

WYROK
z dnia 12 października 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:
Przewodniczący: **Monika Kawa-Ogorzałek**
Protokolant: **Piotr Kur**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 października 2020r., w Warszawie odwołania w sprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 września 2020 r. przez wykonawcę **ROKOM Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie**, w postępowaniu prowadzonym przez **Jednostka Wojskowa Nr 6021 ul. Żwirki i Wigury 9/13, 00-909 Warszawa**

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje Zamawiającemu:

- unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez wykonawcę G.L. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą ROBOKOP G.L.;
- odrzucenie oferty wykonawcy G.L. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą ROBOKOP G.L. na podstawie art. 90 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych;
- powtórzenie czynności badania i oceny ofert.

2. Kosztami postępowania obciążyć Zamawiającego i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 13 600 (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 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:

UZASADNIENIE

Zamawiający - Jednostka Wojskowa Nr 6021, prowadzi na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2019r., poz. 1843 ze zm.; dalej: „Pzp”) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Remont nawierzchni drogowej (droga ppoż.) wraz z rozbiórką obiektów budowlanych w kompleksie wojskowym K — 3796 przy ul. Sokołowskiej 1 Puchały”.

Ogłoszenie o zamówieniu zamieszczono w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem nr 555895-N-2020 z dnia 1 lipca 2020 r. Wartość przedmiotu zamówienia nie przekracza progów określonych na podstawie art. 11 ust 8 Pzp.

W dniu 14 września wykonawca- ROKOM sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Odwołujący”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie zarzucając Zamawiającemu:

1.naruszenie art. 89 ust 1 pkt 4 PZP w zw. z art. 90 ust 3 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy G.L. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą ROBOKOP G.L. (dalej: „ROBOKOP”) pomimo, że oferta zawiera rażąco niską cenę,

2.naruszenie art. 89 ust 1 pkt 1 i 6 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty ROBOKOP pomimo, że zawiera błędy w obliczeniu ceny i stanowi czyn nieuczciwej konkurencji,

3.naruszenie art. 91 ust. 1 Pzp w zw. z art. 7 ust 1 Pzp poprzez wadliwy wybór oferty najkorzystniejszej w zakresie Części nr 1 postępowania.

W oparciu o tak przedstawione zarzuty Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1.unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej jako obciążonej wadą mającą wpływ na wynik postępowania,

2.odrzuć oferty ROBOKOP z postępowania,

3.powtórzenia czynności oceny ofert w postępowaniu, co spowoduje wybór oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Uzasadniając zarzuty odwołania Odwołujący wskazał, że w niniejszym postępowaniu przyjęto do rozliczenia robót metodę rozliczenia kosztorysowego i konsekwentnie na potrzeby wyceny oferty obowiązkiem wykonawców było obliczenie ceny oferty przy zastosowaniu kosztorysu ofertowego. Zamawiający poinstruował wykonawców w sposób precyzyjny i jednoznaczny, w jaki sposób należy obliczyć cenę oferty i wypełnić kosztorys ofertowy, wskazując w Rozdziale XII SIWZ, że cena całkowita oferty musi obejmować w kalkulacji wszystkie koszty i składniki, niezbędne do wykonania przedmiotu zamówienia. Ponadto Zamawiający wymagał, aby stawka roboczogodziny zaproponowana przez Wykonawcę w kosztorysie ofertowym była wyliczona w oparciu o § 6 ust. 2 Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 18 maja 2004 r. w sprawie określenia metod i podstaw sporządzania kosztorysu inwestorskiego, obliczania planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno — użytkowym, godzinowe stawki robocizny kosztorysowej ustalone na podstawie analizy własnej powinny obejmować wszystkie składniki zaliczane do wynagrodzenia oraz koszty pochodne naliczane od wynagrodzeń. Ponadto Zamawiający ustalił, że ceny jednostkowe robót będą obejmować robociznę bezpośrednią wraz z narzutami, wartość zużytych materiałów wraz z kosztami zakupu, wartość pracy sprzętu wraz z narzutami, koszty pośrednie i zysk kalkulacyjny. Odwołujący wskazał, że przy wynagrodzeniu kosztorysowym do rozliczenia wykonanych robót kosztorys ofertowy jest niezbędny, aby możliwe było obliczenie na podstawie zakresu faktycznie wykonanych prac należnego wykonawcy wynagrodzenia. Tym samym kosztorys ofertowy, w przypadku wynagrodzenia kosztorysowego, jest jednym z dokumentów warunkujących możliwość rozliczenia wykonanych robót. Również w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego dokument ten jest wykorzystywany do zbadania oferty pod kątem tego, czy zakres lub sposób wykonania robót przewidziany w kosztorysie ofertowym jest zgodny z oczekiwaniami zamawiającego wyrażonymi w SIWZ oraz czy istotna składowa ceny oferty nie jest rażąco niska. Tym samym kosztorys ofertowy jest dokumentem, na podstawie którego zamawiający dokonuje niezbędnych czynności merytorycznych w zakresie oceny oferty i rozliczenia robót, a w konsekwencji wymóg jego złożenia nie może być uznany za wymóg wyłącznie formalny.

