Sygn. akt: KIO 2928/20

WYROK
z dnia 1 grudnia 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Jolanta Markowska

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 listopada 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 listopada 2020 r. przez wykonawcę: **ADAC-LEWAR Sp. z o.o., ul. Słoneczna 11, 42-141 Przystajń,** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad ul. Wronia 53, 00-874 Warszawa,**

przy udziale wykonawcy: **Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe „LARIX" Sp. z o.o., ul. Klonowa 11, 42-700 Lubliniec** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1.oddala odwołanie,

2.kosztami postępowania obciąża wykonawcę: **ADAC-LEWAR Sp. z o.o., ul. Słoneczna 11, 42-141 Przystajń**, i:

1)zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: **ADAC-LEWAR Sp. z o.o., ul. Słoneczna 11, 42-141 Przystajń** tytułem wpisu od odwołania,

2)zasądza kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) od wykonawcy: **ADAC-LEWAR Sp. z o.o., ul. Słoneczna 11, 42-141 Przystajń**na rzecz zamawiającego: **Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad ul. Wronia 53, 00-874 Warszawa** stanowiącą koszty poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący: ……

Sygn. akt: KIO 2928/20

Uzasadnienie

Zamawiający: Skarb Państwa - Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie działający poprzez Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad – Oddział w Opolu, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na zadanie: „Poprawa bezpieczeństwa ruchu drogowego w województwie opolskim na DIC 39 na odcinku Smarchowice Wielkie - Namysłów w ramach PBDK - Program Likwidacji Miejsc Niebezpiecznych". Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 5 sierpnia 2020 r. pod nr. 2020/S 150-366813.

Pismem z dnia 30 października 2020 r. Zamawiający zawiadomił wykonawców uczestniczących w postępowaniu o wyborze oferty złożonej przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe „LARIX" Sp. z o.o. z siedzibą w Lublińcu, zwanej dalej „LARIX", jako najkorzystniejszej.

Wykonawca ADAC-LEWAR Sp. z o.o. z siedzibą w Przystajni wniósł odwołanie wobec wyboru oferty najkorzystniejszej oraz wobec zaniechania odrzucenia tej oferty. Odwołujący zarzucił naruszenie przez Zamawiającego przepisów art. 89 ust. I pkt 3 i pkt 4, a w konsekwencji także przepisu art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.) zwanej dalej „Pzp". Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty LARIX, jako najkorzystniejszej oraz powtórzenia czynności badania i oceny ofert. Odwołujący wniósł także o przeprowadzenie dowodów z dokumentów załączonych do odwołania i znajdujących się w dokumentacji postępowania, na okoliczności wskazane w odwołaniu.

Odwołujący wyjaśnił, że jego oferta zajmuje drugie miejsce w rankingu ofert złożonych w postępowaniu, tj. za ofertą LARIX.

Odwołujący wskazał, że ponieważ zaproponowana w ofercie LARIX cena brutto za wykonanie zamówienia będącego przedmiotem postępowania, wynosząca 19.614.245,66 zł, jest o 42,41 % niższa od szacunkowej wartości brutto tego zamówienia opiewającej na kwotę 34.057.198,00 zł, Zamawiający powziął podejrzenie, że jest ona rażąco niska, wobec czego pismem z dnia 7 października 2020 r., zwrócił się do wykonawcy LARIX na podstawie art. 90 ust. 1 i ust. 1a Pzp o przedstawienie szczegółowej kalkulacji kosztów siedemnastu pozycji załączonego do oferty uproszczonego kosztorysu robót drogowych oraz o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny oferty.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie wykonawca LARIX w dniu 15 października 2020 r. przedstawił szczegółową kalkulację wskazanych przez Zamawiającego pozycji i udzielił wyjaśnień dotyczących ceny oferty, a także przedłożył dokumenty mające potwierdzić owe wyjaśnienia.

Odnosząc się do przedstawionej przez LARIX szczegółowej kalkulacji kosztów siedemnastu wskazanych przez Zamawiającego pozycji uproszczonego kosztorysu robót drogowych, Odwołujący wskazał, że suma wartości netto tych pozycji, wynosząca 6.184.857.85 zł, stanowi aż 57 % wartości netto wszystkich robót drogowych określonej w rzeczonym kosztorysie na kwotę 10.824.553,76 zł, tj. 38,7 % ceny netto oferty LARIX wynoszącej 15,946.541,19 zł. W konsekwencji, ocena przedstawionej przez LARIX szczegółowej kalkulacji ma istotne znaczenie dla weryfikacji realności

ceny tej oferty.

Odwołujący podniósł także, że ceny większości z siedemnastu wskazanych przez Zamawiającego pozycji kosztorysu robót drogowych załączonego do oferty LARIX są znacznie niższe w porównaniu z cenami tychże pozycji w kosztorysach robót drogowych załączonych do ofert pozostałych wykonawców. I tak, określone w kosztorysie robót drogowych LARIX ceny ośmiu spośród tych pozycji stanowią mniej niż 50% średniej cen tychże pozycji w kosztorysach załączonych do ofert pozostałych wykonawców, ceny siedmiu spośród tych pozycji mieszczą się w przedziale od 50 % do 100 % średniej cen tychże pozycji w kosztorysach załączonych do ofert pozostałych wykonawców, a ceny tylko dwóch spośród tych pozycji są wyższe od średniej cen tychże pozycji w kosztorysach załączonych do ofert pozostałych wykonawców. W konsekwencji średnia cen siedemnastu wskazanych przez Zamawiającego pozycji kosztorysu robót drogowych załączonego do oferty LARIX stanowi 72 % średniej cen tych robót w kosztorysach załączonych do ofert pozostałych wykonawców. Odwołujący przedstawił zestawienie cen siedemnastu wskazanych przez Zamawiającego pozycji kosztorysu robót drogowych załączonego do oferty LARIX i cen tychże pozycji w kosztorysach robót drogowych załączonych do ofert pozostałych wykonawców.

Zdaniem Odwołującego, również zdecydowana większość cen robocizny (R), materiałów (M) i sprzętu (S) założona w przedłożonej przez LARIX szczegółowej kalkulacji siedemnastu pozycji kosztorysu robót drogowych jest w wielu przypadkach wielokrotnie niższa w porównaniu z cenami RMS dla robót ogólnobudowlanych i remontów w woj. opolskim notowanymi w „Informacji o cenach czynników produkcji RMS", zwanej dalej „Sekocenbud". Odwołujący przedstawił zestawienie cen RMS założonych w przedstawionej przez LARIX szczegółowej kalkulacji siedemnastu wskazanych przez Zamawiającego pozycji kosztorysu robót drogowych i cen RMS dla robót ogólnobudowlanych i remontów w woj. opolskim notowanych w Sekocenbud.

Ponadto, suma cen netto robót drogowych, robót w zakresie remontu obiektu mostowego, robót w zakresie energetyki oraz robót w zakresie oświetlenia określonych w kosztorysach tych robót załączonych do oferty LARIX wynosi: 10.824.553,76 zł + 989.764,71 zł + 178.588,33 zł + 1.079.965,51 zł - 13.072.872,31 zł, co stanowi aż 81,9 % wynoszącej 15.946.541,19 zł ceny netto oferty tej Spółki i w sposób oczywisty uzasadnia tezę, że zawarta w tych kosztorysach wycena przedmiotowych robót zasadniczo waży na cenie oferty.

