo - godzinę uzupełnia się o narzuty dodatkowe takie jak wymiar urlopu wypoczynkowego, ekwiwalentu za odzież roboczą, ekwiwalent za pranie odzieży roboczej, koszty jednego obowiązkowego corocznego badania lekarskiego co daje kwoty do roboczo – godziny w wysokości 2,3964 złotych.

Ogółem narzuty na stawkę minimalną wynoszą 6,2641 złotych/godzinę.

Z powyższego wynika, że wartość minimalnej kalkulacyjnej stawki godzinowej w Polsce dla robót budowlano - montażowych wynosi 21,6487=15,3846 złotych+6,2641 złotych, a co w zaokrągleniu do dwóch miejsc po przecinku wartość 21,65 złotych/godzinę.

Powyższy dowód Izba przyjmuje jako wiarygodny, w kontekście stanowisk stron prezentowanych w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie (zaprezentowanych powyżej w uzasadnieniu), jak i na rozprawie.

Natomiast rozbieżność interpretacyjną co do definicji „stawki roboczo-godziny” użytej w formularzu Oferty, prezentują również stanowiska stron przedstawione na posiedzeniu/rozprawie jak poniżej.

(wyciąg z protokołu posiedzenia/rozprawy Na posiedzeniu zamawiający składa w poczet materiału dowodowego oferty z innych postępowań w podobnego rodzaju zamówieniach w 2020 roku, przy czym wyjaśnia, że w przedmiotowym postępowaniu tylko firma DROGMAR była wzywana w trybie art. 90 ust. 1a z uwagi na to, że cena była niższa ponad 30% od szacunku zamówienia. Drugi wykonawca nie był wzywany do wyjaśnień RNC nawet w trybie art. 90 ust. 1, ponieważ zamawiający nie miał wątpliwości zgodnie z tą regulacją, przy czym w tym miejscu wyjaśnia, że wycena DROGMAR netto stawka RbH wynosi 17 zł, a z narzutami, tj. zysk, koszty pośrednie, 28,90 zł, a z kolei ZUWiK stawkę netto RbH 17 zł, a z narzutami jak powyżej 28,39 zł. Przy czym chciałabym uzupełnić, że kwota 17 zł zawiera wszystkie obciążenia, jakie przewiduje rozporządzenie z 18.05.2004 r. Ministra Infrastruktury. Na dowód, iż zawarliśmy umowy lub też składano nam oferty na poziomie porównywalnym do ofert DROGMAR i ZUWiK, składam formularze ofertowe z 2020 r.: Zakład produkcyjno-handlowo-usługowy DROBED, gdzie stawka RBH jest najwyższa: 25zł (jest to najwyższa stawka jaka pojawiła się w 2020r. i to była jedyna oferta w tym postępowaniu i dlatego została wybrana), kolejno przedkładam formularz firmy Apis Polska z siedzibą w Jarosławiu, gdzie stawka RbH wynosi 17zł, a oferta ta nie została wybrana, bo wybraliśmy ze stawką jeszcze niższą w wysokości 15 zł, bo przyjmujemy jako obowiązującą w 2020 r. wynagrodzenie miesięczne na poziomie 2600 brutto, dzieląc przez 169 godz. miesięcznie, to wynosi nam za 1 godzinę 15,38 zł brutto. Apis nie wygrał, ale dał stawkę na poziomie 17 zł. Wygrał inny zakład ze stawką RbH na poziomie 15,00 i globalnie niższą ceną. Kolejno oferta 22.10.2020, tj. ZR-B Wojtczak, który wygrał przetarg ze stawką 15 zł za godzinę. Również oferta KD BUD, która ma też stawkę 17 zł, gdzie wygrała oferta W. . Firma budowlana ANNA BUD sp. z o. o. z Warszawy: stawka 18,50 zł w tym samym postępowaniu, które wygrał W. . Oferta ZUWiK z miesiąca marca, w której proponuje stawkę 17 zł. Ja składam te oferty na dowód, iż stawki RbH na naszym rynku w 2020 kształtowały się na poziomie od 15 do 17 zł jako najniższe i zgodnie z obowiązującymi przepisami. Uważam, że powoływanie się w odwołaniu jako argumentacja do RNC z przywołaniem stawek wskazywanych przez związek zawodowy „Budowlani” na poziomie 21,65 zł, tj. wartość minimalnej stawki godzinowej wynagrodzenia, jest już ubruttowiona narzutami (koszty pośrednie i zysk). Na rozprawie Odwołujący wnosi i wywodzi jak dotychczas, tj. o uwzględnienie odwołania w całości. Przywołuje w poczet materiału dowodowego pismo, które skierował do zamawiającego 27.11.2020 r., stron 7, oraz załączył do tego pisma kalkulacje z systemu internetowego, gdzie minimalna stawka wynagrodzenia na godzinę wynosi 21,65 zł (dokument na 7 stronach), przy czym odwołujący przyjmuje jako wiarygodną stawkę podaną w informatorze SEKOCENBUD: 20,51 zł, gdzie są objęte same ZUS-y bez premii regulaminowej, płac dodatkowych, płac uzupełniających. Wnoszę o nieuwzględnienie w poczet materiału dowodowego wniesionych w dniu dzisiejszym na posiedzeniu przez zamawiającego ofert firm wymienionych powyżej w protokole, uznając je jako niemające znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy, ponieważ obejmują inne postępowania, na inne rodzaje robót i nie oznacza, że są prawidłowe. Ponadto podkreślamy, że wycena roboczo-godziny na poziomie 17 zł jest niezgodna z obowiązującymi