Odwołujący wskazał, że w niniejszym postępowaniu została spełniona przesłanka obligująca Zamawiającego do wezwania m.in. wykonawcy ROBOKOP do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, co jak wynika z akt sprawy Zamawiający uczynił w dniu 5 sierpnia 2020r. W wezwaniu Zamawiający zażądał przede wszystkim od ROBOKOP wykazania w jaki sposób skalkulował on proponowaną przez siebie stawkę roboczogodziny kosztorysowej

tj.: 19,00 zł, co potwierdza, zdaniem Odwołującego, że Zamawiający już po zapoznaniu się z ceną oferty i złożonym kosztorysem poddawał w wątpliwość realny charakter stawki roboczogodziny na poziomie 19,00 zł, jako nieuwzględniającej wszystkich wymaganych obowiązujących przepisami komponentów. Ponadto Zamawiający wprost wskazał na konsekwencje niewykazania realności wyceny - w sposób szczególny odnosząc się właśnie do niewykazania, że zaoferowana w postępowaniu stawka roboczogodziny uwzględnia wszystkie faktyczne koszty pracodawcy - informując, że w przypadku, nieudzielenia wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdzi, że zaoferowana stawka roboczogodziny zawiera rażąco niską cenę w stosunku do warunków rynkowych i innych obowiązujących przepisów, Zamawiający, zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt. 4 w związku z art. 90 ust. 3 ww. Pzp odrzuci ofertę Wykonawcy.

Odwołujący wyjaśnił, że wykonawca ROBOKOP w kosztorysie ofertowym przedstawił wycenę wszystkich elementów składowych zamówienia przy zastosowaniu jednolitej stawki roboczogodziny na poziomie 19,00 zł, bowiem kosztorys ofertowy wykonawcy ROBOKOP wskazuje wprost na taką stawkę kosztorysową przy kosztorysowym charakterze rozliczenia. Odwołujący wskazał kolejno, że wykonawca ten w złożonych wyjaśnieniach ceny oferty w wyznaczonym terminie i w zakresie stawki roboczogodziny przyznał wprost, że cena ofertowa została skalkulowana na zaniżonej stawce godzinowej. Wykonawca ten stwierdził bowiem, że: „Przedstawiona pod naszym kosztorysem stawka roboczogodziny w wysokości 19,00 zł nie uwzględniała wszystkich składników zaliczanych do wynagrodzenia oraz kosztów pochodnych naliczanych od wynagrodzeń. Niemniej jednak zostały one uwzględnione w naszym kosztorysie, a błędny jest tylko zapis, gdyż nie przedstawia tzw. kalkulacyjnej stawki godzinowej. Ta wynosi w naszej firmie 25,29 zł (wyliczona na lipiec 2020)”. W konsekwencji Odwołujący stwierdził, że ROBOKOP wyjaśniając cenę oferty potwierdził, że stawka roboczogodziny przedstawiona w kosztorysie ofertowym nie uwzględniała wszystkich składników wynagrodzenia i kosztów pochodnych wynagrodzeń. Dodatkowo wykonawca wskazuje ile wynosi faktyczna stawka kalkulacyjna stawki godzinowej podając ją na wartość 25,29 zł. W ocenie Odwołującego powyższe oświadczenie zawarte w wyjaśnieniu rażąco niskiej ceny stanowi bezpośredni dowód na zaniżenie ceny oferty i obliczenie jej na potrzeby postępowania na poziomie poniżej kosztów jakie faktycznie ponosi wykonawca. Podkreślił, że przewidywana wg danych z przedmiaru ilość roboczogodzin na kontrakcie to wg szacunków Odwołującego około 11.830 roboczogodzin, co powoduje, że pozycja dotycząca kosztów robocizny ma bardzo istotne znaczenie dla kosztów wykonania zamówienia, a różnica na stawce roboczogodziny pomiędzy stawką 19,00 zł, która była podstawą obliczenia ceny oferty, a stawką jaka wg oświadczenia ROBOKOP powinna być podstawą kalkulacji wynosząca 6,5zł/h generuje zaniżenie wyceny na poziomie aż 76.895 zł. Jednocześnie Odwołujący wskazał, że stawka roboczogodziny podana w kosztorysie to element treści oferty wykonawcy, który nie ulega zmianie w trakcie postępowania. Co więcej, nie może być w sprawie mowy o jakimkolwiek mechanizmie poprawiania omyłek, bowiem kosztorys w postaci zaprezentowanej przy ofercie ROBOKOP (kosztorys metodą uproszczoną) uniemożliwia odtworzenie szczegółowych zasad wyceny poszczególnych pozycji i ich korektę przy zastosowaniu poprawnej stawki na poziomie odmiennym niż zaoferowana w wysokości 19,00 zł. Również żaden element treści oferty nie wskazuje innej stawki roboczogodziny niż 19,00 zł, zatem nie istnieje możliwość ustalenia na poziomie oferty ani omyłkowego charakteru stawki ani tym bardziej sposobu poprawienia tej wartości na inną, a jeśli tak, to jaką. Konsekwencją zmiany stawki roboczogodziny byłaby zmiana ceny ofertowej. Co więcej stawka ta jest stawką rozliczeniową, a zatem Zamawiający miałby rozliczać roboty przy zmodyfikowanej stawce — niezgodnie z treścią oferty. Odwołujący zauważył także, że również dokumentacja postępowania nie zawiera jakichkolwiek informacji na temat dokonywania przez Zamawiającego zmian treści oferty wykonawcy ROBOKOP, w szczególności poprawiania jakichkolwiek rzekomych omyłek w zakresie stawki roboczogodziny pracy. Wskazać należy ponadto, że stawka rozliczeniowa godzinowa nie uległa zmianie w postępowaniu i zgodnie z treścią oferty wynosi wciąż 19,00 zł i przy zastosowaniu takiej stawki ma być dokonane ew. rozliczenie z Zamawiającym, co jak potwierdza sam wykonawca w wyjaśnieniach, jest równoznaczne z kosztem zaniżonym na poziomie 6,5 zł na każdej roboczogodzinie.