Odwołujący podniósł, że większość cen określonych w załączonych do oferty LARIX kosztorysach: robot drogowych, robót w zakresie remontu obiektu mostowego, robót w zakresie energetyki oraz robót w zakresie oświetlenia jest znacząco niższa w porównaniu do cen określonych w analogicznych kosztorysach załączonych do ofert pozostałych wykonawców. I tak:

1)spośród cen wszystkich dziewięćdziesięciu siedmiu pozycji kosztorysu robót drogowych LARIX ceny dwudziestu ośmiu pozycji stanowią mniej niż 50 % średniej cen tychże pozycji w kosztorysach robót drogowych załączonych do ofert pozostałych wykonawców, ceny czterdziestu czterech pozycji mieszczą się w przedziale od 50 % do 100 % średniej cen tych pozycji w kosztorysach robót drogowych załączonych do ofert pozostałych wykonawców, a ceny tylko dwudziestu pięciu pozycji są wyższe od średniej cen tychże pozycji w kosztorysach robót drogowych załączonych do ofert pozostałych wykonawców; w konsekwencji cena netto robót drogowych, określona w kosztorysie tych robót załączonym do oferty LARIX na kwotę 10.624.553,76 zł, stanowi 78 % wynoszącej 13.959.657,35 zł średniej cen netto robót drogowych określonych w kosztorysach tych robót załączonych do ofert pozostałych wykonawców;

2)spośród cen wszystkich czterdziestu dziewięciu pozycji kosztorysu robót w zakresie remontu obiektu mostowego załączonego do oferty LARIX, ceny osiemnastu pozycji stanowią mniej niż 50 % średniej cen tych pozycji w kosztorysach robót w zakresie remontu obiektu mostowego załączonych do ofert pozostałych wykonawców, ceny siedemnastu pozycji mieszczą się w przedziale od 50 % do 100 % średniej cen tychże pozycji w kosztorysach robót w zakresie remontu obiektu mostowego załączonych do ofert pozostałych wykonawców, a ceny tylko czternastu pozycji są wyższe od średniej cen tych pozycji w kosztorysach robót w zakresie remontu obiektu mostowego załączonych do ofert pozostałych wykonawców. W konsekwencji, cena netto robót w zakresie remontu obiektu mostowego, określona w kosztorysie LARIX na kwotę 989.764,71 zł, stanowi 68 % wynoszącej 1.452.321,59 zł średniej cen netto robót w zakresie remontu obiektu mostowego określonych w kosztorysach tych robót załączonych do ofert pozostałych wykonawców;

3)spośród cen wszystkich dwudziestu dziewięciu pozycji kosztorysu robót w zakresie energetyki załączonego do oferty LARIX, ceny ośmiu pozycji stanowią mniej niż 50% średniej cen tych pozycji w kosztorysach robót pozostałych wykonawców, ceny piętnastu pozycji mieszczą się w przedziale od 50 % do 100 % średniej cen tych pozycji w kosztorysach pozostałych wykonawców, a ceny tylko pięciu pozycji są wyższe od średniej cen tychże pozycji w kosztorysach robót pozostałych wykonawców/ W konsekwencji cena netto robót w zakresie energetyki, określona w kosztorysie tych robót załączonym do oferty LARIX na kwotę 178.588,33 zł, stanowi 77% wynoszącej 233.017,30 zł średniej cen netto robót w zakresie energetyki określonych w kosztorysach tych robót załączonych do ofert pozostałych wykonawców;

4)spośród cen wszystkich dwudziestu dwóch pozycji kosztorysu robót w zakresie oświetlenia załączonego do oferty LARIX, ceny czterech pozycji stanowią mniej niż 50 % średniej cen tych pozycji w kosztorysach robót w zakresie oświetlenia załączonych do ofert pozostałych wykonawców, ceny dziewięciu pozycji mieszczą się w przedziale od 50 % do100 % średniej cen tych pozycji w kosztorysach robót pozostałych wykonawców, a ceny dziewięciu pozycji są wyższe od średniej cen tych pozycji w kosztorysach robót pozostałych wykonawców. W konsekwencji, cena netto robót w zakresie oświetlenia, określona w kosztorysie tych robót załączonym do oferty LARIX na kwotę 1.079.965,51 zł, stanowi 96 % wynoszącej 1,120.652,41 zł średniej cen netto robót w zakresie oświetlenia określonych w kosztorysach tych robót załączonych do ofert pozostałych wykonawców.

Odwołujący przedstawił zestawienie cen w kosztorysie załączonym do oferty LARIX i cen w kosztorysach robót drogowych załączonych do ofert pozostałych wykonawców: robót drogowych, robót w zakresie remontu obiektu mostowego załączone do niniejszego odwołania zestawienie cen w kosztorysie robót w zakresie energetyki, robót w zakresie oświetlenia.

Analiza ceny oferty LARIX i poszczególnych elementów tej ceny w ich relacji do wartości zamówienia, cen ofert pozostałych wykonawców i realiów rynkowych stanowi konieczny kontekst oceny, na ile wyjaśnienia udzielone przez LARIX w piśmie z dnia 15 października 2020 r. oraz załączone do tego pisma dokumenty potwierdzają realność ceny za wykonanie zamówienia. Odwołujący podniósł, co następuje:

1)w przedstawionej przez LARIX szczegółowej kalkulacji siedemnastu wskazanych przez Zamawiającego pozycji kosztorysu robót drogowych załączonego do oferty założono stawkę robocizny w wysokości 17,00 zł/r-g;

2)zamówienie będące przedmiotem postępowania ma być realizowane przez cały rok 2021, w którym obowiązywać będzie minimalne miesięczne wynagrodzenie za pracę pracowników zatrudnionych na podstawie umowy o pracę w wysokości 2.800 zł określonej w rozporządzeniu Rady Ministrów z dnia 15 września 2020 r. w sprawie wysokości

minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2021 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 1596);
3)miesięcznemu wynagrodzeniu za pracę w wysokości 2.800,00 zł odpowiadać będzie w 2021 r. stawka 16,72 zł za godzinę pracy w podstawowym systemie czasu pracy (pięć dni w tygodniu i 8 godz. dziennie), nieobejmująca dodatku za godziny nadliczbowe i za pracę w porze nocnej;
4)założona w szczegółowej kalkulacji LARIX siedemnastu pozycji kosztorysu robót drogowych stawka 17,00 zł/r-g zabezpieczy co prawda minimalne wynagrodzenie za pracę obowiązujące w 2021 r. dla zatrudnionych na podstawie umowy o pracę pracowników wykonujących roboty opisane w tych pozycjach, jednak może okazać się niewystarczająca dla sfinansowania wypłaty tym pracownikom dodatku za godziny nadliczbowe i za pracę w porze nocnej;
5)stawka 17,00 zł/r-g jest niezgodna z deklarowanymi i udokumentowanymi w piśmie LARIX z dnia 15 października 2020 r. zasadami wynagradzania obowiązującymi w tym przedsiębiorstwie, bowiem z podsumowania zawartego w końcowej części załączonej do tego pisma zanonimizowanej listy płac za miesiąc sierpień 2020 r. wynika, że ujęci na owej liście pracownicy przepracowali w tym miesiącu łącznie 3.352,00 godziny i to wyłącznie w podstawowym systemie czasu pracy, tj. bez pracy w godzinach nadliczbowych i w porze nocnej, za co otrzymali wynagrodzenie w łącznej kwocie 841.793,32 zł, co oznacza, że godzinowa stawka wynagrodzenia za pracę świadczoną w podstawowym systemie czasu pracy przez pracowników LARIX w sierpniu 2020 r. wynosiła: 841.793,32 zł : 33.352,00 godz. = 25,23 zł/r-g, a więc była znacząco wyższa od stawki 17,00 zł/r-g założonej w szczegółowej kalkulacji. Odwołujący przedstawił wyliczenie minimalnych stawek za godzinę pracy osób zatrudnionych na podstawie umowy o pracę w podstawowym systemie czasu pracy w poszczególnych miesiącach 2021 r.

Zdaniem Odwołującego, w konsekwencji uznać należy, że cena siedemnastu wskazanych przez Zamawiającego pozycji kosztorysu robót drogowych załączonego do oferty LARIX, ustalona w szczegółowej kalkulacji kosztów owych pozycji, sporządzonej przy założeniu nakładów na robociznę według stawki 17,00 zł/r-g, jest nierealna, bo nie zapewnia finansowania tych nakładów zgodnie z przepisami o minimalnym wynagrodzeniu za pracę i zasadami wynagradzania pracowników deklarowanymi przez LARIX, jako obowiązujące w tym przedsiębiorstwie. Odwołujący przywołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej sygn. KIO 1520/17 z dnia 4 sierpnia 2017 r. (LEX nr 2363966).

Odwołujący wskazał, że w piśmie z dnia 15 października 2020 r. LARIX uzasadnił realność ceny swojej oferty, powołując się na następujące okoliczności:
-długoletnie, funkcjonowanie na rynku wykonawstwa robót budowlanych i nabyte w związku z tym doświadczenie, współpracę z wyselekcjonowanymi dostawcami zapewniającymi dostawę wysokiej jakości materiałów, dysponowanie dużą ilością różnorodnych i nowoczesnych maszyn i sprzętu wyszczególnionego w załączonej do pisma ewidencji środków trwałych, wykonywanie w powiecie namysłowskim i jego okolicach bliżej nieokreślonych kontraktów, których realizacja może być łączona z wykonywaniem zamówienia będącego przedmiotem postępowania z efektem w postaci optymalizacji i obniżenia kosztów tego zamówienia;
-współpracę z firmą „DR0GBUD-LARIX" Sp. z o.o., będącą wytwórcą mieszanek mineralno- bitumicznych, która umożliwia LARIX nabywanie mieszanek po cenach hurtowych, czego dowodem ma być załączona do omawianego pisma oferta „DROGBUD- LARIX" Sp. z o.o. z dnia 10 września 2020 r., dotycząca dostawy mieszanek mineralno-bitumicznych na potrzeby realizacji innego zamówienia niż zamówienie będące przedmiotem postępowania;
-pomoc publiczną na zakup maszyn budowlanych otrzymaną z Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Śląskiego na lata 2007 - 2013, na którą to okoliczność nie przedłożył żadnych dowodów potwierdzających fakt uzyskania rzeczonej pomocy i umożliwiających ustalenie jej wpływu owej na kalkulację ceny oferty.