przepisami, ale również stawka 20 zł, gdzie pracownik otrzymuje 15 zł na godzinę jest nierealna do charakteru pracy, jaki należy wykonać, aby wybudować przedmiotowy obiekt, gdzie przewidziane są różnego rodzaju prace począwszy od konieczności posiadania uprawnień budowlanych kierownika budowy, kierowników robót, sanitarnych, elektrycznych, technologii fontanny oraz wykwalifikowanych pracowników branżowych począwszy od operatorów maszyn (koparki, spycharki) do pracowników specjalistycznych jak elektrycy, robotnik branży sanitarnej. Uważam, że zarzut rażąco wysokiej naszej stawki, tj. na poziomie 35 zł za godzinę, jest nieuzasadniony przede wszystkim z takich powodów jak: mieścimy się w budżecie. Uważam, że stawka powinna wynosić 35 zł razy 160 godzin miesięcznie, co daje ok 6000 zł miesięcznie, a bezpośrednio dla pracownika po potrąceniu na poziomie ok. 40% tej kwoty otrzymuje od 3 do 4 tys. zł miesięcznie, a według kryterium przyjętego jako wiarygodne dla zamawiającego wypłata bezpośrednio dla pracownika wynosiłaby ok. 2200 zł. Uważam, że stanowisko zamawiającego o tym, iż z kosztów pośrednich, zysku pracownik otrzymuje bezpośrednio jakiś udział jest niewiarygodne i nieuprawnione, bo zawiera ono inne koszty. Zamawiający Wnosi o oddalenie odwołania. Uważa, że prawidłowo ocenił oferty. Wskazuje, że odwołujący nie przedstawił dowodu na poczet swoich twierdzeń oferty DROGMAR i ZUWiK zostały ocenione prawidłowo. Zwracam również uwagę, że DROGMAR b wzywany do wyjaśnień, ale tylko w trybie ust. 1a z powodu przekroczenia w stosunku do wartości szacunkowej. Zarzuty odwołania mówią o przyjęciu kosztów na poziomie niższym niż minimalne wynagrodzenie, co uważam, że jest niezgodne z rzeczywistością, a na poczet tego złożyłam stosowne dowody, w tym wyliczenia związku zawodowego „Budowlani”. Minimalne wynagrodzenia ma prawo kształtować się na poziomie 17 zł netto. Na co również wskazałam dowody chociażby SEKOCENBUDU. Natomiast odwołujący formułując zarzuty odwołania pomimo wskazania na RNC odnosi się tylko do zastosowanej stawki RbH, a nie do wynagrodzenia jako całości, której można postawić zarzut RNC. Tak jak już przedstawiałam na posiedzeniu argumentację: w 2020 roku obowiązywało minimalne wynagrodzenie na poziomie 2600 zł brutto w związku z tym odpowiada jemu stawka za godzinę na poziomie 17 zł. Podstawą do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 4 jest zarzut RNC całości wynagrodzenia, a odwołujący formułując ten zarzut nie odniósł do całości wynagrodzenia zarówno DROGMAR jak i ZUWiK, a jedynie do zaferowanych w kalkulacji stawek RbH kosztorysowej.