Według Odwołującego, niesporne jest także w ocenie samego wykonawcy ROBOKOP (dowodem jest treść wyjaśnień ceny powołana powyżej), że stawka godzinowa jaką uwzględnił w kalkulacji ceny ofertowej, nie uwzględnia faktycznych nakładów, jakie ponosi zarówno pracodawca w ogólności, jak i konkretnie sam wykonawca w swoim zakładzie pracy.

Odwołujący podkreślił, że zarówno w samej SIWZ Zamawiający na powyższy aspekt zwracał szczególną uwagę, jak również w odpowiedzi na pytanie Odwołującego do SIWZ Zamawiający jednoznacznie potwierdził co ma zawierać wycena kosztów roboczogodziny pracy personelu (wyjaśnienie z 8 lipca 2020r.):

Odpowiedź:

„(...) Kosztorys ofertowy Wykonawcy dołączony do Formularza ofertowego powinien być opracowany na podstawie udostępnionego przez Zamawiającego Przedmiaru Robót. Stawka roboczogodziny zaproponowana przez Wykonawcę w Kosztorysie ofertowym powinna być wyliczona w oparciu o § 6 ust. 2 Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 18 maja 2004 r. w sprawie określania metod i podstaw sporządzania kosztorysu inwestorskiego, obliczania planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno-użytkowym, godzinowe stawki robocizny kosztorysowej ustalone na podstawie analizy własnej powinny obejmować wszystkie składniki zaliczane do wynagrodzenia oraz koszty pochodne naliczane od wynagrodzeń. W przypadku nie złożenia przez Wykonawcę Kosztorysu ofertowego wraz z Formularzem ofertowym Zamawiający na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 odrzuci ofertę Wykonawcy”.

Analogicznie w przypadku wyjaśnień z dnia 9 lipca 2020r.

Odpowiedź: „Zamawiający dopuszcza sporządzenie kosztorysu ofertowego w formie szczegółowej lub uproszczonej, wymaga jednak podania w sporządzonych kosztorysach stawki roboczogodziny oraz narzutów (koszty pośrednie, zysk, VAT). Wyjaśnienia ceny, które wprost potwierdzają zaniżenie podstawowego elementu kalkulacyjnego kosztorysu, jakim jest stawka roboczogodziny pracowników wykonawcy, stanowią bezpośredni dowód o którym mowa w art. 90 ust 3 Pzp: Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia”.

Podsumowując, w ocenie Odwołującego, stawka roboczogodziny zaoferowana w postępowaniu przez wykonawcę ROBOKOP na poziomie 19,00 zł nie uwzględniała faktycznych kosztów świadczenia pracy i wszystkich wymaganych elementów kosztotwórczych. Oferta tego wykonawcy zawiera więc rażąco niską cenę, a wykonawca udowodnił treścią wyjaśnień ceny, że cena zawiera wycenę poniższej faktycznych kosztów, jakie ponosi wykonawca. Stawka na poziomie 19 zł jest stawką niezgodną z obowiązującymi przepisami, co skutkuje także złożeniem oferty jako czynem nieuczciwej konkurencji.

Z ostrożności Odwołujący wskazał, że stawka ta powinna wynosić minimum 21,65 zł/godz., co zostało obliczone

przez Odwołującego przy uwzględnieniu przepisów Rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 10 września 2019 r. (Dz.U. 2019 poz. 1778) w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2020 r. wydanych na podstawie ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2018 r. poz. 2177 oraz z 2019 r. poz. 1564) Natomiast w niniejszym postępowaniu ROBOKOP posłużył się w celu kalkulacji oferty stawką godzinową wprost niezgodną z powołaną powyżej ustawą i określonym na jej podstawie wynagrodzeniu, które ma charakter minimalnego. Powyższa sytuację, tj. przyjęcie za podstawę obliczenia ceny oferty wynagrodzenia w kwocie niższej niż przewidziana w ustawie, należy również poczytywać za okoliczność uzasadniającą odrzucenie oferty ROBOKOP na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp.

Odwołujący wskazał kolejno, że art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Według art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2003 r., Nr 153, poz. 1503 ze zm.; dalej: „u.z.n.k”) czynnem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Odwołujący wskazał, że zaoferowanie stawki za roboczogodzinę świadczenia usługi w kosztorysie ofertowym poniżej kosztów stanowi czyn nieuczciwej konkurencji skutkujący odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy PZP — tak wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 grudnia 2017 r., sygn. akt KIO 2535/17, gdzie Izba uznała, że zaoferowanie ceny za roboczogodzinę poniżej minimalnej stawki wynagrodzenia za pracę stanowi czyn nieuczciwej konkurencji analogicznie wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 marca 2017 r., sygn. akt KIO 473/17.

Należy również podkreślić, że wybór oferty wykonawcy, który nie uwzględnia obowiązujących przepisów przy kalkulacji ceny ofertowej, to także sankcjonowanie przez Zamawiającego działań wprost niezgodnych z obowiązującymi przepisami — i w dodatku przy pełnej tego faktu świadomości — Zamawiający wymagał przedstawienia kalkulacji oferty w kosztorysie, w tym w szczególności w zakresie zastosowanej do obliczenia ceny ofertowej stawki roboczogodziny i ma w takim wypadku obowiązek jego weryfikacji także pod kątem jego zgodności z obowiązującymi przepisami powszechnie obowiązującymi.

Kolejno Odwołujący wskazał, że ROBOKOP pominął w kalkulacji koszty materiału transportu i załadunku/wyładunku płyt. Wyjaśnił bowiem, że ROBOKOP w złożonych wyjaśnieniach odniósł się także do pozycji 15 i 17 Kosztorysu ofertowego, które dotyczą kosztów budowy i rozebrania nawierzchni z płyt żelbetonowych pełnych na potrzeby drogi tymczasowej. ROBOKOP wyjaśniając cenę oferty płyty żelbetonowe to materiał własny jego firmy. Odnosząc się do powyższego Odwołujący wskazał, że płyty jako materiał budowlany mają wycenę w kosztorysie tego wykonawcy na poziomie 0 zł — co ma być udokumentowane na podstawie załączonych faktur i ofert. Jednak ROBOKOP w odniesieniu do płyt żelbetonowych pełnych (MON) nie przedłożył jakichkolwiek dokumentów ani dowodów, że jest to materiał własny firmy. Odwołujący zauważył, że ilość płyt jaką miałby dysponować wykonawca, to zgodnie z SIWZ ponad 1000 m². W ocenie Odwołującego niewiarygodne i nieudowodnione jest faktyczne posiadanie przez wykonawcę ponad 1.000 m² płyt żelbetonowych, gdy tak znacznej ilości płyt nie posiadają na swoich magazynach nawet wytwórnie produkujące te prefabrykaty (płyty żelbetowe). Wykonawca w żaden sposób nie dowodzi i nie wykazuje faktycznego posiadania takiej ilości własnych płyt. Ponadto Odwołujący stwierdził, że wycena wskazanych pozycji kosztorysu (15 i 17) na poziomie odpowiednio 15 i 10 zł netto za 1 m² jest wyceną całkowicie nierealną i nieuwzględniającą faktycznych kosztów wykonania wskazanej nawierzchni. Koszt układania płyt żelbetonowych na drodze tymczasowej to co najmniej 70 zł/m² bez kosztu płyty, co przy ilości 1.098 m² daje wartość 76.860 zł netto zaś koszt rozbiórki i odwozu drogi tymczasowej z płyt żelbetonowych: 60 zł/m², co przy ilości 1.098 m² daje wartość 65.880 zł. Wycena na poziomie odpowiednio 15 i 10 zł jest nierealna i pomija zupełnie koszty transportu w tym specjalistycznego (same koszty transportu to co najmniej 20-30 tys. zł) takich gabarytowych materiałów, ani nie może zawierać kosztów ich załadunku i rozładunku.

Ponadto Odwołujący zarzucił, że z przedłożonej przez ROBOKOP wraz z wyjaśnieniami oferty Budokrusz SA wynika, że kalkulacja ceny ofertowej ROBOKOP nie uwzględnia kosztu transportu materiału na plac budowy — koszt pominięty w wycenie 20 zł na każdym m³ obydwu materiałów. Również Odwołujący zarzucił, że ROBOKOP w dokonanej wycenie oferty zaniżył ilości krawężników granitowych, bowiem wyjaśniając cenę oferty w zakresie dotyczącym pozycji krawężniki granitowe (element poz. 16 kosztorysu) wskazał, że wycena ofertowa uwzględnia 320 mb krawężnika granitowego. Tymczasem zgodnie z SIWZ prawidłowa ilość z projektu to 782 m. Zauważył, że wadliwa wycena ofertowa koresponduje z także wadliwą wyceną materiału od dostawcy. Zgodnie bowiem ze złożoną wraz z wyjaśnieniami ceny ofertą firmy Stegro sp. z o.o. wprost wynika, że do wyceny oferty przyjęto taką ilość mb krawężników.

Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowienia SIWZ, oraz oświadczenia i stanowiska stron złożone w trakcie rozprawy, ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 Pzp.

Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone w art. 179 ust. 1 Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody, polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

Izba ustaliła:

Na informacji z otwarcia ofert Zamawiający poinformował, że na sfinansowanie zamówienia zamierza przeznaczyć kwotę w wysokości: 2 323 398,62 zł brutto.

W wyznaczonym przez Zamawiającego terminie złożono 4 oferty:

- oferta Odwołującego z ceną ofertową brutto: 1 224 691,73 zł,
- oferta wykonawcy ROBOKOP G.L. z ceną brutto: 848 700,00 zł.
- oferta wykonawcy z ceną brutto: 1 540 008,29 zł.
- oferta wykonawcy P.P.H.U. „Adbud” A.S. z ceną brutto: 1 729 995,49 zł.

Cena oferty wykonawcy ROBOKOP była niższa od wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o należny podatek o 63,47%, natomiast od wartości arytmetycznej złożonych ofert o 36,47%.

Zamawiający pismem z dnia 5 sierpnia 2020r. w trybie podstawie art. 90 ust. 1 w związku z art. 90 ust. 1a Pzp wezwał m.in wykonawcę ROBOKOP do złożenia wyjaśnień w tym zobowiązał go do wykazania w jaki sposób skalkulował proponowaną przez siebie stawkę roboczogodziny kosztorysowej tj.: 19,00 zł. (netto). Zamawiający zapytał w wezwaniu: Czy wykonanie danej roboty budowlanej w ramach zaoferowanej stawki roboczogodziny jest możliwe? Czy zamówienie zostanie wykonane zgodnie z przedmiotem zamówienia wskazanym w SIWZ z uwzględnieniem kosztów

wynagrodzeń pracowniczych zgodnie z wymaganiami Zamawiającego w zakresie zatrudnienia pracowników oraz obowiązującymi przepisami min. w oparciu o § 6 ust. 2 Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 18 maja 2004 r. w sprawie określenia metod i podstaw sporządzania kosztorysu inwestorskiego, obliczania planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno - użytkowym godzinowe stawki robocizny kosztorysowej ustalone na podstawie analizy własnej które powinny obejmować wszystkie składniki zaliczane do wynagrodzenia oraz koszty pochodne naliczane od wynagrodzeń (obligatoryjne obciążenia płac)?

Zamawiający pouczył wykonawcę ROBOKOP, że w przypadku, nieudzielenia wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdzi, że zaofferowana stawka roboczogodziny zawiera rażąco niską cenę w stosunku do warunków rynkowych i innych obowiązujących przepisów, Zamawiający, zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt. 4 w związku z art. 90 ust. 3 ww. Pzp odrzuci jego ofertę.

Wykonawca ROBOKOP w odpowiedzi na powyższe wezwanie wyjaśnił, że przedstawiona pod naszym kosztorysem stawka roboczogodziny w wysokości 19,00 zł nie uwzględniała wszystkich składników zaliczanych do wynagrodzenia oraz kosztów pochodnych naliczanych od wynagrodzeń. Niemniej jednak zostały one uwzględnione w naszym kosztorysie, a błędny jest tylko zapis, gdyż nie przedstawia tzw. kalkulacyjnej stawki godzinowej. Ta wynosi w naszej firmie 25,29 zł (wyliczona na lipiec 2020).

Ponadto z tabeli zawartej w ww. piśmie wynika, że w pozycji „Płyty MON (tymczasowa droga — do rozbiórki) materiał własny firmy ROBOKOP” wartość netto pozycji obejmującej 1098 m² wyceniono na 0 zł. Ponadto w pozycji „stabilizacja 2,5 MPa” jako cenę netto wskazano 99 zł, „beton C12/15” – 163 zł, a w pozycji „Krawężnik granitowy 15x30 cm” w kolumnie „Ilość (na podstawie dokumentacji projektowej)” wskazano 320 mb. Jednocześnie wykonawca wyjaśnił, że ceny materiałów przyjęte na podstawie załączonych faktur i ofert.

Izba ustaliła ponadto, że wraz z wyjaśnieniami ROBOKOP przedłożył m.in. ofertę firmy BUDOKRUSZ S.A. gdzie w zakresie pozycji „Stabilizacja 2,5 MPa” w kolumnie „Cena netto loco wytwórnia” widnieje cena 99 zł, natomiast w kolumnie „Cena netto franco budowa” cena 119 zł. W pozycji „C12/15” w kolumnie „Cena netto loco wytwórnia” widnieje cena 163zł/m³, natomiast w kolumnie „Cena netto franco budowa” cena 183 zł/m³. Jednocześnie w ofercie widnieje informacja, że powyższe ceny obowiązują do 15 km wytwórni firmy.

Izba zważyła:

W kontekście podnoszonych zarzutów konieczne jest, na wstępie, zdefiniowanie pojęcia rażąco niskiej ceny. Przede wszystkim wskazać tu należy na brzmienie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, który odnosi zaofferowaną cenę do wartości przedmiotu zamówienia - ma to być cena „rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia”. Tym samym to realna, rynkowa wartość danego zamówienia jest punktem odniesienia dla oceny i ustalenia ceny tego typu. Cena rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia będzie ceną odbiegającą od jego rzeczywistej wartości, a różnica nie będzie uzasadniona obiektywnymi względami pozwalającymi danemu wykonawcy bez strat i finansowania wykonania zamówienia z innych źródeł niż wynagrodzenie umowne, zamówienie to wykonać. W orzecznictwie podkreśla się, że punktem odniesienia dla określenia rażąco niskiej ceny są przede wszystkim: wartość przedmiotu zamówienia, ceny zaproponowane w innych ofertach, złożonych w postępowaniu oraz wiedza, doświadczenie życiowe i rozeznanie warunków rynkowych jakimi dysponują członkowie komisji przetargowej zamawiającego (tak min. wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 9 kwietnia sygn. akt: IV Ca 1299/09). A zatem za cenę rażąco niską uznać należy cenę, która jest nierealistyczna, nieadekwatna do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, zakłada wykonanie zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów i w takim sensie nie jest ceną rynkową, a więc nie występuje na danym rynku, na którym ceny wyznaczane są m.in. poprzez ogólną sytuację gospodarczą panującą w danej branży i jej otoczeniu biznesowym, postępie technologiczno-organizacyjny oraz obecność i funkcjonowanie uczciwej konkurencji podmiotów racjonalnie na nim działających. Z kolei ustalenia, że dana cena nie jest ceną rażąco niską, dokonuje Zamawiający, najpierw poprzez obligatoryjne wezwanie wykonawcy do złożenia wyjaśnień oraz dowodów (art. 90 ust. 1 Pzp), a następnie poprzez ocenę złożonych wyjaśnień. Procedura badania i ustalania ceny rażąco niskiej przebiega więc w taki sposób, że Zamawiający musi na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp umożliwić wykonawcy wykazanie okoliczności, iż zaofferowana przez niego cena jest ceną realną. Następnie zaś na wykonawcy, zgodnie z art. 90 ust. 2 Pzp, spoczywa obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Rolą Zamawiającego jest natomiast ustalenie i weryfikacja czy czynniki wskazane przez wykonawcę w ramach wyjaśnień rzeczywiście istnieją, mogą być osiągnięte w ramach realiów rynkowych i na podstawie jakich założeń wykonawca zakłada realność wystąpienia tych szczególnych czynników i sprzyjających okoliczności. Treść normy art. 90 ust. 2 Pzp nie pozostawia wątpliwości, że to na wykonawcy wezwanym do złożenia wyjaśnień spoczywa obowiązek wykazania, czy możliwe i realne jest wykonanie zamówienia za określoną w ofercie cenę. Z racji tego, że celem wyjaśnień jest wzruszenie przyjętego domniemania, że zaofferowana cena jest ceną rażąco niską, wyjaśnienia takie muszą być konkretne, wyczerpujące i uzasadniające realność dokonanej przez wykonawcę kalkulacji.

Podkreślenia wymaga także, że w ramach postępowania odwoławczego Izba ocenia jedynie prawidłowość czynności Zamawiającego w postępowaniu, a nie samą cenę oferty. Weryfikacji podlega zatem sama czynność wezwania do złożenia wyjaśnień, ocena przez Zamawiającego tych wyjaśnień, a następnie prawidłowość decyzji co do odrzucenia lub nie, złożonej przez wykonawcę oferty.

Przechodząc do merytorycznego rozpoznania zarzutów odwołania wskazać należy, że Zamawiający pozostawił wykonawcom biorącym udział w postępowaniu możliwość wyboru dotyczącego formy złożonego wraz z ofertą kosztorysu, tj. czy zostanie on sporządzony w formie uproszczonej czy też w formie szczegółowej, wymagając podania w kosztorysie stawki za roboczogodzinę, która uwzględniać będzie wszystkie elementy składowe i koszty pochodne, co wynika zarówno z udzielonych przez Zamawiającego odpowiedzi jak również Rozdziału XII SIWZ. Jak wynika w poczynionych przez Izbę ustaleń wykonawca ROBOKOP w kalkulacji ceny ofertowej przyjął stawkę roboczogodziny w kwocie 19,00 zł, pomimo, że w wyniku udzielonych wyjaśnień z dnia 11 sierpnia 2020r. wskazał, że stawka ta nie uwzględniała wszystkich składników zaliczanych do wynagrodzenia oraz kosztów pochodnych naliczanych od wynagrodzeń oraz, stawka, że obowiązująca w jego przedsiębiorstwie stawka roboczogodziny wynosi 25,29 zł. Biorąc pod uwagę treść złożonych przez ROBOKOP wyjaśnień, stanowisko Zamawiającego deprecjonujące znaczenie wystosowanego do tego wykonawcy wezwania, a przede wszystkim treść udzielonych wyjaśnień było nieuzasadnione. Podkreślić bowiem należy, że wszczęcie procedury wyjaśnień rażąco niskiej ceny obliuguje Zamawiającego do rzetelnej oceny złożonych przez wykonawcę wyjaśnień. Natomiast, w ocenie składu orzekającego w realiach niniejszej sprawy Zamawiający całkowicie zaniechał faktycznego badania wyjaśnień złożonych przez wykonawcę ROBOKOP

poprzestając jedynie na formalnym ich przyjęciu, nie dokonując ich analizy, co więcej wprost je bagatelizując. Pomimo bowiem przyznania przez ROBOKOP, że stawka 19 zł - wskazana przez niego w kosztorysie złożonym wraz z ofertą - jest stawką, która po pierwsze nie uwzględniała wszystkich składników zaliczanych do wynagrodzenia oraz kosztów pochodnych naliczanych od wynagrodzeń, a po drugie odbiega od tej stosowanej w jego przedsiębiorstwie, to Zamawiający w trakcie rozprawy dowodził, że stawka za roboczogodzinę w ofercie ROBOKOP, tj. stawka w wysokości 19 zł jest prawidłowa i realna, a tym samym całkowicie zignorował treść złożonych wyjaśnień. Skład orzekający uznał natomiast, że skoro w złożonych wyjaśnieniach wykonawca ROBOKOP wprost wskazał, że stawka roboczogodziny nie uwzględniała wszystkich składników zaliczanych do wynagrodzenia oraz kosztów pochodnych naliczanych od wynagrodzeń, to uznać należało, że stawka ta została przez wykonawcę ROBOKOP niedoszacowana, w konsekwencji stwierdził, że zaniechanie odrzucenia przez Zamawiającego oferty ROBOKOP na podstawie art. 90 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp naruszało powyższe przepisy.

Odnosząc się do dowodów przedłożonych przez Zamawiającego i zaprezentowanego przez niego stanowiska, że stawka 19 zł jest stawką prawidłową, to ponownie wskazać należy, że obowiązkiem Zamawiającego jest rzetelna ocena wyjaśnień złożonych przez wykonawcę, a nie ich interpretowanie, czy też uzupełnianie, bowiem to wykonawca, a nie Zamawiający składa wyjaśnienia w trybie art. 90 ust. 1 Pzp. Skoro natomiast ROBOKOP wskazał, że prawidłową stawką jest stawka 25,29 zł, to Zamawiający w sposób nieuprawniony próbował wykazać, że stawka za roboczogodzinę w kwocie 19 zł jest stawką prawidłową i realną. Podkreślić należy, że w złożonych wyjaśnieniach wykonawca w żaden sposób nie próbował wykazywać, że wskazana stawka 19 zł jest realna i zgodna z obowiązującymi przepisami prawa.

Izba uznała także, że Zamawiający w sposób nieprawidłowy dokonał oceny wyjaśnień wykonawcy ROBOKOP dotyczących oświadczenia dotyczącego posiadanych przez niego płyt żelbetowych. Izba wskazuje, że przepis art. 90 ust. 2 Pzp nakłada na wykonawcę obowiązek wykazania okoliczności, które umożliwiły wykonawcy obniżenie ceny oferty. Podkreślić należy, że Zamawiający opierając się tylko na gólosłownym oświadczeniu wykonawcy ROBOKOP, że płyty te „stanowią własność firmy” nie mógł pozytywnie ocenić wyjaśnień w tym zakresie. Wykonawca ROBOKOP bowiem pomimo ciążącego na nim obowiązku nie wykazał, że taki materiał faktycznie jest w jego posiadaniu i istnieje możliwość wykorzystania go w tym postępowaniu.

Ponadto również skład orzekający stwierdził, że Zamawiający w sposób nieprawidłowy dokonał oceny wyjaśnień wykonawcy ROBOKOP dotyczących wyceny pozycji kosztorysu nr 15 i 17 na poziomie odpowiednio 15 i 10 zł netto za 1 m². Odwołujący wykazał bowiem, że powyższe wycena jest nierealna i nie uwzględnia ona rzeczywistych kosztów wykonania nawierzchni z płyt żelbetowych. Jak wskazał bowiem Odwołujący koszt układania płyt żelbetowych na drodze tymczasowej to co najmniej 70 zł/m² bez kosztu płyty, co przy ilości 1.098 m² daje wartość 76.860 zł netto zaś koszt rozbiórki i odwozu drogi tymczasowej z płyt żelbetowych: 60 zł/m², co przy ilości 1.098 m² daje wartość 65.880 zł. W związku z powyższym Izba stwierdziła, że skoro wykonawca w złożonych wyjaśnieniach nie wykazał okoliczności, które pozwoliły mu na poczynienie takich oszczędności w tym zakresie, to uznać należało, że nie doszacował on ceny oferty dotyczącej pozycji 15 oraz 17 kosztorysu.

Odwołujący wykazał również, że ROBOKOP dokonał nieprawidłowej kalkulacji ceny oferty bowiem pominął koszty związane z transportem betonu oraz stabilizacją cementowo-piaskową. Z przedłożonych wraz z wyjaśnieniami dowodów, w tym oferty firmy BUDOKRUSZ S.A., w sposób niebudzący wątpliwości wynika, że ROBOKOP w kosztorysie uwzględnił bowiem jedynie cenę materiału bez kosztów transportu. ROBOKOP nie wyjaśnił natomiast w złożonych wyjaśnieniach dlaczego pominął koszt dostawy, nie wykazał na przykład, że z uwagi na odległość jego siedziby od siedziby firmy BUDOKRUSZ takie nie będą naliczone, albo że istnieją inne okoliczności, które zapewniają mu bezpłatny transport materiały z firmy BUDOKRUSZ na teren budowy.

Zamawiający nie podważył również stanowiska Odwołującego dotyczącego zaniżenia przez wykonawcę ROBOKOP ceny oferty poprzez zaniżenia liczby mb krawężników. Odwołujący przedłożył dowód stanowiący opracowanie dotyczące liczby koniecznych, wynikających z dokumentacji Zamawiającego metrów bieżących krawężników, z którego wynikało, że konieczne jest uwzględnienie w wycenie oferty 783 mb krawężników, gdy tymczasem wykonawca ROBOKOP wycenił 320 mb, w konsekwencji czego stwierdzić należało, że wykonawca ten również w tym zakresie nie doszacował ceny swojej oferty.

Skład orzekający stwierdził ponadto, że przyjęcie za podstawę obliczenia ceny oferty stawki za roboczogodzinę w wysokości niższej niż przewidziana w ustawie o minimalnym wynagrodzeniu, stanowi okoliczność uzasadniającą odrzucenie oferty ROBOKOP na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp bowiem tak sporządzona oferta uchybia przepisowi art. 90 ust. 1 pkt 1 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 ustawy.

W ocenie Izby Zamawiający naruszył również przepisy art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy ROBOKOP pomimo, że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów u.z.n.k. Wskazać należy, że zgodnie z art. 3 ust. 1 u.z.n.k. czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Zgodnie z wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 9 grudnia 2011 r., sygn. akt III CSK 120/11, art. 3 ust. 1 u.z.n.k. pełni m.in. tzw. funkcję uzupełniającą, która polega na uzupełnieniu katalogu czynów nieuczciwej konkurencji, nie jest bowiem możliwe skatalogowanie i stypizowanie wszystkich zachowań, które mogą być zakwalifikowane jako naruszające zasady uczciwego obrotu, dlatego takie zachowania, które nie podpadają pod hipotezy przepisów rozdziału drugiego ustawy, ale są sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami i przy tym zagrażają lub naruszają interes innego przedsiębiorcy lub klienta, również stanowią czyn nieuczciwej konkurencji określony w art. 3 przedmiotowej ustawy. Skład orzekający stwierdził, że wskazanie przez ROBOKOP w kosztorysie ofertowym stawki za roboczogodzinę w wysokości 19 zł, tj. zaniżenie jej w stosunku do faktycznie stosowanej w przedsiębiorstwie ROBOKOP stanowiło działanie niezgodne z prawem. Takie bowiem działania, tj. przyjęcie zaniżonej stawki za roboczogodzinę umożliwiły wykonawcy ROBOKOP zaoferowanie ceny na poziomie znacznie odbiegającym od cen pozostałych wykonawców, czym naruszył interes innych wykonawców, którzy przy ustalaniu ceny przyjęli właściwą stawkę za roboczogodzinę, tj. uwzględniającą zarówno wymogi Zamawiającego jak i obowiązujące przepisy prawa. Działanie takie naruszało więc interes innych przedsiębiorców, polegający na dążeniu do uzyskaniu jak najlepszej pozycji w rankingu ofert - a co za tym idzie, pozyskaniu zamówienia publicznego - ma zatem też wymierny, materialny charakter.

Skład orzekający uznał natomiast, że Zamawiający nie naruszył art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp. Zgodnie z powyższym przepisem Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu. Jak wskazuje się w orzecznictwie, warunkiem koniecznym ustalenia ziszczenia się podstawy odrzucenia oferty, o której mowa w ww. przepisie jest stwierdzenie, że doszło do popełnienia przez wykonawcę tego rodzaju błędu, który skutkuje tym, iż cena

podana w ofercie jest ceną nieprawidłową. Wymaga to zatem stwierdzenia, iż odmienność sposobu obliczenia ceny przez wykonawcę skutkowałaby tym, iż cena oferty byłaby inna, gdyby wykonawca ściśle zastosował się do sposobu obliczenia ceny wskazanego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. (por. m.in. wyrok KIO z dnia 28 marca 2018 r., sygn. akt KIO 485/18). Błąd w obliczeniu ceny zachodzi więc, jeśli cena oferty została obliczona w sposób niezgodny ze sposobem jej obliczenia podanym w dokumentacji przetargowej lub w cenie oferty uwzględniono niewłaściwą stawkę podatku VAT (por. m.in. wyrok KIO z dnia 16 maja 2018 r. sygn. akt KIO 827/18). Odwołujący natomiast nie wskazał okoliczności, które pozwalałyby uznać, że cena ofert ROBOKOP oraz Konsorcjum takie błędy zawiera.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 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 (t.j. Dz.U. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący:.....