W ocenie Odwołującego, okoliczności powyższe zostały opisane i udokumentowane przez LARIX na tyle ogólnikowo, że nie sposób ustalić, czy i jak wpływają na realność ceny tej oferty, a ponadto trudno uznać je za dostępne tej Spółce warunki wyjątkowo sprzyjające wykonywaniu przez nią zamówienia będącego przedmiotem postępowania.

Niezależnie od powyższego Odwołujący podniósł następujące okoliczności:
1)w przedłożonej przez LARIX szczegółowej kalkulacji siedemnastu pozycji uproszczonego kosztorysu robót drogowych załączonego do oferty ceny robót opisanych w pozycjach 93 i 94 określone zostały na poziomie, odpowiednio, 9 % i 17 % średniej cen tych pozycji w kosztorysach robót drogowych załączonych do ofert pozostałych wykonawców, co wykazano w powołanym już zestawieniu tych cen załączonym do niniejszego odwołania;
2)*w piśmie z dnia 15 października 2020 r. LARIX skomentował szczegółową kalkulację pozycji 93 i 94 w ten sposób, że (cyt.): „kalkulacja uwzględnia zakładane nakłady posiadanego sprzętu, robocizny oraz oferty materiału wcześniej zakupionego (mur oporowy - w załączeniu faktura zakupu) do realizacji zadania u innego zamawiającego rozliczonego w wynagrodzeniu ryczałtowym, a nie wykorzystanym do realizacji zadania";*
3)z powyższego oświadczenia wynika, że LARIX zamierza nakłady materiałowe na realizację robót opisanych w pozycjach 93 i 94 kosztorysu robót drogowych sfinansować nie
z wynagrodzenia za wykonanie zamówienia będącego przedmiotem postępowania, lecz
z wynagrodzenia za realizację innego zamówienia.
W powyższym kontekście Odwołujący przywołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej sygn.. KIO 1563/10 z dnia 28 sierpnia 2018 r. (LEX nr 2578331).

Podsumowując, Odwołujący wskazał, że ponieważ cena oferty LARIX jest niższa o 42,41 % od szacunkowej wartości zamówienia, a istotne dla poziomu tej ceny koszty w niej odzwierciedlone są znacząco niższe od analogicznych kosztów odzwierciedlonych w cenach ofert pozostałych wykonawców, to powstaje domniemanie, iż cena owa jest rażąco niska. Udzielone przez LARIX wyjaśnienia dotyczące ceny oferty z racji ich niekompletności i ogólnikowości oraz braku poparcia jednoznacznymi dowodami, uniemożliwiają dokonanie rzetelnej oceny, czy rzeczona oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, a z drugiej strony wręcz potwierdzają, że jeden z kosztów mających istotny wpływ na poziom ceny, a mianowicie koszt wykonania robót opisanych w siedemnastu wskazanych przez Zamawiającego pozycjach kosztorysu robót drogowych w ofercie LARIX jest niedoszacowany, bo:
a)nie zapewnia uzyskania przez pracowników wykonujących ww. roboty ani wynagrodzenia ustalonego wedle zasad deklarowanych przez Spółkę LARIX, jako obowiązujące w jej przedsiębiorstwie, ani obowiązującego minimalnego wynagrodzenia za pracę,
b)zakłada sfinansowanie kosztów materiałowych części tych robót ze źródeł innych niż wynagrodzenie za wykonanie zamówienia będącego przedmiotem postępowania,
a tym samym udzielone wyjaśnienia nie obalają domniemania, iż cena ta jest rażąco niska i w konsekwencji podjęcie przez Zamawiającego czynności wyboru oferty LARIX, jako najkorzystniejszej oraz zaniechanie odrzucenia tej oferty narusza przepis art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, a także przepis art. 7 ust. 1 Pzp.

Odwołujący podniósł dodatkowo, że skoro istotne dla ceny oferty LARIX wartości kosztów odzwierciedlonych w tej

cenie skalkulowane zostały na poziomie niższym niż poziom analogicznych kosztów ofert pozostałych wykonawców, w oderwaniu od realiów rynkowych, wbrew zasadom polityki płac deklarowanym przez Spółkę LARIX jako obowiązującej w jej przedsiębiorstwie i przy założeniu finansowania części tych kosztów z innych źródeł niż wynagrodzenie za wykonanie zamówienia będącego przedmiotem postępowania, zaś złożone wyjaśnienia dotyczące ceny oferty nie potwierdziły realności owych kosztów, to uznać należy, że złożenie oferty LARIX w postępowaniu stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Odwołujący przywołał orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej: wyrok sygn. KIO 509/19 z dnia 9 kwietnia 2019 r. (LEX nr 2682256), wyrok sygn. KIO 1823/16 z dnia 17 października 2016 r. (LEX nr 2155339).

Powyższe okoliczności uzasadniają tezę, że podjęcie przez Zamawiającego czynności wyboru oferty LARIX, jako najkorzystniejszej, i zaniechanie odrzucenia tej oferty narusza przepis art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp, a w konsekwencji także przepis art. 7 ust. 1 Pzp.

Odwołujący załączył do odwołania:

1.Zestawienie cen siedemnastu wskazanych przez Zamawiającego pozycji kosztorysu robót drogowych załączonego do oferty LARIX i cen tychże pozycji w kosztorysach robót drogowych załączonych do ofert pozostałych wykonawców.

2.Zestawienie cen RMS założonych w przedstawionej przez LARIX szczegółowej kalkulacji siedemnastu wskazanych przez Zamawiającego pozycji kosztorysu robót drogowych załączonego do oferty tej Spółki i cen RMS dla robót ogólnobudowlanych i remontów w woj. opolskim notowanych w „Sekocenbud".

3.Zestawienie cen w kosztorysie robót drogowych załączonym do oferty LARIX i cen w kosztorysach robót drogowych załączonych do ofert pozostałych wykonawców.

4.Zestawienie cen w kosztorysie robót w zakresie remontu obiektu mostowego załączonym do oferty LARIX i cen w kosztorysach robót w zakresie remontu obiektu mostowego załączonych do ofert pozostałych wykonawców;

5.Zestawienie cen w kosztorysie robót w zakresie energetyki załączonym do oferty LARIX i cen w kosztorysach robót w zakresie energetyki załączonych do ofert pozostałych wykonawców.

6.Zestawienie cen w kosztorysie robót w zakresie oświetlenia załączonym do oferty LARIX i cen w kosztorysach robót w zakresie oświetlenia załączonych do ofert pozostałych wykonawców.

7.Wyliczenie minimalnych stawek za godzinę pracy osób zatrudnionych na podstawie umowy o pracę w podstawowym systemie czasu pracy w poszczególnych miesiącach 2021 r.

Na rozprawie Odwołujący podniósł dodatkowo zarzuty, jak poniżej:

Odwołujący podniósł, że w poz. nr 4 szczegółowej kalkulacji dotyczącej samochodu samowyładowczego 10-15t, Przystępujący określił stawkę za motogodzinę w wysokości 15zł, która nie uwzględnia w ogóle kosztów pracy operatora (17zł/h) oraz kosztów paliwa, amortyzacji itp., przy czym wg Sekocenbud, taki samochód jest wyceniony od 75 zł do 135 zł za motogodzinę, a średnio 109 zł za motogodzinę (Sekocenbud dla woj. opolskiego za trzeci kwartał 2020).

Odwołujący podniósł, że w poz. 15 kalkulacji dotyczącej samochodu samowyładowczego jak wyżej, a także w poz. 34 (l.p. 7), dotyczącej walca stalowego wibracyjnego, Przystępujący podał stawkę 10 zł za motogodzinę, która nie uwzględnia w ogóle kosztów pracy operatora. Odwołujący w tym zakresie podtrzymał w całości argumentację odnośnie niedoszacowania kosztów tych pozycji, przy czym wg Sekocenbud minimalna stawka wynosi 59 zł za motogodzinę, maksymalna 72,89 zł, a średnia 63,12 zł.

Odwołujący podnosił także, że w wyjaśnieniach zawartych w części opisowej pisma z dnia 15 października 2020 r. odnoszących się do kalkulacji kosztów poz. 93 i 94 kosztorysu Przystępujący powołał się na fakturę, która nie została jednoznacznie określona wśród złożonych załączników do wyjaśnień, a miałaby dotyczyć wcześniej zakupionego i rozliczonego w innym postępowaniu materiału na wykonanie muru oporowego. Ponadto, wśród załączników do wyjaśnień nie ma faktury, która dotyczy grodzic stalowych, o których mowa w poz. 94 kalkulacji. Jedyna faktura, którą można powiązać z poz. 93 dotyczy bloczków firmy Tensar, lecz dotyczy ona 38 palet bloczków, co stanowi 81,25m ^{2} bloczków, natomiast zgodnie z przedmiarem, zamówienie obejmuje użycie 301,61 m^2 bloczków. Odnośnie poz. 94 (L.p. 2 - grodzice stalowe) Odwołujący wskazał, że Przystępujący podał cenę 1gr za 1m, która nie została w żaden sposób wyjaśniona przez wykonawcę, a zdaniem Odwołującego, nie budzi żadnej wątpliwości, że jest to cena nierealna i rażąco niska.

Wykonawca Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe „LARIX" Sp. z o.oz siedzibą w Lublińcu zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego w niniejszej sprawie po stronie Zamawiającego. Przystępujący, kwestionując zarzuty i stanowisko Odwołującego, podniósł, że w istocie Odwołujący kwestionuje realność ceny jego oferty z powodu niedoszacowania kosztu robót siedemnastu pozycji kosztorysu, ponieważ cena:

1.nie zapewnia uzyskania przez pracowników minimalnego poziomu wynagrodzenia przewidzianego prawem;

2.zakłada sfinansowanie kosztów materiałowych części robót (poz. 93 i 94 uproszczonego kosztorysu robót drogowych) ze źródeł innych niż wynagrodzenie za wykonanie zamówienia będącego przedmiotem postępowania.

Ad. 1 Jak zauważył sam Odwołujący, stawka przyjęta przez Przystępującego do kalkulacji ceny na poziomie 17 zł roboczogodziny zabezpieczy minimalne wynagrodzenie pracowników zatrudnionych na podstawie umowy o pracę i wykonujących roboty w pozycjach kwestionowanych przez Odwołującego. Odwołujący jedynie podejrzewa i domniema, że wynagrodzenie to może okazać się niewystarczające do wypłaty wynagrodzenia za pracę w godzinach nadliczbowych lub w porze nocnej.

Przystępujący podniósł, że zgodnie z treścią w/w art. 90 ust. 1 pkt 1 Pzp a contrario, za wystarczającą wartość wynagrodzenia przyjętą do ustalenia ceny należy uznać minimalne wynagrodzenie za pracę albo minimalną stawkę godzinową, ustaloną na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2000 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2018 r. poz. 2177), co uczynił Przystępujący. Ponadto, pracodawca nie ma prawa i nie jest dopuszczalne w świetle obowiązujących przepisów prawa pracy oraz stanowiska PIP i utrwalanego w tym zakresie orzecznictwa sądowego planowanie pracy w godzinach nadliczbowych. Zgodnie z art. 151 ust. 1 zd. 2 pkt 1 i 2 Kodeksu pracy, praca w godzinach nadliczbowych jest dopuszczalna tylko wyjątkowo i tylko w razie: 1) konieczności prowadzenia akcji ratowniczej w celu ochrony życia lub zdrowia ludzkiego, ochrony mienia lub środowiska albo usunięcia awarii; 2) szczególnych potrzeb pracodawcy. W konsekwencji zasadniczo taka praca jest niedopuszczalna i Przystępujący organizując proces świadczenia pracy przez zatrudnionych u niego pracowników takowej pracy nie musi planować. Poza tym, czynności wykonywać mogą również osoby fizyczne zatrudnione na podstawie umów cywilnoprawnych, do których co prawda mają zastosowanie przypisy o minimalnym wynagrodzeniu (pod pewnymi warunkami) ale nie mają zastosowania przepisy o pracy w godzinach nadliczbowych z Kodeksu pracy, a nawet jeżeli taka praca wystąpiłaby, to na podstawie art. 152^2 Kodeksu pracy, pracownikowi w zamian za czas przepracowany w godzinach nadliczbowych

pracodawca może udzielić czasu wolnego od pracy i wówczas pracownikowi nie przysługuje dodatek za pracę w godzinach nadliczbowych. Taka praktyka jest jak najbardziej pożądana z punktu widzenia charakteru prowadzonej przez Przystępującego działalności w zakresie robót drogowych, których intensyfikacja następuje w okresie wiosny i lata, a które w znacznej części zamierają jesienią i zimą, a tym samym maleje zapotrzebowanie na pracę w tym okresie.

Przystępujący wyjaśnił, że dla realizacji zamówienia nie zatrudnia pracowników w porze nocnej w rozumieniu art. 151^7 ust. 1 i 2 Kodeksu pracy, co uzasadniałoby ewentualną wypłatę dodatku do wynagrodzenia za każdą godzinę pracy w porze nocnej zgodnie z art. 151^8 ust. 1 Kodeksu pracy.

Ad. 2Odnosząc się do zarzutu sfinansowania kosztów materiałowych części robót (poz. 93 i 94 uproszczonego kosztorysu robót drogowych) ze źródeł innych niż wynagrodzenie za wykonanie zamówienia będącego przedmiotem postępowania, w szczególności w kontekście przytoczonego orzeczenia KIO z dnia 28 sierpnia 2018 r. sygn. akt KIO 1563/18 Przystępujący podniósł, że z uzasadnienia tego orzeczenia jasno i jednoznacznie wynika, że chodzi w nim o przerzucanie kosztów na inne zamówienia realizowane aktualnie (równolegle) lub w przyszłości, co nie ma miejsca w niniejszym postępowaniu. Przystępujący wyjaśnił, że kalkulacja ceny zawiera materiał zakupiony wcześniej (mur oporowy) dla realizacji zadania już zakończonego i rozliczonego w wynagrodzeniu ryczałtowym, przy realizacji którego materiał ten okazał się zbędny i pozostał niewykorzystany, zatem, jest to sytuacja zasadniczo inna od tej, na kanwie której, zostało wydane ww. orzeczenie. Trudno uznać, że Przystępujący, posiadając materiał niewykorzystany przy innych robotach, którego zakup został rozliczony wynagrodzeniem ryczałtowym, nie może go później wykorzystać przy realizacji innych zamówień publicznych.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie (pismo z dnia 24 listopada 2020 r.) wniósł o oddalenie odwołania i obciążenie kosztami postępowania Odwołującego. W ocenie Zamawiającego, zarzuty odwołania oraz wnioski Odwołującego nie znajdują uzasadnienia w stanie faktycznym przedmiotowej sprawy, w szczególności:

Bezzasadny jest zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt. 4 Pzp, poprzez dokonanie wyboru oferty LARIX, która w ocenie Odwołującego miała zawierać rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Wbrew twierdzeniom Odwołującego, w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający, na podstawie dokładnej analizy treści wybranej oferty oraz treści pisemnych wyjaśnień ww. wykonawcy z dnia 15 października 2020 r. dotyczących elementów tak złożonej oferty i dołączonych do tego wyjaśnienia szczegółowych kalkulacji, prawidłowo uznał, że w przedmiotowym postępowaniu brak jest podstaw do uznania, iż cena oferty LARIX jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia, w rozumieniu przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 1 i ust. 3 Pzp. W ocenie Zamawiającego, treść szczegółowych i konkretnych wyjaśnień dotyczących ceny oferty złożonych przez tego wykonawcę, w połączeniu z analizą wartości cen innych wykonawców (w tym Odwołującego) dała Zamawiającemu pełne podstawy do uznania, że cena oferty LARIX nie jest rażąco niska w stosunku do przedmiotuzamówienia, to jest, że nie jest to cena nierealistyczna, za którą nie jest możliwe wykonanie zamówienia w należyty sposób, i która wskazuje na zamiar realizacji zamówienia poniżej kosztów własnych wykonawcy, niepozwalająca na wygenerowanie przez niego zysku.

Konkretny i odpowiednio szczegółowo przedstawiony przez wykonawcę wraz z wyjaśnieniami kosztorys (kalkulacja), wraz z poszczególnymi ofertami innych wykonawców prawidłowo i obiektywnie pozwala Zamawiającemu ocenić, czy cena oferty nie odbiega od cen rynkowych. Tego rodzaju szczegółowy kosztorys (kalkulacja) przedkładana przez wykonawcę wraz z wyjaśnieniami dotyczącymi sposobu skalkulowania ceny ofertowej, co do zasady może być prawidłową i wystarczającą merytorycznie odpowiedzią wykonawcy na skierowane do niego w trybie art. 90 ust. 1a Pzp żądanie Zamawiającego, aby wykonawca podał szczegóły dotyczące elementów składowych mających wpływ na wysokość ceny oferty i aby w ten sposób potwierdził on realność zaoferowanej ceny, w tym cen jednostkowych, będących istotnymi częściami składowymi takiej ceny (tak: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 kwietnia2015 r. sygn. akt KIO 752/15 Legalis numer 1327075, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 kwietnia 2015 r. sygn. akt KIO 763/15; Legalis numer 1327076).

Okoliczności te pozytywnie wystąpiły w przedmiotowej sprawie i to nie tylko wobec oferty LARIX, ale także wobec ofert dwóch innych wykonawców (tj. oferty Odwołującego oraz oferty Berger Bau Polska Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu), których oferty zostały przez Zamawiającego na podstawie treści art 90 ust. 1a pkt 1 Pz zakwalifikowane do wyjaśnienia czynników mających wpływ na wysokość ceny. Procedurze takiej w przedmiotowym postępowaniu poddano czterech wykonawców, którzy zaoferowali ceny niższe o co .najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, a w wyniku uzyskanych od tych wykonawców wyjaśnień i potwierdzających je kosztorysów (kalkulacji), co do trzech wykonawców (w tym Odwołującego i wykonawcy LARIX) Zamawiający uznał, że wykazali oni, iż ich oferty nie zawierają rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zamawiający, działając na podstawie aft. 90 ust. 3 Pzp odrzucił ofertę tylko jednego wykonawcy, tj. Przedsiębiorstwa Handlowo Usługowego „TRANSKOM" R. B. z siedzibą w Jaryszowie, który nie udzielił odpowiedzi na wezwanie skierowane do niego w tym zakresie na art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

Ceny ofertowe wszystkich sześciu złożonych ofert kształtowały się znacznie poniżej wartości zamówienia ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 Pzp na kwotę 27.688.778,86 PLN. Ceny ofertowe wszystkich sześciu ofert kształtowały się na stosunkowo podobnym poziomie, a różnica wysokości poszczególnych cen ofert wykonawców w stosunku do średniej arytmetycznej cen ofertowych wszystkich ofert wahała się w przedmiotowym postępowaniu w stosunkowo nieznacznym zakresie od poziomu „-14,61 % do poziomu +10,78%".

Ponadto, cena oferty Odwołującego opiewa na kwotę 20.638.821,33 PLN, która jestjedynie o 5,2 % wyższa od ceny ofertowej najkorzystniejszej oferty tj. oferty LARIX, i różnica ta miedzy wartością cen tych ofert wynika bezpośrednio z różnicy wartości narzutu zysku (Z) który w ofercie Odwołującego został przyjęty jako współczynnik „10%", a w ofercie LARIX - 5 %. Oznacza to, iż realna faktyczna różnica w wartości obu tych ofert cenowych nie sprowadza się do istotnej różnicy w łącznej wycenie rzeczywistych rynkowych kosztów płac i robót objętych ofertą, ale do różnicy w zakładanej w obu ofertach wartości zysku. W rzeczywistości jednak, jak wskazano wyżej, wbrew treści odwołania, żadna z tych ofert nie zawiera ceny, która mogłaby być uznana w sposób uzasadniony, za rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia w rozumieniu przepisu art. 89 ust. 1 pkt. 4 Pzp w związku z art. 90 ust. 1 i ust. 3 Pzp.

Odwołujący, choć kwestionuje wysokość stawki godzinowej wynagrodzenia pracowników przyjętej w ofercie LARIX na kwotę 17,00 zł, sam jednocześnie przyznaje w treści odwołania, że szczegółowa kalkulacja dołączona do wyjaśnień z dnia 15 października 2020 r. potwierdza okoliczność, że tak przyjęta stawka godzinowa wynagrodzenia pracowników jest zgodna z obowiązującymi przepisami prawa pracy i „zabezpieczy minimalne wynagrodzenie za pracę obowiązujące w 2021 r. dla zatrudnionych na podstawie umowy o pracę pracowników". Bezzasadnie: zatem Odwołujący

podnosi, że Zamawiający powinien uznać tę stawkę jako rzekomo wadliwą i możliwą do zakwestionowania tylko z tego powodu, że w dowolnej i subiektywnej ocenie Odwołującego tak prawidłowo określona stawka w przyszłości może okazać się „niewystarczająca dla sfinansowania wypłaty pracownikom dodatku za godziny nadliczbowe i za pracę- w porze nocnej". Zamawiający w treści zapisów Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) nie wymagał przy realizacji przedmiotu zamówienia zatrudniania personelu wykonawcy w godzinach nadliczbowych lub w porze nocnej.

Odwołujący błędnie wnioskuje i twierdzi, że okoliczność uwzględnienia przy kalkulacji ceny posiadanego i będącego jego własnością materiału (muru oporowego), który to materiał aktualnie stanowiący wolne zasoby tego wykonawcy (poprzednio zgromadzone przy wykonywaniu poprzednich zamówień i umów, zapasów) jest tożsamy z rzekomym „przerzucaniem pokrywania kosztów realizacji zamówienia na źródła finansowania spoza tego postępowania". Taki sposób kalkulacji ceny — uwzględniający faktyczną i rzeczywistą okoliczność braku potrzeby ponoszenia kosztów zakupu posiadanych zapasów materiałowych — jest w pełni prawidłowy i uzasadniony. Tego rodzaju sytuacja i okoliczność jak najbardziej mieści się w przesłankach wymienionych w art. 90 ust. 1 pkt 1 Pzp, dotyczących przykładowo określonych w tym przepisie możliwych sposobów wyliczenia przez wykonawcę ceny lub koszu i wykonania przedmiotu zamówienia przy uwzględnieniu m.in. oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, oraz wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych wykonawcy.

Swoje subiektywne twierdzenie Odwołujący wywodzi jedynie ż abstrakcyjnych statystycznych zestawień i wyliczeń matematycznie ustalanych przez siebie proporcji wysokości poszczególnych cen jednostkowych (dotyczących wyszczególnionych elementów rozliczeniowych) zawartych w wybranej przez Zamawiającego ofercie, odnoszonych stosunku do arytmetycznie ustalonej średniej wysokości poszczególnych cen jednostkowych innych wykonawców oraz na wyrywkowo dokonanych wyliczeniach średniej wysokości faktycznych wynagrodzeń (w przeliczeniu na stawkę godzinową), jakie miały być zdaniem Odwołującego stosowane przez wykonawcę. Tego rodzaju hipotetyczna i dowolna argumentacja odwołania, czyni je całkowicie nieuzasadnionym.

Powołane wyżej okoliczności faktyczne i prawne wskazują, iż bezzasadny jest również zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty LARIX, pomimo, że jej złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W świetle analizy przedmiotowej oferty oraz wyjaśnień z dnia 15 października 2020 r. oraz dołączonych do tego wyjaśnienia szczegółowych kalkulacji - wbrew twierdzeniom Odwołującego Zamawiający nie miał podstaw abyuznać, że oferta mogłaby wiązać się z dokonaniem czynu nieuczciwej konkurencji. Całkowicie niezasadny jest także zarzut dotyczący naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez naruszenie przez Zamawiającego obowiązku przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Bezzasadność tego zarzutu wynika z faktu, że Zamawiający nie dokonał wyboru oferty, która zawierałaby rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, ani też której złożenie stanowiłoby czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Krajowa Izba Odwoławcza, uwzględniając dokumentację postępowania, dokumenty zgromadzone w aktach sprawy i wyjaśnienia złożone na rozprawie przez strony
i uczestnika postępowania odwoławczego, ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał posiadanie legitymacji uprawniającej do wniesienia odwołania, stosownie do art. 179 ust. 1 Pzp.

Wykonawca Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe „Larix" Sp. z o.o. skutecznie przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, stosownie do wymogów art. 185 ust. 2 i 3 Pzp.

Zgodnie z art. 192 ust. 7 Pzp, Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Stosownie do dyspozycji tego przepisu, w niniejszym postępowaniu rozpoznaniu nie podlegały zarzuty podniesione przez Odwołującego dopiero na rozprawie, a które nie zostały zawarte w treści odwołania, tj. zarzuty dotyczące niedoszacowania kosztów pozycji nr 4, 15 i 34 kosztorysu w zakresie stawki za motogodzinę oraz zarzuty dotyczące poz. 93 i 94 kosztorysu w zakresie niezałączenia do wyjaśnień faktury na 301,61 m^2 bloczków na wykonanie muru oporowego (poz. 93) i na grodzice stalowe (poz. 94) oraz w zakresie ceny jednostkowej grodzic stalowych.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Przedmiotem zamówienia jest „Poprawa bezpieczeństwa ruchu drogowego w województwie opolskim na DK 39 na odcinku Smarchowice Wielkie – Namysłów w ramach PBDK – Program Likwidacji Miejsc Niebezpiecznych". Zakres inwestycji obejmuje rozbudowę drogi krajowej nr 39 na odcinku obejmującym kilometraż od 78+860 do 81+650 (2,79 km). Rozbudowa drogi odbywać się będzie częściowo w nowym, częściowo w istniejącym śladzie. Inwestycja obejmować będzie przebudowę wszystkich skrzyżowań z drogami podrzędnymi oraz zjazdów na nieruchomości przyległe oraz drogi wewnętrzne.

Wraz z rozbudową drogi istniejące skrzyżowania przebudowane zostaną na skrzyżowania typu rondo, dla dróg i ulic:

- połączenia DK 39 z DW 454;
- połączenia DK 39 z ul Mariańską oraz F. Chopina;
- połączenia DK 39 z ul. Stawową.

Zamówienie obejmuje budowę chodników, dróg rowerowych lub ciągów pieszo-rowerowych, przebudowę drogi wraz z przebudową miejsc parkingowych, budowę: zatok autobusowych, zatoki parkingowej, parkingu dla pojazdów ciężarowych wraz z punktem ważenia pojazdów, budowę: oświetlenia, kanału technologicznego, systemu odwodnienia drogi, wzmocnienie istniejącej konstrukcji nawierzchni jezdni, przebudowę sieci uzbrojenia terenu, remont wiaduktu nad linia kolejową.

Zgodnie z postanowieniem pkt 14.5 SIWZOPIS SPOSOBU PRZYGOTOWANIA OFERTOfertę stanowił wypełniony Formularz 2.1. „Oferta" oraz niżej wymienione dokumenty: Formularze 2.2.A - 2.2.G KOSZTORYSY OFERTOWE, Formularz 2.3. ZBIORCZE ZESTAWIENIE KOSZTÓWFormularz 2.4. „INFORMACJA DOTYCZĄC DOŚWIADCZENIA OSOBY NA STANOWISKO KIEROWNIKA BUDOWY".

W pkt 5.5 SIWZ Zamawiający zawarł wymóg zatrudnienia na umowę o pracę:
„Zamawiający stosownie do art. 29 ust 3a ustawy Pzp, wymaga aby wszystkie prace fizyczne (w tym operatorów sprzętu) związane z wykonywaniem wszystkich robót objętych zamówieniem, których wykonanie polega na wykonywaniu pracy w sposób określony w art. 22 § 1 ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. – Kodeks pracy, były wykonywane przez osoby zatrudnione na podstawie umowy o pracę Obowiązek ten, nie dotyczy osób wskazanych na stanowiska nadzoru tj.: Kierownika Budowy, Kierowników Robót Branżowych oraz innych osób pełniących samodzielne funkcje techniczne w budownictwie w rozumieniu ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane Dz. U. z 2018 r. poz. 1202 ze zm.),

Obowiązek ten dotyczy również podwykonawców – Wykonawca jest zobowiązany zawrzeć w każdej umowie o podwykonawstwo stosowne zapisy zobowiązujące podwykonawców do zatrudnienia na umowę o pracę wszystkich osób wykonujących wskazane wyżej czynności. Szczegółowe zasady dokumentowania zatrudnienia na podstawie umowy o prace ww. osób oraz kontrolowanie tego obowiązku przez Zamawiającego i przewidziane z tego tytułu sankcje określone w Tomie II Istotnych dla Stron Postanowień Umowy."

Zamawiający określił w SIWZ sposób obliczenia ceny oferty:

„15.1.Cena oferty zostanie wyliczona przez Wykonawcę w oparciu o kosztorysy ofertowe sporządzone na formularzach, których wzory stanowią Formularze 2.2.A-2.2.G oraz 2.3.
15.2. Kosztorysy ofertowe, o którym mowa w pkt 15.1. należy sporządzić metodą kalkulacji uproszczonej ściśle według kolejności pozycji. Wykonawca określi ceny jednostkowe netto oraz wartości netto dla wszystkich pozycji dla których podano ilości uwzględniając opisy i zakresy tych pozycji określone w Specyfikacjach Technicznych Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych, Dokumentacji Projektowej oraz Przedmiarze Robót .
15.3.Wyliczone w Kosztorysie ofertowym wartości netto za wykonanie poszczególnych pozycji należy zsumować w pozycji: Razem wartość (netto). Następnie wartości netto poszczególnych kosztorysów ofertowych należy przenieść do zbiorczego zestawienia kosztów i doliczając podatek VAT wyliczyć wartość oferty brutto.
15.4.Wykonawca obliczając cenę oferty musi uwzględnić w kosztorysach ofertowych wszystkie pozycje przedmiarowe opisane w Przedmiarze robót. Wykonawca nie może samodzielnie wprowadzić zmian do Przedmiaru robót. Wszystkie błędy ujawnione w Specyfikacjach Technicznych Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych oraz w Przedmiarze robót Wykonawca powinien zgłosić Zamawiającemu przed terminem składania ofert.
15.5. Tam, gdzie w Dokumentacji Projektowej, Specyfikacjach Technicznych Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych oraz w Przedmiarach robót, zostało wskazane pochodzenie (marka, znak towarowy, producent, dostawca) materiałów lub normy, aprobaty, specyfikacje i systemy, o których mowa w art. 30 ust. 1 – 3 ustawy Pzp, Zamawiający dopuszcza oferowanie materiałów lub rozwiązań równoważnych pod warunkiem, że zagwarantują one realizację robót w zgodzie z obowiązującymi przepisami oraz zapewnią uzyskanie parametrów technicznych nie gorszych od założonych w wyżej wymienionych dokumentach.
15.6.Cena oferty powinna być wyrażona w złotych polskich (PLN) z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku.
15.7. Ceny jednostkowe przez cały okres realizacji robót pozostaną niezmienne za wyjątkiem przypadku opisanych w tomie II Istotnych dla stron postanowieniach umowy. W takim przypadku cena umowna zostanie dostosowana – zgodnie z obowiązującymi przepisami."

W przedmiotowym postępowaniu zostało złożonych sześć ofert. Ceny wszystkich złożonych ofert kształtowały się znacznie poniżej wartości zamówienia ustalonej przez Zamawiającego przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 Pzp na kwotę 27.688.778,86 PLN na podstawie kosztorysu inwestorskiego. Ceny sześciu złożonych ofert kształtowały się na stosunkowo podobnym poziomie, a różnica w wysokości poszczególnych cen ofert wykonawców w stosunku do średniej arytmetycznej cen wszystkich ofert wahała się w stosunkowo nieznacznym zakresie tj. od poziomu -14,61 % do poziomu +10,78%.

Wykonawca LARIX zaoferował cenę brutto za wykonanie przedmiotu zamówienia w wysokości 19.614.245,66 zł i jest ona o 42,41 % niższa od szacunkowej wartości brutto tego zamówienia, powiększonej o podatek od towarów i usług, opiewającej na kwotę 34.057.198,00 zł oraz o 14,61 % od średniej arytmetycznej cen złożonych ofert.

Cena oferty Odwołującego opiewa na kwotę 20.638.821,33 PLN. Jest ona niższa o 39,40% od wartości zamówienia powiększonej o podatek od towarów i usług oraz o 10,78% od średniej arytmetycznej cen złożonych ofert. Jednocześnie jest ona jedynie o 5,2 % wyższa od ceny ofertowej najkorzystniejszej oferty, tj. oferty LARIX, przy czym wartość narzutu zysku (Z) przyjęta w ofercie Odwołującego na poziomie 10%, w stosunku do oferty LARIX - 5 % stanowi dwukrotność, co oznacza, że różnica w wartości obu tych ofert nie sprowadza się wyłącznie do różnicy w wycenie rzeczywistych rynkowych kosztów płac i robót objętych ofertą.

Z uwagi na różnicę ceny oferty LARIX w stosunku do wartości przedmiotu zamówienia Zamawiający pismem z dnia 7 października 2020 r. zwrócił się do wykonawcy LARIX (tak jak i do czterech innych wykonawców,w tym Odwołującego) na podstawie art. 90 ust. 1 i ust. 1a Pzp o przedstawienie wyjaśnień, w tym podanie konkretnych założeń do kalkulacji kosztów, jakie wykonawca uwzględnił w ofercie w zakresie, co najmniej wysokości kosztów pracy ludzi i wynagrodzenia, kosztów pośrednich oraz zakładanego zysku, z uwzględnieniem wszelkich elementów mających wpływ na wartość oferty, wskazania kalkulacji kosztów, jakie wykonawca wycenił w ofercie w odniesieniu miedzy innymi do kosztów zakupu i transportu materiałów i urządzeń, kosztów pracy sprzętu w zakresie 17 pozycji Kosztorysu ofertowego dla robót drogowych. Zamawiający poprosił także o wyjaśnienie, które czynniki lub wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy wpłynęły na kwotę złożonej oferty. Zamawiający oczekiwał wyczerpującej i szczegółowej informację na temat sposobu uwzględnienia elementów mających wpływ na wartość oferty, co najmniej w kwestiach wskazanych powyżej ale także innych, które wykonawca uważa za istotne, mając na uwadze m.in. zaangażowanie osobowe, rzeczowe, sprzętowe i finansowe i związane z tym niezbędne do poniesienia koszty a także zakładany poziom zysku.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie wykonawca LARIX w dniu 15 października 2020 r. przedstawił wyjaśnienia oraz załączył do wyjaśnień szczegółową kalkulację wskazanych przez Zamawiającego pozycji, a także przedłożył dokumenty na potwierdzenie złożonych wyjaśnień, w tym oferty cenowe kluczowego materiału, tabelę ewidencji środków trwałych i wartości niematerialnych i prawnych oraz wyposażenia, impersonalną listę płac, zaświadczenie ZUS.

W danym stanie faktycznym Izba zważyła, co następuje:

Izba uznała za niezasadny zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty LARIX.

Rozpoznając niniejszy zarzut Izba dopuściła w poczet materiału dowodowego załączone przez Odwołującego do odwołania opracowania wykonane przez Odwołującego:

- Zestawienie cen siedemnastu wskazanych przez Zamawiającego pozycji kosztorysu robót drogowych załączonego do oferty LARIX i cen tych pozycji w kosztorysach robót drogowych załączonych do ofert pozostałych wykonawców,

- Zestawienie cen RMS założonych w przedstawionej przez LARIX szczegółowej kalkulacji siedemnastu wskazanych przez Zamawiającego pozycji kosztorysu robót drogowych załączonego do oferty tej Spółki i cen RMS dla robót ogólnobudowlanych i remontów w woj. opolskim notowanych w „Sekocenbud",
- Zestawienie cen w kosztorysie robót drogowych załączonym do oferty LARIX i cen w kosztorysach robót drogowych załączonych do ofert pozostałych wykonawców,
- Zestawienie cen w kosztorysie robót w zakresie remontu obiektu mostowego załączonym do oferty LARIX i cen w kosztorysach robót w zakresie remontu obiektu mostowego załączonych do ofert pozostałych wykonawców,
- Zestawienie cen w kosztorysie robót w zakresie energetyki załączonym do oferty LARIX i cen w kosztorysach robót w zakresie energetyki załączonych do ofert pozostałych wykonawców,
- Zestawienie cen w kosztorysie robót w zakresie oświetlenia załączonym do oferty LARIX i cen w kosztorysach robót w zakresie oświetlenia załączonych do ofert pozostałych wykonawców,
- Wyliczenie minimalnych stawek za godzinę pracy osób zatrudnionych na podstawie umowy o pracę w podstawowym systemie czasu pracy w poszczególnych miesiącach 2021 r.

W pierwszej kolejności Izba zauważa, że Odwołujący, kwestionując realność ceny oferty LARIX z powodu niedoszacowania kosztu robót siedemnastu pozycji kosztorysu, z uwagi na fakt, że cena oferty nie zapewnia uzyskania przez pracowników minimalnego poziomu wynagrodzenia przewidzianego prawem, nie wykazał, że przyjęte przez LARIX wynagrodzenie nie jest wystarczające do pokrycia realnych kosztów pracy przy realizacji przedmiotowego zamówienia.

W świetle art. 90 ust. 1 pkt 1 Pzp, za wystarczającą wartość wynagrodzenia przyjętą do ustalenia ceny należy uznać minimalne wynagrodzenie za pracę albo minimalną stawkę godzinową, ustaloną na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2000 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2018 r. poz. 2177). Taką też stawkę wynagrodzenia pracowników przyjął w cenie oferty Przystępujący.

Zauważyć należy, że Przystępujący, organizując proces świadczenia pracy przez zatrudnionych u niego pracowników, nie ma obowiązku planować pracy w godzinach nadliczbowych lub w porze nocnej. Przystępujący wyjaśnił, że dla realizacji zamówienia nie zatrudnia pracowników w porze nocnej w rozumieniu art. 151^7 ust. 1 i 2 Kodeksu pracy, co uzasadniałoby ewentualną wypłatę dodatku do wynagrodzenia za każdą godzinę pracy w porze nocnej zgodnie z art. 151^8 ust. 1 Kodeksu pracy.

Odwołujący natomiast sam przyznał w odwołaniu, że szczegółowa kalkulacja dołączona do wyjaśnień wykonawcy LARIX z dnia 15 października 2020 r. potwierdza, żeprzyjęta stawka godzinowa wynagrodzenia pracowników w wysokości 17 zł jest zgodna z obowiązującymi przepisami prawa pracy i „zabezpieczy minimalne wynagrodzenie za pracę obowiązujące w 2021 r. dla zatrudnionych na podstawie umowy o pracę pracowników". Jednocześnie Odwołujący nie wykazał w żaden sposób, że jest to stawka, która nie jest wystarczająca lub też w przyszłości nie będzie wystarczająca do pokrycia wynagrodzenia pracowników wykonawcy LARIX.

Należy także podkreślić, że Zamawiający w treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia nie wymagał zatrudniania personelu wykonawcy przy realizacji przedmiotu zamówienia w godzinach nadliczbowych lub w porze nocnej.

Należało również wziąć pod uwagę, że Odwołujący nie wykazał, że prawidłowe wykonanie przedmiotu zamówienia wymagać będzie zatrudniania pracowników przy realizacji przedmiotu zamówienia w godzinach nadliczbowych lub też w porze nocnej. Taki sposób zatrudnienia pracowników nie wynika też z jakichkolwiek oświadczeń wykonawcy LARIX zawartych w ofercie ani z oświadczeń zawartych w wyjaśnieniach z dnia 15 października 2020 r. Co równie istotne, dane historyczne odnośnie wyższych wynagrodzeń pracowników w firmie LARIX nie mogą wprost dowodzić zaniżenia stawki wynagrodzeń w złożonej ofercie, ponieważ wykonawca nie jest zobowiązany w żaden sposób do utrzymania dotychczasowych stawek wynagrodzenia przy realizacji przedmiotowego zamówienia.

Z powyższych względów twierdzenia Odwołującego o nieuwzględnieniu przez wykonawcę LARIX kosztów zatrudnienia pracowników na poziomie koniecznym przy realizacji niniejszego zamówienia należało uznać za błędne i bezpodstawne.

Zauważyć należy, że swoje twierdzenia odnośnie rażącego zaniżenia ceny oferty Przystępującego Odwołujący wywodził przede wszystkim z porównania arytmetycznego kosztów poszczególnych pozycji kosztorysu wykonawcy LARIX do wyliczonej średniej wysokości poszczególnych kosztów pozycji w kosztorysach innych wykonawców, wskazując, że wyjaśniane przez Przystępującego pozycje stanowią wartościowo 38,7 % ceny netto oferty LARIX, co świadczy o tym, że jest to istotna część oferty, mająca istotne znaczenie dla weryfikacji realności ceny oferty. Odwołujący podnosił, że ceny większości z siedemnastu pozycji kosztorysu robót drogowych załączonego do oferty LARIX są znacznie niższe w porównaniu z cenami tychże pozycji w kosztorysach robót drogowych załączonych do ofert pozostałych wykonawców, jak również, że zdecydowana większość cen robocizny (R), materiałów (M) i sprzętu (S) założona w przedłożonej przez LARIX szczegółowej kalkulacji siedemnastu pozycji kosztorysu robót drogowych jest wyraźnie w wielu przypadkach wielokrotnie niższa w porównaniu z cenami RMS dla robót ogólnobudowlanych i remontów w woj. opolskim notowanymi w „Informacji o cenach czynników produkcji RMS", zwanej dalej „Sekocenbud".

Cena oferty danego wykonawcy w kontekście ustalenia czy jest ceną rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia powinna być badana w odniesieniu do warunków realizacji zamówienia i wynikających z nich kosztów, dostępnych temu wykonawcy. Dlatego arytmetyczne porównanie kosztów uwzględnionych w badanej ofercie z ofertami innych wykonawców nie jest wystarczające do wykazania, że dana cena jest rażąco niska. W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego dane dotyczące warunków dostępnych danemu wykonawcy należy przyjąć na podstawie złożonych przez danego wykonawcę wyjaśnień.

W świetle powyższego w ocenie Izby przedstawione przez Odwołującego zestawienie cen RMS założonych w przedstawionej przez LARIX szczegółowej kalkulacji siedemnastu wskazanych przez Zamawiającego pozycji kosztorysu robót drogowych i cen RMS dla robót ogólnobudowlanych i remontów w woj. opolskim notowanych w Sekocenbud, zestawienie cen w kosztorysie załączonym do oferty LARIX i cen w kosztorysach robót drogowych załączonych do ofert pozostałych wykonawców: robót drogowych, robót w zakresie remontu obiektu mostowego załączone do niniejszego odwołania zestawienie cen w kosztorysie robót w zakresie energetyki, robót w zakresie oświetlenia oraz pozostałe zestawienia mogły być potraktowane jedynie jako uzasadnienie do podjęcia procedury wyjaśnień ceny oferty LARIX, a nie jako dowody, że cena tej oferty jest ceną rażąco niską.

Biorąc pod uwagę treść złożonych przez wykonawcę LARIX wyjaśnień oraz załączonej do wyjaśnień szczegółowej kalkulacji 17 pozycji kosztorysu robót drogowych, które wzbudziły wątpliwości po stronie Zamawiającego, a także załączonych dowodów, należało w ocenie Izby przyjąć, że brak jest podstaw do stwierdzenia, że cena oferty LARIX jest ceną rażąco niską.

W odniesieniu do zarzutu sfinansowanie kosztów materiałowych części robót (poz. 93 i 94 uproszczonego

kosztorysu robót drogowych) ze źródeł innych niż wynagrodzenie za wykonanie zamówienia będącego przedmiotem postępowania, Izba wzięła pod uwagę, że wyjaśnienia Przystępującego, iż kalkulacja ceny uwzględnia materiał zakupiony wcześniej (mur oporowy) dla realizacji zadania już zakończonego i rozliczonego w wynagrodzeniu ryczałtowym, przy realizacji którego materiał ten pozostał niewykorzystany mają wpływ na wycenę tych pozycji kosztorysu w sposób umożliwiający obniżenie ceny. Materiał taki wykonawca może w sposób oczywisty wykorzystać przy realizacji przedmiotowego zamówienia, co jest okolicznością sprzyjającą realizacji tego zamówienia oraz mającą wpływ na możliwość obniżenia ceny oferty w powyższym zakresie. W tych okolicznościach fakt, że w przedłożonej przez LARIX szczegółowej kalkulacji ceny robót opisanych w pozycjach 93 i 94 określone zostały na poziomie, odpowiednio, 9 % i 17 % średniej cen tych pozycji w kosztorysach robót drogowych pozostałych wykonawców, nie może przesądzać o rażąco niskiej cenie oferty. Dodatkowo, są to dwie pozycje kosztorysu, które mają nieistotne znaczenie z punktu widzenia kalkulacji całej ceny oferty.

W ocenie Izby, okoliczność, że wykonawca LARIX zamierza wykorzystać do realizacji przedmiotu zamówienia w ramach ww. pozycji materiał wcześniej zakupiony i nie wykorzystany przez wykonawcę, nie stanowi „sfinansowania kosztów materiałowych części tych robót ze źródeł innych niż wynagrodzenie za wykonanie zamówienia będącego przedmiotem postępowania". Taki sposób kalkulacji ceny — uwzględniający faktyczną i rzeczywistą okoliczność braku potrzeby ponoszenia kosztów zakupu posiadanych zapasów materiałowych mieści się w przesłankach wymienionych w art. 90 ust. 1 pkt 1 Pzp, dotyczących możliwych sposobów wyliczenia przez wykonawcę ceny lub kosztu i wykonania przedmiotu zamówienia przy uwzględnieniu m.in. oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, oraz wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych wykonawcy.

Przystępujący w złożonych wyjaśnieniach wykazał również korzystne dla wykonawcy zasady współpracy z firmą DR0GBUD-LARIX Sp. z o.o., będącą wytwórcą mieszanek mineralno – bitumicznych oraz wysokość cen hurtowych na dostawy mieszanek poprzez przedstawienie faktury z dnia 10 września 2020 r. na dostawy mieszanek mineralno-bitumicznych. Przystępujący w sposób wiarygodny opisał także w wyjaśnieniach uzyskaną pomoc publiczną na zakup maszyn budowlanych otrzymaną z Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Śląskiego na lata 2007 - 2013.

Reasumując, w świetle zgromadzonego materiału dowodowego Izba nie znalazła podstaw do stwierdzenia, że cena oferty LARIX jest ceną rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia, co mogłoby stanowić podstawę do odrzucenia tej oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp.

W ustalonym stanie faktycznym za bezzasadny Izba uznała również zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty LARIX, której złożenie stanowiłoby czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Analiza ceny oferty w kontekście poziomu cen wszystkich ofert złożonych w postępowaniu z uwzględnieniem wyjaśnień złożonych przez wykonawcę LARIX oraz przedłożonej szczegółowej kalkulacji wskazuje, że brak jest podstaw do twierdzenia, że złożenie oferty przez LARIX stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. W szczególności Izba zważyła, że Odwołujący nie wykazał, że cena oferty LARIX została skalkulowana poniżej kosztów realizacji tego zamówienia przez ww. wykonawcę. Przywołane przez Odwołującego na poparcie tego zarzutu okoliczności nie dowodzą skalkulowania ceny oferty poniżej kosztów świadczenia przedmiotu zamówienia przez wykonawcę LARIX, zwłaszcza, że nie przesądza o tym np. fakt, że wartości kosztów zostały skalkulowane w ofercie LARIX na poziomie niższym niż poziom analogicznych kosztów odzwierciedlonych w cenie ofert pozostałych wykonawców wykazany przez Odwołującego w przedłożonych do akt sprawy zestawieniach. Odwołujący nie wykazał także, że istotne dla ceny oferty LARIX wartości kosztów skalkulowane zostały w oderwaniu od realiów rynkowych, a przyjęte w ofercie LARIX stawki wynagrodzenia mogą być przyjęte na poziomie niższym niż dotychczas stosowane przez ww. wykonawcę, biorąc pod uwagę warunki panujące obecnie na rynku. Decydujące znaczenie ma tu bowiem podaż pracowników na aktualnym rynku pracy. Zauważyć należy, że nie zostało wykazane przez Odwołującego także, że wykonawca LARIX przyjął finansowanie istotnej części kosztów realizacji zamówienia z innych źródeł niż wynagrodzenie za wykonanie tego zamówienia.

Biorąc pod uwagę powyższe, w ocenie Izby, brak jest podstaw do twierdzenia, że złożenie oferty przez wykonawcę LARIX stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w postaci działania sprzecznego z prawem lub dobrymi obyczajami, który zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta (art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tj. Dz. U. z 2003 r.poz. 153 ze zm.) lub inny czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ww. ustawy. Podkreślić należy przy tym, że Odwołujący nie sprecyzował w odwołaniu w ramach tego zarzutu, jaki czyn nieuczciwej konkurencji zarzuca.

W powyższych okolicznościach podjęcie przez Zamawiającego czynności wyboru oferty LARIX, jako najkorzystniejszej nie narusza przepisu art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp.

Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp również się nie potwierdził. Za niezasadne w świetle zgromadzonego materiału dowodowego należało uznać twierdzenia Odwołującego o naruszeniu przez Zamawiającego obowiązku przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Zamawiający nie dokonał wyboru oferty, która zawierałaby rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia ani oferty, której złożenie stanowiłoby czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Biorąc pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak
w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 3 pkt 1 i 2 oraz § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia
15 marca 2010 roku w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 972).

Przewodniczący: ……