Izba przyjmuje w poczet materiału dowodowego dokumentację przedstawioną przez zamawiającego w zakresie odnoszącym się do zarzutów odwołania oraz odpowiedzi na odwołanie. Nie przyjmuje w poczet materiału dowodowego ofert, które zostały przedstawione przez zamawiającego, jakie funkcjonowały w 2020 roku na rynku u zamawiającego. Natomiast przyjmuje dowody przedstawione przez odwołującego na posiedzeniu/rozprawie. Odwołujący W tym miejscu prostując wypowiedź prokurent odwołującego i oświadcza, że przy 17 zł za jedną RbH wynagrodzenie brutto wynosić będzie 2200 zł, a pracownik wówczas otrzyma na rękę 1400 zł, przy czym obowiązująca najniższa krajowa w tym okresie wynosi 2600 zł. Pełnomocnik radca prawny wnosi o uwzględnienie odwołania, uważa, że zamawiający nie przedstawił polemiki do argumentów odwołania. Nasze zarzuty sprowadzają się do stawek RbH i wynagrodzenia i powołują się na obowiązujące nie tylko orzecznictwo, ale przepisy, które mówią, że zarzuty do art. 90 odnoszą się również do części składowej wynagrodzenia, tj. jego istotnych elementów, jakimi uważam są stawki RbH. Różnica między ofertą wybraną a naszą wynosi ok 1 mln. zł, co wskazuje na niedoszacowanie kosztów robocizny po stronie wykonawców DROGMAR i ZUWiK. Wnosimy o uwzględnienie odwołania wobec przedstawienia kalkulacji na niższym poziomie c o do wynagrodzeń niż obowiązujące przepisy. Zamawiający Wnosi o oddalenie odwołania. Stwierdza, że stawka RbH kosztorysowa została w obydwu ofertach skalkulowana na poziomie nie niższym niż co najmniej obowiązujące najniższe wynagrodzenie w 2020 r.).

Izba zaprezentowała powyżej stanowiska stron na posiedzeniu/rozprawie, które interpretują rozbieżnie postanowienia obowiązujących przepisów co do minimalnego wynagrodzenia, jak i do w.w. rozporządzenia Ministra Infrastruktury, w kontekście pojęcia „stawka roboczogodziny” użytego w formularzu Oferty.

Izba w zaistniałym stanie rzeczy rozważyła racje stron uwzględniając postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz), opierając swoje stanowisko na Załączniku do siwz OFERTA, gdzie zamawiający zawarł następujące postanowienie

„ W kosztorysach ofertowych zastosowaliśmy następujące czynniki cenotwórcze:

stawka roboczogodzinyzł.,

wskaźnik narzutu kosztów pośrednich (naliczane do RiS) -...%,

wskaźnik narzutu kosztów zakupu (naliczane do M) ... %,

wskaźnik narzutu zysku (naliczany do R+Kp i S+Kp)... %.”,

jako decydujące dla rozstrzygnięcia sporu.

W postanowieniach siwz zamawiający nie przywołał wprost 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), w kontekście powoływanego przez odwołującego § 6 ust.2 tego rozporządzenia, które odnosi się do kosztorysu inwestorskiego a nie kosztorysu ofertowego (wykonawcy), a tym bardziej w sytuacji treści wezwania dla wykonawcy sformułowanego w formularzu ofertowym „stawka roboczogodziny”).

W zaistniałej w sprawie sytuacji Izba przyjmuje jako „stawkę roboczogodziny” minimalną kwotę 15,3846 złotych/godzinę (15,38 zł./godz.), a nie 21,65 złotych/godzinę obejmującą również narzuty podstawowe i narzuty dodatkowe, które to narzuty wobec tak sformułowanych postanowień siwz w tym formularzu ofertowego, mieli prawo wykonawcy wkalkulować w „wskaźnik narzutu kosztów pośrednich (naliczane do RiS) -...%, wskaźnik narzutu kosztów zakupu (naliczane do M) ... %, wskaźnik narzutu zysku (naliczany do R+Kp i S+Kp)... %.”).

Reasumując stawka roboczogodziny podana w ofertach DROGMAR i ZUWiK w wysokości 17,00zł./godz. jest zgodna z wymogiem minimalnej stawki roboczogodziny wyliczonej powyżej na poziomie 15,38 zł./godz., w kontekście treści formularza Oferty (stawka roboczogodziny).

W tym stanie rzeczy zarzuty odwołania co do rażąco niskiej ceny nie potwierdziły się, co do przyjęcia do ceny oferty DROGMAR i ZUWiK kosztów pracy na poziomie niższym niż minimalne wynagrodzenie za prace ustalone na podstawie

właściwych przepisów.

Izba nie stwierdza, w rozumieniu art.192 ust.2 ustawy Pzp, naruszenia wskazanych przepisów odwołania tj.:

(1) art. 89 ust. 1 pkt 4) ustawy Pzp w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp poprzez nieprawidłową ocenę złożonych przez DROGMAR wyjaśnień rażąco niskiej ceny, z których wynika że wykonawca ten przyjął do ustalenia ceny swojej oferty koszty pracy na poziomie niższym od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie właściwych przepisów;

(2) art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy DROGMAR, mimo że jego oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, co potwierdza przyjęcie przez tego wykonawcę do ustalenia ceny swojej oferty kosztów pracy na poziomie niższym od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie właściwych przepisów;

(3) art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy ZUWiK, mimo że jego oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, co potwierdza przyjęcie przez tego wykonawcę do ustalenia ceny swojej oferty kosztów pracy na poziomie niższym od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie właściwych przepisów;

(4) art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia ofert wykonawców DROGMAR i ZUWiK, mimo że oferty tych wykonawców są niezgodne z ustawą Pzp, tj. art. 90 ust. 1 pkt 1 Pzp, z uwagi na zaoferowanie przez tych wykonawców stawki roboczogodziny, której wartość jest niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie właściwych przepisów;

(5) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia ofert wykonawców DROGMAR i ZUWiK, mimo że jego oferty tych wykonawców są niezgodne z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia („SIWZ”), tj. z postanowieniami nakazującymi zaoferowanie stawki roboczogodziny na poziomie zgodnym z minimalnym wynagrodzeniem za pracę ustalonego na podstawie właściwych przepisów;

(6) art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia ofert wykonawców DROGMAR i ZUWiK, mimo że zawierają one błąd w obliczeniu ceny polegający na zaoferowaniu stawki roboczogodziny, której wartość jest niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie właściwych przepisów,

a w konsekwencji:

(7) art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasady prowadzenia postępowania o

udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości, a także poprzez wybór niezgodnie z przepisami ustawy Pzp jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy DROGMAR, a zaniechanie wyboru oferty Odwołującego.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji wyroku. Na mocy art.192 ust.1 w zw. z ust.2 tego artykułu ustawy Pzp, odwołanie podlega oddaleniu.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy, a także w oparciu o przepisy § 3 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) zaliczając w poczet postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania, uiszczony przez odwołującego w kwocie 10.000,00 złotych.

Przewodniczący: