Sygn. akt: KIO 520/21

WYROK

z dnia 17 marca 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący:Bartosz Stankiewicz

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 marca 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 lutego 2021 r. przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych TOMBET Sp. z o.o.z siedzibą w Korytnicy pod numerem 10A (28-305 Sobków) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Przedsiębiorstwo Gospodarki Odpadami w Suwałkach Sp. z o.o. z siedzibą w Suwałkach przy ul. Sejneńskiej 82 (16-400 Suwałki)

przy udziale:
A. wykonawcy B. M. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Bogmar Roboty Ziemne Transport i Handel B. M. z siedzibą w Suwałkach przy ul. Bolesława Chrobrego 34 (16-400 Suwałki);
B. wykonawcy K. W. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Transport Ciężarowy K. W. z siedzibą w Olecku przy ul. Wieniawskiego 6 (19-400 Olecko);
zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów dotyczących oferty złożonej przez wykonawcę B. M. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Bogmar Roboty Ziemne Transport i Handel B. M. z siedzibą w Suwałkach
z uwagi na uwzględnienie zarzutów odwołania w całości przez zamawiającego przy braku wniesienia sprzeciwu wobec tej czynności przez ww. wykonawcę.
2. Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu dotyczącego rażąco niskiej ceny odnośnie oferty wykonawcy K. W. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Transport Ciężarowy K. W. z siedzibą w Olecku i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert w postępowaniu, a w jej ramach odrzucenie oferty ww. wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. *Prawo zamówień publicznych* (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.).
3. W pozostałym zakresie oddala odwołane.
4. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych TOMBET Sp. z o.o.z siedzibą w Korytnicy w części 3/5 oraz wykonawcę K. W. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Transport Ciężarowy K. W. z siedzibą w Olecku w części 2/5 i:
4.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych TOMBET Sp. z o.o. z siedzibą w Korytnicy tytułem wpisu od odwołania oraz koszty związane z wynagrodzeniem pełnomocników wykonawców Przedsiębiorstwa Robót Inżynieryjnych TOMBET Sp. z o.o. z siedzibą w Korytnicy oraz K. W. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Transport Ciężarowy K. W. z siedzibą w Olecku tj. po 3 600,00 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy);
4.2. zasądza od wykonawcy K. W. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Transport Ciężarowy K. W. z siedzibą w Olecku na rzecz wykonawcy Przedsiębiorstwa Robót Inżynieryjnych TOMBET Sp. z o.o. z siedzibą w Korytnicy, kwotę w wysokości 3 280 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące dwieście osiemdziesiąt złotych zero groszy) stanowiącą różnicę pomiędzy kosztami postępowania odwoławczego poniesionymi dotychczas przez ww. wykonawcę, a kosztami postępowania za jakie odpowiadał w świetle jego wyniku.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:……

Sygn. akt: KIO 520/21

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

Przedsiębiorstwo Gospodarki Odpadami w Suwałkach Sp. z o.o., zwana dalej: „zamawiającym”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. *Prawo zamówień publicznych* (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.) zwanej dalej: „Pzp” w trybie przetargu nieograniczonego pn.: *Rekultywacja kwatery K1 składowiska odpadów w msc. Zielone Kamedulskie* (znak postępowania: K-20/2020), zwane dalej „postępowaniem”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 31 grudnia 2020 r., pod numerem 776783-N-2020.

Szacunkowa wartość zamówienia, którego przedmiotem są roboty budowlane, jest niższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

W dniu 16 lutego 2021 r. wykonawca Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych TOMBET Sp. z o.o.z siedzibą w Korytnicy (zwany dalej: „odwołującym”) wniósł odwołanie od czynności i zaniechań zamawiającego polegających na:
- wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez B. M. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą BOGMAR Roboty Ziemne, Transport i Handel B. M. z siedzibą w Suwałkach;

- zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy złożonej przez B. M. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą BOGMAR Roboty Ziemne, Transport i Handel B. M. z siedzibą w Suwałkach;
- zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy K. W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Transport Ciężarowy K. W. z siedzibą w Olecku.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:
1) art. 7 ust. 1 i ust. 3 Pzp w związku z naruszeniem art. 91 ust. 1 Pzp przez nierówne traktowanie wykonawców i dokonanie wyboru oferty wykonawcy B. M. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą BOGMAR Roboty Ziemne, Transport i Handel B. M. z siedzibą w Suwałkach jako najkorzystniejszej oraz zaniechanie udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami Pzp;
2) art. 7 ust. 1 i ust. 3 Pzp w związku z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 90 ust. 3 Pzp przez nierówne traktowanie wykonawców i zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy B. M. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą BOGMAR Roboty Ziemne, Transport i Handel B. M. z siedzibą w Suwałkach oraz oferty wykonawcy K. W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Transport Ciężarowy K. W. z siedzibą w Olecku pomimo, że zawiera ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, co znalazło potwierdzenie w złożonej ofercie przez przyjęcie przez ten podmiot do ustalenia ceny swojej oferty, kosztów pracy na poziomie niższym od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie właściwych przepisów, a ponadto dokonana ocena wyjaśnień potwierdza, że wykonawca nie udowodnił, że zaoferowana przez niego cena za roboczogodzinę świadczenia usług jest realna i rynkowa oraz zgodna z powszechnie obowiązującymi przepisami prawa, w tym w zakresie minimalnego wynagrodzenia za pracę, podczas gdy zamawiający w przedmiotowym stanie faktycznym był zobowiązany do odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę i udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami Pzp;
3) art. 7 ust. 1 i ust. 3 Pzp w związku z art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp przez nierówne traktowanie wykonawców i zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy B. M. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą BOGMAR Roboty Ziemne, Transport i Handel B. M. z siedzibą w Suwałkach oferty wykonawcy K. W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Transport Ciężarowy K. W. z siedzibą w Olecku pomimo, że jegooferta jest niezgodna z Pzp, tj. art. 90 ust. 1 pkt 1 Pzp, z uwagi na zaoferowanie przez niego stawki roboczogodziny, której wartość jest niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie właściwych przepisów;
4) art. 7 ust. 1 i ust. 3 Pzp w związku z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez nierówne traktowanie wykonawców i zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy B. M. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą BOGMAR Roboty Ziemne, Transport i Handel B. M. z siedzibą w Suwałkach oraz oferty wykonawcy K. W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Transport Ciężarowy K. W. z siedzibą w Olecku mimo że jego oferta jest niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia (zwanej dalej: „SIWZ") SIWZ, tj. z rozdziałem 10 pkt 2 SIWZ, z uwagi na zaoferowanie stawki roboczogodziny na poziomie niższym od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie właściwych przepisów;
5) art. 7 ust. 1 i ust. 3 Pzp w związku z art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w związku z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 1913 z późn. zm., zwanej dalej: „uznk") oraz art. 15 ust. 1 pkt. 1) uznk, przez nierówne traktowanie wykonawców i zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy B. M. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą BOGMAR Roboty Ziemne, Transport i Handel B. M. z siedzibą w Suwałkach oraz oferty wykonawcy K. W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Transport Ciężarowy K. W. z siedzibą w Olecku, pomimo, że cena zaoferowana za realizację niniejszego zadania w zakresie stawki roboczogodziny za wykonanie usług jest niezgodna z powszechnie obowiązującymi przepisami prawa w zakresie minimalnego wynagrodzenia za pracę, a tym samym jest to cena nierealna i nierynkowa co narusza zasady uczciwej konkurencji, podczas gdy zamawiający jest zobowiązany do należytego badania i oceny ofert oraz do równego traktowania wykonawców i przestrzegania zasady uczciwej konkurencji, a co za tym idzie jest zobowiązany do odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę z uwagi na fakt, że zaoferował on cenę, za wykonanie przedmiotowego zamówienia w ww. zakresie bez uwzględnienia minimalnej stawki za pracę w ramach zaoferowanej stawki za roboczogodzinę, tj. poniżej kosztów jego realizacji, co dowodzi, że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji;
6) innych przepisów wskazanych lub wynikających z uzasadnienia odwołania.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:
- unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy B. M. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą BOGMAR Roboty Ziemne, Transport i Handel B. M. z siedzibą w Suwałkach;
- odrzucenia oferty wykonawcy B. M. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą BOGMAR Roboty Ziemne, Transport i Handel B. M. z siedzibą w Suwałkach;
- odrzucenia oferty wykonawcy K. W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Transport Ciężarowy K. W. z siedzibą w Olecku;
- powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego.

Ponadto odwołujący wniósł o zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego w tym zwrotu kosztów wpisu od odwołania.

Odwołujący wyjaśnił, że ma interes we wniesieniu odwołania, albowiem ma interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę na skutek zarzucanych działań i zaniechań zamawiającego. Odwołujący wskazał, że zaskarżone czynności zamawiającego naruszają jego interes w uzyskaniu zamówienia, albowiem jest uczestnikiem przedmiotowego postępowania i w wyniku czynności zamawiającego traci możliwość uznania jego oferty za ofertę najkorzystniejszą. Gdyby zamawiający działał zgodnie z przepisami Pzp i należycie zbadałby oraz ocenił wszystkie oferty w postępowaniu, to dokonałby odrzucenia oferty wykonawcy B. M. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą BOGMAR Roboty Ziemne, Transport i Handel B. M. z siedzibą w Suwałkach (zwanego dalej jako: „BOGMAR") oraz oferty wykonawcy K. W prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Transport Ciężarowy K. W. z siedzibą w Olecku (zwanego dalej jako: „K. W.") w postępowaniu. Zdaniem odwołującego przez zaniechanie odrzucenia ofert tych wykonawców zamawiający doprowadził do sytuacji, w której odwołujący, jako kolejny w rankingu ofert, utracił szansę na uzyskanie zamówienia oraz na osiągnięcie zysku, który planował osiągnąć w wyniku jego realizacji (lucrum cessans). Z chwilą wyboru oferty wykonawcy, ujawnił się interes odwołującego w podniesieniu tego zarzutu w drodze przysługującego mu środka w postaci odwołania od decyzji zamawiającego do KIO.

W uzasadnieniu dla postawionych zarzutów odwołujący wskazał, że zamawiający w toku oceny ofert wezwał BOGMAR oraz K. W., do złożenia w trybie art. 90 ust. 1 Pzp, wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny oferty. W ramach wyjaśnień rażąco niskiej ceny firma BOGMAR oraz K.W. przedłożyli kosztorysy szczegółowe. Wykonawca BOGMAR

zastosował stawkę roboczogodziny równą ***18.30 zł*** (tylko dla robót związanych z wytyczeniem i obsługą geodezyjną została przyjęta stawka 57,40 zł). Wykonawca K. W. zastosował stawkę roboczogodziny równą ***15,50 zł*** (tylko dla robót związanych z wytyczeniem i obsługą geodezyjną została przyjęta stawka 69,25 zł). W wyjaśnieniach uzupełniających wykonawcy ci wskazali dodatkowo, że stawki podane w kosztorysach są stawkami netto, które pracownik otrzymuje, zaś pozostałe koszty ujęte są w kosztach pośrednich kosztorysu. Stosownie do dyspozycji przepisu art. 90 ust. 1 pkt. 1 Pzp wwykonawca ma obowiązek, na wezwanie zzamawiającego, udzielić wyjaśnień, w tym złożyć dowody, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, w szczególności w zakresie oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z2018 r. poz. 2177).
Jak wyjaśnił odwołujący w ustawie o rachunkowości przyjmuje się powszechnie, że koszty pracy to kwota, jaką ponosi pracodawca w związku z zatrudnieniem pracownika. Pod pojęciem kosztów pracy kryją się zatem wszystkie obciążenia, wynikające z umowy o pracę, w tym wynagrodzenie brutto pracownika (przed opodatkowaniem), ale także m.in. nakłady na bezpieczeństwo, odzież ochronną, doskonalenie, działalność socjalno-bytową, składkę ubezpieczeniową i inne pozapłacowe obciążenia, które obciążają pracodawcę (m.in. połowa składek na ubezpieczenie rentowe i emerytalne). Z kolei, wg ustawy z 10 października 2002 r. minimalne wynagrodzenie oznacza całkowite wynagrodzenie przysługujące pracownikowi za pracę w pełnym wymiarze czasu. Do obliczenia wysokości wynagrodzenia, zgodnie z art. 6 § 1 cytowanej ustawy, przyjmuje się przysługujące pracownikowi składniki wynagrodzenia i inne świadczenia wynikające ze stosunku pracy, zaliczone według zasad statystyki zatrudnienia i wynagrodzeń określonych przez Główny Urząd Statystyczny do wynagrodzeń osobowych. Zestawienie tych wyjaśnień wskazuje, że koszty pracy obejmujące obciążenia spoza wynagrodzenia, które płaci pracodawca na zatrudnienie danego pracownika, są znacznie szerszym pojęciem niż pojęcie minimalnego wynagrodzenia. W związku z powyższym wartość kosztów pracy (w kosztorysie ofertowym przyjęta do ustalenia ceny oferty) nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę. Obligatoryjnym elementem stawki roboczogodziny są obciążenia płac. Kosztem mogącym być kwalifikowanym jako pośredni są wyłącznie koszty ogólne budowy oraz koszty zarządu, które to nie są objęte kosztami bezpośrednimi w jakiejkolwiek pozycji kosztorysowej. Odwołujący wskazał również, że w ramach stawki roboczogodziny, która to jest kosztem bezpośrednim związanym z wykonywaną usługą, należy ująć m.in. obligatoryjne obciążenia płacowe, których to zgodnie z przedłożonymi wyliczeniami wykonawcy ci nie uwzględnili. Potwierdzeniem tego stanowiska jest również treść samego art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, która to bezpośrednio odwołuje się do ustawy, w ramach której ustawodawca przyjął określoną stawkę wynagrodzenia. Przy kalkulowaniu ceny oferty każdy z wykonawców składających ofertę w przedmiotowym postępowaniu zobowiązany był do wzięcia pod uwagę zakresu wymagań i czynników cenotwórczych wynikających z rozdziału 10 pkt 2 SIWZ. zgodnie z którym, „Zamawiający wymaga zatrudnienia przez Wykonawcę lub Podwykonawców na podstawie umowy o pracę wszystkich osób wykonujących czynności w zakresie następujących branż: - w branży konstrukcyjno-budowlanej - roboty ziemne, budowa drogi wjazdowej na wierzchowinę kwatery K1 składowiska, wykonanie brakującej części obwałowania, uformowanie wierzchowiny kwatery i skarp oraz wykonanie warstwy wyrównawczej oraz glebotwórczej”. Tymczasem - jak wynikało z kosztorysów przedłożonych przez wykonawców: BOGMAR oraz K. W., nie uwzględnili oni w cenie swoich ofert wymagań zamawiającego, bowiem przyjęli do kalkulacji ceny oferty odpowiednio stawkę roboczogodziny na poziomie 18,30 zł oraz na poziomie 15,50 zł, podczas gdy z przepisów o minimalnym wynagrodzeniu, do których odwołał się zamawiający w SIWZ, wynikało, że stawką roboczogodziny nie może być niższa niż 20,38 zł/r-g.
Dalej odwołujący wskazał, że niezależnie od przepisów powszechnie obowiązującego prawa, zgodnie z podstawowymi zasadami kosztorysowania, koszty bezpośrednie i pośrednie stanowią dwie odrębne grupy kosztów, jak również niedopuszczalne jest zwiększanie kosztów bezpośrednich poprzez koszty pośrednie. Należy wskazać, że przerzucanie części kosztów pracy do kosztów pośrednich generuje koszty niekontrolowane, a w ten sposób wykonawca może tworzyć sobie kompletnie niekontrolowany budżet, który może próbować przeznaczać na cele niezwiązane z pokryciem kosztów pracy w wysokości w wynikającej z przepisów o minimalnym wynagrodzeniu za pracę i minimalnej stawce godzinowej. Po to są koszty bezpośrednie, żeby koszty pracy były określone w sposób wymierny, a w wyniku przyjęcia przez wykonawców stawki roboczogodziny odpowiednio w wysokości 18,30 zł i 15,50 zł, która powinna obejmować wszystkie koszty pracy, naruszono obowiązujące przepisy o minimalnym wynagrodzeniu za pracę.
Składniki, które powinny być wliczone w godzinową stawkę robocizny kosztorysowej to:
- płace zasadnicze,
- premie regulaminowe,
- płace dodatkowe (dodatki funkcyjne, dodatki stażowe, inne dodatki regulaminowe),
- płace uzupełniające (wynagrodzenia za urlopy i inne płatne nieobecności, zasiłki chorobowe nierefundowane przez ZUS, odprawy emerytalne i z innych tytułów, nagrody jubileuszowe itp.),
- obligatoryjne obciążenia płac,
-odpisy na zakładowy fundusz świadczeń socjalnych.
Przy ocenie ofert w tym przypadku w szczególności przy określaniu stawki roboczogodziny zamawiający musi wziąć pod uwagę, czy wykonawcy wzięli pod uwagę także inne koszty wynikające z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym (art. 90 ust. 1).
Zasadnicza część prac do zrealizowania w niniejszym postępowaniu jest przewidziana na rok 2021. Jak wynika z rozporządzenia Rady Ministrów w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę w 2021 r. minimalne wynagrodzenie w roku 2021 wynosi 2800 zł brutto. Jednak są to kwoty odnoszące się jedynie do wynagrodzenia brutto pracowników. Przy szacowaniu kosztów pracy należy wziąć pod uwagę m.in. koszty po stronie pracodawców obejmujące składki emerytalne, rentowe, wypadkowe, Fundusz Pracy i FGŚP. To te elementy są dla wykonawcy kosztotwórcze i te powinny być oceniane w ramach badania realności kosztów ponoszonych przez wykonawcę przy realizacji zamówienia. Odwołujący wskazuje na konieczność ujęcia w kosztach wynagrodzenia także składek na ubezpieczenie społeczne. Żaden przepis postanowień SIWZ nie może zwalniać wykonawcy z tego obowiązku. Całkowite wydatki związane z zatrudnieniem pracownika leżące po stronie pracodawcy obejmują również obowiązki wynikające z przepisów prawa pracy i przepisów o ubezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie tzw. koszty pośrednie w tym w szczególności: urlopy, odprawy emerytalne, rentowe, nagrody jubileuszowe, pranie odzieży, środki czystości dla pracowników. W celu ustalenia minimalnego wydatku finansowego, w przeliczeniu na 1 godzinę pracy, związanego z zatrudnieniem pracownika w pierwszej kolejności konieczne jest ustalenie

średniomiesięcznego wymiaru czasu pracy. Przepisy Kodeksu pracy określają normy czasu pracy, wynoszące: 8 godzin na dobę i przeciętnie 40 godzin na tydzień w przeciętnie pięciodniowym tygodniu pracy w przyjętym okresie rozliczeniowym. W oparciu o te normy pracodawca ustala liczbę godzin i dni do przepracowania w przyjętym okresie rozliczeniowym czasu pracy. Liczbę tych godzin oblicza się: mnożąc 40 godzin przez liczbę tygodni przypadających w okresie rozliczeniowym, a następnie dodając do otrzymanej liczby godzin iloczyn 8 godzin i liczby dni pozostałych do końca okresu rozliczeniowego, przypadających od poniedziałku do piątku. Szczegółowe wyliczenia pozwalają na ustalenie stawki za 1 roboczogodzinę (uwzględniając m.in. koszty pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (zgodnie z Rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 15 września 2020r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2021 r.) na poziomie nie mniejszym niż 2.800,00 zł.
Zdaniem odwołującego zastosowana stawka roboczogodziny przez wykonawcę Krzysztofa Witkowskiego jest zaniżona, ponieważ jest niższa o 4,88 zł (15,50 - 20,38 = - 4,88 zł).
Odwołujący wskazał dalej, że zgodnie z zapisami SIWZ rozdziału 10 pkt 2 „Zamawiający wymaga zatrudnienia przez Wykonawcę lub Podwykonawców na podstawie umowy o pracę wszystkich osób wykonujących czynności w zakresie następujących branż: - w branży konstrukcyjno-budowlanej - roboty ziemne, budowa drogi wjazdowej na wierzchowinę kwatery K1 składowiska, wykonanie brakującej części obwałowania, uformowanie wierzchowiny kwatery i skarp oraz wykonanie warstwy wyrównawczej oraz glebotwórczej". Oznacza to, że zasadnicze roboty, które należy wykonać w ramach w/w zadania obligują pracodawcę do zatrudnienia pracowników na podstawie umowy o pracę a co za tym idzie konieczności ustalenia ich wynagrodzenia na poziomie nie niższym niż wynagrodzenie minimalne. W przypadku zamówień na roboty budowlane koszty pracy mają niebagatelne znaczenie. Przyjęcie natomiast za podstawę obliczenia ceny oferty wynagrodzenia w kwocie niższej, niż przewidziana w ustawie, należy poczytywać za okoliczność uzasadniającą odrzucenie ofert tych wykonawców nie tylko na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4) Pzp (rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia), ale również na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1) Pzp (niezgodność z Pzp). Zgodnie bowiem z ugruntowanym w orzecznictwie poglądem, przyjęcie za podstawę obliczenia ceny oferty wynagrodzenia w kwocie niższej niż przewidziana w ustawie o minimalnym wynagrodzeniu, stanowi okoliczność uzasadniającą odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp bowiem tak sporządzona oferta uchybia przepisowi art. 90 ust. i 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. Z art. 90 ust. 1 pkt 1 Pzp wynika bowiem konieczność uwzględnienia przez wykonawców ubiegających się o zamówienie kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie przepisów o minimalnym wynagrodzeniu. Stosownie do art. 90 ust. 1 Pzp elementem oferty mający wpływ na wysokość ceny są koszty pracy, który wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę, ustalonego zgodnie z ustawą o minimalnym wynagrodzeniu za pracę wskazaną w art. 90 Pzp. Przepis ten wskazując jako jedną z przesłanek oceny i uznawania tzw. domniemania ceny rażąco niskiej nie uzależnia tej przesłanki od sposobu przygotowania przez zamawiającego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Przepis art. 90 ust. 1 pkt 1 Pzp wiązał wykonawcę co do sposobu wyliczenia kosztów pracy dla celów sporządzenia oferty. Wymóg ten był powiązany z wymogiem rozdziału 10 pkt 2 SIWZ. Tymczasem z kosztorysu wykonawcy wynika, że przy kalkulacji ceny oferty uwzględnił on koszty pracy na poziomie niższym od minimalnego wynagrodzenia wynikającego z właściwych przepisów. Złożone przez wykonawcę wyjaśnienia stanowiły zaś niedopuszczalną próbę wykazania, że brakująca część kosztów pracy została uwzględniona w kosztach pośrednich, podczas gdy koszty pracy nie mogą być uznane za koszty pośrednie. Zatem z uwagi na przyjęcie przez wykonawcę w kosztorysie ofertowym stawki roboczogodziny na poziomie niższym od minimalnego wynagrodzenia za pracę należy uznać, że jego oferta jest sprzeczna z ustawą (art. 90 ust. 1 pkt 1 Pzp) oraz treścią SIWZ (rozdział 10 pkt 2 SIWZ).
Odwołujący wyjaśnił, że z art. 90 ust. 2 Pzp wynika, iż to na wykonawcy spoczywa obowiązek udowodnienia, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska, dlatego wymagane wyjaśnienie zaoferowanej ceny należy sporządzić z najwyższą starannością popierając je dowodami, które są niezbędne do uwiarygodnienia przedstawionego wyjaśniania. W obu przypadkach wyjaśnienia firm są zdecydowanie zbyt ogólne, potencjalni wykonawcy zapewniają tylko, że posiadają własny sprzęt oraz doświadczenie. Odwołujący podkreślił, że samo zestawienie kalkulacji kosztów i określenie marży nie jest wystarczające, aby uzasadnić realność ceny. Każdy wykonawca powinien dodatkowo wyjaśnić, jakie konkretnie okoliczności i w jaki sposób wpłynęły na obniżenie ceny bądź kosztu. Zamawiający musi uzyskać potwierdzenie, że kwoty przedstawione w szczegółowej kalkulacji kosztów mają swoje rynkowe uzasadnienie. Obowiązkiem wykonawcy jest dostarczenie wyczerpujących wyjaśnień, które w pierwszej kolejności powinny odnosić się do wątpliwości zamawiającego sformułowanych w wezwaniu. W przypadku, kiedy wezwanie dotyczy ceny oferty, wykonawca powinien odnieść się kompleksowo do zaoferowanej ceny. Zgodnie bowiem z art. 90 ust. 2 Pzp, to wykonawca wszelkimi niezbędnymi środkami dostępnymi w danej sprawie i uzasadnionymi w konkretnym stanie faktycznym, powinien wykazać zamawiającemu, że jego cena (lub koszt) nie jest rażąco niska, pomimo ziszczenia się określonych ustawowych przesłanek podejrzenia rażąco niskiej ceny w jego ofercie. Obowiązkiem wykonawcy, wezwanego do złożenia wyjaśnień jest przedstawienie przekonywujących wyjaśnień i dowodów na potwierdzenie tego, że cena oferty została skalkulowana w sposób rzetelny i gwarantuje realizację całego zakresu objętego zamówieniem. Wyjaśnienia elementów mających wpływ na wysokość ceny muszą być konkretne, wyczerpujące i nie mogą pozostawiać jakichkolwiek wątpliwości co do rzetelności kalkulacji ceny oferty. Treść ustawy, w art. 90 ust. 2 wprost wskazuje, że obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa w całości na wykonawcy, a obaj wykonawcy w niniejszym przypadku nie sprostali temu obowiązkowi. Przepis art. 90 ust. 3 Pzp nakazuje odrzucenie oferty, gdy wykonawca wezwany do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na jej cenę nie złożył wyjaśnień albo złożone wyjaśnienia potwierdzają rażąco niski charakter ceny oferty. Złożenie wyjaśnień niedostatecznych, zbyt ogólnych, nieadekwatnych do wezwania zamawiającego jest równoważne do sytuacji, w której wykonawca nie złożył wyjaśnień. Należy podkreślić, że w przedmiotowej sprawie radykalny i nieodwracalny błąd w obliczeniu ceny przez obu oferentów polegał przede wszystkim na nieuwzględnieniu wymagań dotyczących wysokości minimalnego wynagrodzenia, wynikających z obowiązujących przepisów. Stwierdzić należy, że przyjęcie za podstawę obliczenia ceny oferty wynagrodzenia w kwocie niższej niż przewidziana w ustawie o minimalnym wynagrodzeniu, stanowi okoliczność uzasadniającą odrzucenie oferty obu wykonawców nie tylko na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, ale również 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.

Ponadto odwołujący stwierdził, że oferty obu wykonawców powinny być, niezależnie od wyżej wskazanych podstaw, również odrzucone na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, jako niezgodne z treścią SIWZ, tj. z rozdziałem 10 pkt 2 SIWZ, z uwagi na zaoferowanie stawki roboczogodziny na poziomie niższym od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie właściwych przepisów.
Odwołujący zarzucił dalej, że zgodnie z art. 3 ust. 1 uznk czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Na podstawie powołanego przepisu możliwe jest zatem uznanie za czyn nieuczciwej konkurencji każdego sprzecznego z prawem lub dobrymi obyczajami zachowania przedsiębiorcy, które nie tylko narusza interes innego przedsiębiorcy, ale również naruszeniem takim zagraża. Odwołujący kwestionował rzetelność sposobu Jego zdaniem wykonawcy ci w sposób nieuprawniony zaniżyli cenę swojej oferty w wyniku zastosowania stawki za roboczogodzinę nieuwzględniającej wymagań określonych w SIWZ oraz niezgodnych z przepisami prawa dotyczących minimalnego wynagrodzenia za pracę. Działania te naruszają tym samym interes odwołującego jako podmiotu ubiegającego się o udzielenie przedmiotowego zamówienia. Zachowanie wykonawców zaburzyło konkurencję, jako że stanowiło odstępstwo od zasad rzetelnego kalkulowania ceny oferty, której oczekiwać należy od każdego wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego. W związku z tym oferty tych powinny również zostać odrzucone na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 uznk.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosili wykonawcy: B. M. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą BOGMAR Roboty Ziemne Transport i Handel B. M. z siedzibą w Suwałkach oraz K W. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Transport Ciężarowy K. W. z siedzibą w Olecku.

Zamawiający pismem z dnia 1 marca 2021 r. złożył odpowiedź na odwołanie, w której oświadczył, że uwzględnia w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu.

Zarządzeniem z dnia 3 marca 2021 r., obaj wykonawcy zgłaszający przystąpienie zostali wezwani w trybie art. 523 ust. 1 Pzp do złożenia oświadczenia w przedmiocie sprzeciwu w związku z uwzględnieniem przez zamawiającego zarzutów przedstawionych w odwołaniu, w terminie 3 dni od dnia otrzymania wezwania, pod rygorem umorzenia postępowania odwoławczego

W dniu 5 marca 2021 r., wykonawca K. W. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Transport Ciężarowy K. W. z siedzibą w Olecku złożył pismo, w którym zgłosił sprzeciw wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów odwołania.

Drugi wykonawca zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego tj. B. M. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Bogmar Roboty Ziemne Transport i Handel B. M. z siedzibą w Suwałkach, nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia w całości zarzutów odwołania przez zamawiającego.

Na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron wykonawca K. W. złożył pismo procesowe wraz z dowodami. W uzasadnieniu tego pisma ww. wykonawca przedstawił argumentację dla wniosku o oddalenie odwołania.
Ww. wykonawca na wstępie zauważył, iż w zakresie sposobu określenia wyceny robót budowlanych nie istnieją jakiekolwiek przepisy ściśle normujące zarówno formę, sposób i przypisanie poszczególnych kosztów przewidywanych do poniesienia przez wykonawcę w przyszłości. Przyjęte metody kosztorysowania opierające się z reguły na programach do kosztorysowania takich jak np. norma, rodos czy inne dostępne wykonawcy oprogramowanie wykorzystują tzw. Katalogi Norm Rzeczowych ujmujące w swym zakresie jednostkowe nakłady na czas pracy, zużycie materiałów i pracę sprzętu. Dowolność zastosowania metody kosztorysowania oraz prezentacja uzyskanego wyniku jest zatem dowolna, o ile nie stoi w sprzeczności z obowiązującymi przepisami prawa oraz wytycznymi zawartymi w treści SIWZ. Podkreślić również należy, iż w rzeczywistości brak jest legalnej definicji pojęcia „roboczogodzina kosztorysowa", jak również pojęcia tzw. narzutów kosztorysowych określanych jako koszty pośrednie (KP) lub kosztami ogólnymi (KO) które w zależności od metodologii przyjętej przez wykonawcę mogą być naliczane w dowolny sposób. Wykonawca zgłaszający przystąpienie wyjaśnił, że na etapie złożonych wyjaśnień treści oferty przez przedłożenie kosztorysu szczegółowego zaprezentował określoną w jej treści ryczałtową cenę za wykonanie całości zamówienia. Przedstawiony kosztorys ofertowy opracowany został zgodnie z wytycznymi zamawiającego w układzie przewidzianym dostarczonym przez zamawiającego przedmiarem robót z zachowaniem poszczególnych, niezmienionych nakładów zawartych w tabelach Katalogów Norm Rzeczowych wskazanych przez zamawiającego oraz zastosowaniem stawek i narzutów zaprezentowanych na 1 stronie kosztorysu. Następnie wskazał, że dokonując wcześniej dokładnej analizy ocenił w sposób właściwy przewidywany koszt pracy (robocizny), oraz przypisane do niej koszty określone i wyliczone indywidualnie do bezpośrednich nakładów kosztorysowych związanych z „robocizną kosztorysową". W jego ocenie tak określone koszty pracy z uwzględnieniem wszelkich kosztów bezpośrednich i pośrednich gwarantują w pełni wypłatę wynagrodzenia pracownikom skierowanym na potrzeby realizacji przedmiotowego zamówienia.
Następnie ww. wykonawca wyjaśnił, że w zakresie ryczałtowej ceny wyodrębnił, jego zdaniem niezbędny koszt pracy bezpośredniej w wysokości 258.079 58 zł. Po uwzględnieniu przewidzianego narzutu w wysokości 65,4% liczonego bezpośrednio od planowanej wyżej kwoty dysponuje na wynagrodzenia przewidywaną przez niego kwotą łączną w wysokości 426.863 63 zł.
Dalej wskazał, że na jego pisemny wniosek zamawiający przekazał mu kopię kosztorysu inwestorskiego. Jak wynika z udostępnionego dokumentu zamawiający opracował kosztorys inwestorski stosując następujące wskaźniki i narzuty: 17,50 zł/r-g – stawka roboczogodziny kosztorysowej, 52% - koszty pośrednie (liczone odrębnie od R (robocizny) i S (sprzętu)) oraz narzut zysku w wysokości 7,4%. Jak wynika z przedstawionego zestawienia zamawiający wyliczył niezbędny koszt pracy – robocizny bezpośredniej w wysokości 269.607 35 zł, a po uwzględnieniu przewidzianego narzutu w wysokości 52% w kwocie 409.803 17 zł.
Mając na uwadze powyższe wyliczenia zawarte w dokumentach, którymi to dysponuje zamawiający – jego zdaniem – nie zachodzi jakakolwiek przesłanka wskazująca na złożenie oferty przez zgłaszającego przystąpienie z ceną rażąco niską w zakresie kosztów pracy, mających gwarantować zarówno wykonanie zamówienia, jak również zapłatę wynagrodzenia pracownikom skierowanym do jego realizacji z zachowaniem przepisów zawartych w treści Rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 15 września 2020 roku w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2021 r.
Odnosząc się do analizy złożonej w postępowaniu oferty odwołującego w zakresie wartości kosztów pracy zauważył, iż pomimo zastosowania pozornie wyższej stawki roboczogodziny kosztorysowej, którą przyjął do wyceny niezbędny oszacowany koszt pracy bezpośredniej ujęty w przedłożonym zamawiającemu kosztorysie wyliczony został w

wysokości 129.005 31 zł, a po uwzględnieniu narzutu kosztów w wysokości 50% w kwocie 193.507 97 zł. Mając powyższe na uwadze zgłaszający przystąpienie wskazał, iż przewidział w oferowanej cenie ryczałtowej porównywalne z zamawiającym koszty pracy, a jednocześnie w wyniku porównania złożonych ofert odwołującego i przestępującego, przystępujący rezerwuje na wykonanie zamówienia wyższy koszt o 140.099,38 zł (ponad dwukrotnie), a z uwzględnieniem narzutów jest to kwota wyższa o 216.295,20 zł, niż odwołujący. Sprowadzając ofertę odwołującego do nakładów KNR odpowiadających nakładom robocizny, które ujął w kosztorysie inwestorskim zamawiający – nakłady te wynoszą odpowiednio 16.128,402 r-g kosztorysowej. Dla wartości kosztów pracy przyjętych przez odwołującego w wysokości 129.005 31 zł odpowiada roboczogodzina w wysokości: 129.005,31: 16.128,402—7 999 zł. (bez uwzględnienia narzutów).
Zgłaszający przystąpienie w odniesieniu do wskazanego w odwołaniu wyliczenia przedstawił elementy kosztów związane z wyliczeniem kosztu minimalnej stawki kalkulacyjnej. Jako wartość wyjściową do wyliczenia minimalnej kalkulacyjnej stawki w budownictwie dla robót budowlano-montażowych w Polsce przyjęto:
- obowiązujące minimalne wynagrodzenie miesięczne w gospodarce narodowej w 2021 roku tj. 2.800,00 zł brutto;
- średni miesięczny czas pracy dla 2020 r. wynoszący 168 godzin.
Po podzieleniu ww. kwoty przez średni miesięczny czas pracy, wyjściowa stawka za roboczogodzinę wynosi 16,6667 zł.
Przedmiotową stawkę zgłaszający przystąpienie uzupełnił o narzuty podstawowe i narzuty uzupełniające do jednej roboczogodziny przy miesięcznym czasie pracy wynoszącym 168 godzin.
Po przedstawieniu szczegółowych wyliczeń w tym zakresie zgłaszający przystąpienie wskazał, że wartość minimalnej stawki godzinowej w Polsce dla robót budowlano montażowych w 2021 r. wynosi: 23,4274 zł 16,6667 + 6,7607, w zaokrągleniu do dwóch miejsc po przecinku jest to wartość: 23,43 zł.
Zdaniem ww. wykonawcy powyższa stawka rekomendowana jest przez związki pracodawców, związki zawodowe oraz organizacje wspierające.
Zgłaszający przystąpienie zwrócił uwagę, iż odwołujący w przedłożonym kosztorysie przyjął do stosowania stawkę w wysokości 21 ,30 zł/r-g. Przyjmując za słuszną argumentację odwołującego należałoby stwierdzić, iż w związku z faktem, iż zastosowana przez odwołującego stawka 21 ,30 jest niższa, niż przedstawiona w powyższym wyliczeniu, jego oferta dotknięta jest również wadą i podlegałaby odrzuceniu wraz z pozostałymi ofertami, również sporządzony kosztorys inwestorski zawiera błędy, a wobec powyższego kierując się rozumowaniem prezentowane przez odwołującego w tym konkretnym postępowaniu, żadna z złożonych ofert nie spełniałaby wymagań określonych w SIWZ, wszystkie podlegałyby odrzuceniu, a postępowanie należałoby unieważnić.
W ocenie zgłaszającego przystąpienie złożona przez niego oferta nie była ofertą dotkniętą ceną rażąco niską, nie podlega też odrzuceniu na wskazanych przez odwołującego podstawach.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania, złożonych dowodów oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i uczestników postępowania odwoławczego, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Zgodnie z treścią art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 poz. 2020), do postępowań odwoławczych oraz postępowań toczących się wskutek wniesienia skargi do sądu, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych po dniu 31 grudnia 2020 r., dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem 1 stycznia 2021 r., stosuje się przepisy ustawy, o której mowa w art. 1. Mając na uwadze powyższe, Izba do postępowania odwoławczego w przedmiotowej sprawie zastosowała przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 ze zm.), zwanej dalej nadal: „nPzp", ponieważ zostało ono wszczęte przez wniesienie odwołania w dniu 16 lutego 2021 r., czyli po dniu 31 grudnia 2020 r.

Izba uznała, że odwołujący, którego oferta mogłaby zostać wybrana jako najkorzystniejsza w przypadku potwierdzenia się zarzutów odwołania i wyeliminowania z postępowania oferty wybranego wykonawcy oraz oferty drugiego w rankingu ofert wykonawcy, posiadał interes w uzyskaniu zamówienia oraz mógł ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 nPzp. Ponadto Izbastwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 nPzp i skierowała odwołanie na rozprawę w zakresie zarzutów, które nie zostały umorzone.

Wobec spełnienia przesłanek określonych w art. 525 ust. 1-3 nPzp, Izba stwierdziła skuteczność zgłoszonych przystąpień, po stronie zamawiającego, przez wykonawców: B. M. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Bogmar Roboty Ziemne Transport i Handel B. M. z siedzibą w Suwałkach (zwanego dalej nadal: BOGMAR") oraz K. W prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Transport Ciężarowy K. W. z siedzibą w Olecku (zwanego dalej nadal jako: „K. W." lub „przystępujący").

W związku z uwzględnieniem w całości zarzutów odwołania przez zamawiającego oraz wniesieniem sprzeciwu przez przystępującego K. W. wyłącznie co do zarzutów skierowanych wobec jego oferty, przy jednoczesnym niewniesieniu sprzeciwu przez przystępującego BOGMAR, Izba rozpoznała odwołanie w części dotyczącej zarzutów odnoszących się do oferty przystępującego, który wniósł sprzeciw. Tym samym Izba umorzyła postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów dotyczących oferty złożonej przez wykonawcę BOGMAR z uwagi na uwzględnienie zarzutów odwołania w całości przez zamawiającego przy braku wniesienia sprzeciwu wobec tej czynności przez ww. wykonawcę. Podstawą prawną powyższej czynności były przepisy art. 522 ust. 4 nPzp oraz art. 523 ust. 3 nPzp. Zgodnie z treścią art. 522 ust. 4 nPzp *W przypadku uwzględnienia przez zamawiającego części zarzutów przedstawionych w odwołaniu, Izba może umorzyć postępowanie odwoławcze w części dotyczącej tych zarzutów, pod warunkiem że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca albo wykonawca, który przystąpił po stronie zamawiającego, nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia tych zarzutów. W takim przypadku Izba rozpoznaje pozostałe zarzuty odwołania. Zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu w zakresie uwzględnionych zarzutów.* Natomiast na podstawie art. 523 ust. 3 nPzp – *Jeżeli uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, wniesie sprzeciw wobec uwzględnienia zarzutów przedstawionych w odwołaniu w całości albo w części, gdy odwołujący nie wycofa pozostałych zarzutów odwołania, Izba rozpoznaje odwołanie.* Treść ww. przepisów nie odpowiada dokładnie stanowi faktycznemu jaki zaistniał w przedmiotowej sprawie, ponieważ zamawiający uwzględnił w całości zarzuty podniesione w odwołaniu. Zarzuty te dotyczyły ofert dwóch wykonawców, sklasyfikowanych

w rankingu ofert na dwóch pierwszych pozycjach. Wykonawca, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza przez zamawiającego, tj. przystępujący BOGMAR nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia w całości zarzutów odwołania, tym samym skład orzekający uznał, że ww. wykonawca zrezygnował z „obrony" swojej oferty. W związku z tym odwołanie, w części zarzutów odnoszących się do oferty wykonawcy BOGMAR stało się bezprzedmiotowe i zostało w tym zakresie umorzone, a zamawiający powinien wykonać, powtórzyć lub unieważnić czynności w postępowaniu, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu w zakresie uwzględnionych zarzutów. Wykonawca, którego oferta została sklasyfikowana na drugim w miejscu w rankingu ofert wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia w całości zarzutów odwołania przez zamawiającego, jednocześnie zastrzegając, że został on wniesiony wyłącznie co do zarzutów skierowanych wobec jego oferty. W związku z tym Izba rozpoznała pozostałe zarzuty odwołania tj. w zakresie objętym wniesionym sprzeciwem.

Izba zaliczyła na poczet materiału dowodowego:
1)dokumentację przekazaną w formie papierowej, przesłaną do akt sprawy przez zamawiającego w dniu 11 marca 2021 r., w tym w szczególności:
- SIWZ wraz z załącznikami;
- ofertę złożoną przez przystępującego K. W.;
- wezwanie z dnia 18 stycznia 2021 r. skierowane do przystępującego K. W. o udzielenie wyjaśnień w przypadku rażąco niskiej ceny;
- wyjaśnienia z dnia 25 stycznia 2021 r. udzielone przez przystępującego w odpowiedzi na powyższe wezwanie wraz z załącznikami;
- pismo odwołującego z dnia 4 lutego 2021 r. skierowane do zamawiającego, które zawierało informacje, że oferty obu przystępujących zawierały rażąco niską cenę;
- wezwanie z dnia 4 lutego 2021 r. skierowane do przystępującego K. W. o udzielenie wyjaśnień;
- wyjaśnienia z dnia 9 lutego 2021 r. (w treści pisma została wskazana data 9 stycznia 2021 r.) udzielone przez przystępującego w odpowiedzi na powyższe wezwanie wraz z załącznikami;
- zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty w postępowaniu z dnia 12 lutego 2021 r.;
2)dokumenty złożone przez przystępującego K. W. na posiedzeniu wraz z pismem procesowym:
- kosztorys szczegółowy;
- zestawienie robocizny;
- jedną ze stron kosztorysu inwestorskiego;
- tabelę elementów scalonych;
- fragment kosztorysu ofertowego złożonego przez odwołującego w ramach wyjaśnień rażąco niskiej ceny (str. 1 i 17);
- wyliczenie minimalnej kalkulacyjnej stawki wynagrodzenia w budownictwie dla robót budowlano-montażowych oraz usług w zakresie gospodarowania nieruchomościami w Polsce w 2020 r.

Izba ustaliła co następuje

Zgodnie z rozdziałem 10 pkt 2 SIWZ zamawiający wymagał zatrudnienia przez wykonawcę lub podwykonawców na podstawie umowy o pracę wszystkich osób wykonujących czynności w zakresie następujących branż: w branży konstrukcyjno-budowlanej – roboty ziemne, budowa drogi wjazdowej na wierzchowinę kwatery K1 składowiska, wykonanie brakującej części obwałowania, uformowanie wierzchowiny kwatery i skarp oraz wykonanie warstwy wyrównawczej oraz glebotwórczej.

Pismem z dnia 18 stycznia 2021 r. zamawiający, działając na podstawie art. 90 ust. 1 i 1a Pzp, zwrócił się do wykonawcy K. W. z wezwaniem co do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej w ofercie ceny wykonania przedmiotu zamówienia. Zamawiający poinformował, że całkowita cena oferty przystępującego była niższa o 40,44% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, jaką zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, ustaloną przez wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 Pzp. Zamawiający ponadto wskazał, że wzywa do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny, w szczególności przedstawienia szczegółowego kosztorysu dla poszczególnych elementów scalonych wskazanych w załączniku nr 2 do SIWZ, sporządzonego na podstawie dołączonego do SIWZ przedmiaru robót, wraz z podaniem metodyki kalkulacji poszczególnych elementów scalonych oraz podania podstawy zastosowania cen jednostkowych przy wyliczeniu ceny.

W wyjaśnieniach z dnia 25 stycznia 2021 r. przystępujący wskazał, że oferowana przez niego cena wynika z tego, iż sprzęt niezbędny do realizacji zamówienia jest jego własnością, bez obciążeń leasingowych co pozwalało mu na niższą cenę usługi. Ponadto przystępujący wskazał, że korzystna cena wynika również z tego, że realizowane prace są zlokalizowane na terenie Miasta Suwałki, w którym prowadzi również inne roboty budowlane, co obniża koszty związane garażowaniem, zapleczem technicznym budowy, dojazdem sprzętu, a materiały do wykonania zadania kupuje w bardzo korzystnych cenach ze względu na bardzo duże ilości kupowanych materiałów. W ostatnim zdaniu wyjaśnień przystępujący stwierdził, że jest w stanie wykonać zadanie przetargowe w sposób terminowy, rzetelny z wysoką jakością usługi w oferowanych cenach. Do wyjaśnień przystępujący załączył kosztorys szczegółowy, dowody własności sprzętu oraz oferty na kluczowe materiały do wykonania zadania. Z kosztorysu szczegółowego wynikało, że przystępujący za jedną roboczogodzinę przyjął cenę 15,50 zł, za wyjątkiem cenę za roboczogodzinę dla prac wykonywanych przez geodetów.

Odwołujący pismem z dnia 4 lutego 2021 r. skierowanym do zamawiającego poinformował, że oferty złożone przez obu przystępujących zawierają rażąco niską cenę. W przedmiotowym piśmie odwołujący zwrócił uwagę na zastosowane przez obu wykonawców stawki roboczogodziny (odpowiednio przez wykonawcę BOGMAR – 18,30 zł, a przez K. W. – 15,50 zł) oraz zawarł argumentację mającą poprzeć stanowisko o rażąco niskiej cenie ofert ww. wykonawców, w kontekście stawki roboczogodziny. Zawarta w przedmiotowym piśmie argumentacja została następnie w zasadzie w całości powielona w treści odwołania.

Zamawiający pismem z dnia 4 lutego 2021 r. na podstawie art. 90 ust. 1 i 1a Pzp, przesłał K. W. pismo odwołującego z dnia 4 lutego 2021 r. jako załącznik do wezwania, celem szczegółowego ustosunkowania się do zawartych w nim zarzutów, dotyczących m. in. wysokości przyjętej w kosztorysie stawki roboczogodziny (15,50 zł), złożenia w tym zakresie wyjaśnień i dowodów na potwierdzenie tego, że cena oferty została skalkulowana w sposób rzetelny i gwarantowała realizację całego zakresu objętego zamówieniem.

Przystępujący w podpowiedzi na powyżej wskazane wezwanie złożył wyjaśnienia opatrzone datą 9 stycznia 2021 r. Data pisma z wyjaśnieniami została w ocenie składu orzekającego wskazana omyłkowo, ponieważ na prezentacie potwierdzającej wpływ pisma do zamawiającego widoczna jest data wpływu oznaczona jako 9 lutego 2021 r. W

przedmiotowych wyjaśnieniach, w zakresie stawki roboczogodziny, przystępujący wskazał, że *stawka jaka jest podana w kosztorysie jest stawką netto którą otrzymuje pracownik pozostałe koszty ujęte są w kosztach pośrednich kosztorysu, Minimalna stawka roboczogodziny na rok 2021 jest 13,37 zł netto. W Naszym kosztorysie wynosi 15,50 zł netto. Wszyscy pracownicy przydzieleni do wykonania rzeczowego zamówienie są zatrudnieni na umowę o pracę*. Do wyjaśnień nie zostały załączone żadne dowody w zakresie argumentacji dotyczącej stawki roboczogodziny.

W dniu 12 lutego 2021 r. zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu i jako najkorzystniejsza została wybrana oferta BOGMAR, jako druga została sklasyfikowana oferta K. W., a jako trzecia oferta odwołującego.

Treść przepisów dotyczących zarzutów:
- art. 7 ust. 1 Pzp – *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości*;
- art. 7 ust. 3 Pzp – *Zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy*;
- art. 91 ust. 1 Pzp – *Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia*;
- art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp – *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia*
- 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*;
- art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp – *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jest niezgodna z ustawą*;
- art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp – *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3*;
- art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp – *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji*;
- art. 3 ust. 1 uznk – *Czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta*;
- art. 15 ust. 1 pk1 uznk – *Czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców.*

Izba zważyła co następuje.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz stanowiska stron i przystępującego wnoszącego sprzeciw Izba uznała, że odwołanie częściowo zasługiwało na uwzględnienie.

Rozpoznając przedmiotowe odwołanie Izba wzięła pod uwagę następujące okoliczności. Po pierwsze skład orzekający zwrócił uwagę na treść wezwań z 18 stycznia i 4 lutego 2021 r. skierowanych do przystępującego. Przy wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny treść wezwania ma istotne znaczenie dla wymaganych przez zamawiającego wyjaśnień. Ze względu na doniosłe skutki, jakie wywołać może procedura wyjaśniania rażąco niskiej ceny (odrzucenie oferty, następstwem czego jest brak możliwości uzyskania zamówienia i zysku z jego realizacji) wykonawca nie może się domyślać podstaw skierowanego do niego wezwania. Przeciwnie treść wezwania powinna wykonawcy pozwolić na dobór odpowiedniej argumentacji i dowodów, które łącznie pozwolą przekonać zamawiającego o braku podstaw do odrzucenia oferty z uwagi na rażąco niską cenę (zob. wyrok z 7 kwietnia 2014 r. sygn. akt: KIO 572/14; z 28 lipca 2014 r., sygn. akt: KIO 1399/14; z 24 lipca 2017 r. sygn. akt: KIO 1395/17; z 23 lutego 2017 r., sygn. akt: KIO289/17, z 16 sierpnia 2018 r., sygn. akt: KIO 1487/18 czy z 26 lutego 2021 r., sygn. akt KIO 235/21).
W przedmiotowej sprawie Izba doszła do przekonania, że powyżej wskazane wezwania – analizując je łącznie – nie miały charakteru ogólnikowego. Z treści wezwań wynikało, że zostały ono skonkretyzowane przez zamawiającego i jednoznacznie odnosiły się do wyliczenia ceny, w szczególności przedstawienia szczegółowego kosztorysu dla poszczególnych elementów scalonych wskazanych w załączniku nr 2 do SIWZ, sporządzonego na podstawie dołączonego do SIWZ przedmiaru robót, wraz z podaniem metodyki kalkulacji poszczególnych elementów scalonych oraz podania podstawy zastosowania cen jednostkowych przy wyliczeniu ceny (wezwanie z dnia 18 stycznia 2021 r.) oraz szczegółowego ustosunkowania się do zawartych zarzutów, dotyczących m. in. wysokości przyjętej w kosztorysie stawki roboczogodziny (15,50 zł) – wezwanie z dnia 4 lutego 2021 r. Zamawiający w treści obu wezwań wyraźnie wskazał także na obowiązek złożenia przez przystępującego dowodów, potwierdzających złożone wyjaśnienia.
W żaden sposób nie można było również uznać, że przedmiotowe wezwania nie wiązały się z powstaniem u zamawiającego wątpliwości w zakresie rażąco niskiej ceny. W ocenie składu orzekającego nie miała znaczenia okoliczność, że drugie wezwanie zostało *de facto* spowodowane pismem odwołującego z dnia 4 lutego 2021 r. Skoro zamawiający przekazał przedmiotowe pismo odwołującego przystępującemu oraz wezwał go do wyjaśnień w zakresie dotyczącym treści tego pisma, to należało uznać, że argumentacja z pisma odwołującego wywołała wątpliwości zamawiającego wobec ceny oferty przystępujacego. Przedmiotowe wezwanie miało konsekwencje, tak jak każde wezwanie skierowane do wykonawcy w związku z wyjaśnieniami rażąco niskiej ceny, którego podstawę prawną stanowią przepisy art. 90 ust. 1 lub 1a Pzp.
Po drugie Izba wzięła pod uwagę wyjaśnienia przystępujacego z dnia 25 stycznia oraz 9 lutego 2021 r. Pierwszą refleksją jaka nasunęła po analizie obu wyjaśnień było to, że przystępujący złożył w ich ramach ogólnikowe i gołosłowne stanowisko, co oznaczało, iż nie złożył żadnego dowodu mogącego potwierdzić, iż zaproponowana przez niego stawka roboczogodziny nie była wynikiem zaoferowania rażąco niskiej ceny. Za taki dowód nie można było uznać kosztorysu szczegółowego złożonego wraz z wyjaśnieniami z dnia 25 stycznia 2021 r. Kosztorys ten, w kontekście stawki roboczogodziny, zawierał wyłącznie wskazanie jej wartości tj. 15,50 zł, natomiast przystępujący w ramach wyjaśnień nie złożył żadnego dowodu, który odnosiłby się do realności lub rynkowości podanej stawki czy też opisywałby sposób jej ustalenia.
Jak wskazano powyżej zamawiający zwracał uwagę na konieczność załączenia dowodów potwierdzających złożone wyjaśnienia. Przystępujący dopiero na posiedzeniu przed Izbą, złożył dowody mające potwierdzać, że zaoferowana przez niego stawka roboczogodziny przekraczała wynikającą z przepisów wartość minimalną oraz nie powodowała, iż cena jego oferty była rażąco niska. Takie działanie przystępującego nie mogło doprowadzić do uznania, że wykazał on brak zaistnienia znamion rażąco niskiej ceny w odniesieniu do swojej oferty. Działanie to w kontekście wyjaśnień rażąco

niskiej ceny skład orzekający uznał za spóźnione, gdyż dokumenty przesłane po upływie terminu wskazanego w wezwaniu nie mogą mieć znaczenia dowodowego. Izba ocenia prawidłowość czynności zamawiającego odnośnie badania oferty pod kątem rażąco niskiej ceny, w sytuacji wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w tej materii, mając na uwadze treść postawionego w tym aspekcie zarzutu oraz co do zasady ograniczając materiał dowodowy wyłącznie do złożonych w odpowiedzi na to wezwanie wyjaśnień i załączonych do nich dowodów. W przeciwnym razie postępowanie odwoławcze przez Izbą można byłoby traktować jako możliwość wykorzystania „kolejnej szansy" do złożenia wyjaśnień i dowodów w zakresie rażąco niskiej ceny, co należy uznać za niedopuszczalne. W związku z tym skład orzekający pominął wszystkie dowody złożone przez przystępującego w ramach toczącego się postępowania odwoławczego, tj. już po wyjaśnieniach z dnia 9 lutego 2021 r. Dokumenty te mogły potwierdzić co najwyżej, że przystępujący, na dzień złożenia wyjaśnień, mógł złożyć adekwatne dokumenty w celu „obrony" swojej oferty, co *de facto* przemawiało na jego niekorzyść, ponieważ w kluczowym momencie dla objętego odwołaniem zagadnienia, nie dochował wynikającej z przepisów powinności, która na nim spoczywała.

Po trzecie Izba doszła do przekonania, że stanowisko przystępującego zawarte w piśmie procesowym złożonym na posiedzeniu nie było skorelowane z wyjaśnieniami udzielonymi w dniu 9 lutego 2021 r. w kontekście stawki roboczogodziny. W wyjaśnieniach z dnia 9 lutego 2021 r. przystępujący wskazał, że minimalna stawka roboczogodziny na rok 2021 wynosi 13,37 zł netto, a zaoferowana przez niego stawka wynosiła 15,50 zł netto. W piśmie procesowym przystępujący zupełnie nie odniósł się do argumentacji zawartej w ww. wyjaśnieniach. Przystępujący wskazał, że wyjściowa stawka za roboczogodzinę wynosi 16,6667 zł, a wartość minimalnej stawki godzinowej dla robót montażowych w 2021 r. wynosi po zaokrągleniu do dwóch miejsc po przecinku – 23,43 zł. Ponadto przystępujący wykazywał, że jak wynikało z udostępnionego przez zamawiającego kosztorysu inwestorskiego stawka roboczogodziny przyjęta przez zamawiającego na potrzeby sporządzenie tego kosztorysu wynosiła 17,50 zł. Nie dało się nie zauważyć, że podane powyżej stawki przekraczały wartość stawki roboczogodziny zaoferowanej przez przystępujacego. Dodatkowo skład orzekający stwierdził, że przystępujący odnosił podane w piśmie procesowym stawki do stawki roboczogodziny zaoferowanej przez odwołującego, wskazując w związku z tym, iż oferta odwołującego była również dotknięta wadą i podlegałaby odrzuceniu. Izba w żadnym razie nie mogła wziąć takiej argumentacji pod uwagę, ponieważ przedmiotem rozpoznania były zarzuty podniesione wobec oferty przystępujacego.

Tym samym Izba uwzględniła podniesiony w odwołaniu zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 90 ust. 3 Pzp wobec oferty wykonawcy K. W. .

Potwierdził się także zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 w zw. z art. 91 ust. 1 Pzp. Co prawda art. 91 ust. 1 Pzp odnosi się do czynności wyboru przez zamawiającego oferty najkorzystniejszej na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ. Jak wskazano powyżej Izba nie rozpoznawała odwołania w zakresie zarzutów skierowanych wobec oferty wybranego wykonawcy tj. wykonawcy BOGMAR i w tym zakresie umorzyła postępowanie odwoławcze, jednakże skład orzekający doszedł do przekonania, że przedmiotowy zarzut odnosił się także do nieprawidłowego badania oferty wykonawcy K. W., która została sklasyfikowana na drugim miejscu w rankingi ofert. W ocenie Izby ocena i przyznanie punktów przez zamawiającego ofercie podlegającej odrzuceniu, która była druga w rankingu, ale z realnymi szansami na jej ostateczny wybór jako oferty najkorzystniejszej, naruszało dyspozycje normy prawnej powyżej wskazanych przepisów.

Pozostałe zarzuty podlegające rozpoznaniu zostały oddalone.

Jeśli chodzi o zarzut oznaczony w pkt 3 tj. naruszenia art. 7 ust. 1 i ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 1 Izba stwierdziła, że odwołujący wskazał, iż oferta K. W. była niezgodna z Pzp, tj. art. 90 ust. 1 pkt 1 Pzp, z uwagi na zaoferowanie przez niego stawki roboczogodziny, której wartość była niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie właściwych przepisów. Treść art. 90 ust. 1 pkt 1 Pzp odnosi się do tego, że jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, w zakresie oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2018 r. poz. 2177).

Jak wynika z powyższego przyjęty przez odwołującego przepis jako żądana podstawa odrzucenia oferty przystępujacego jako niezgodnej z Pzp, tj. art. 90 ust. 1 pkt 1 Pzp wyraźnie dotyczy jednego z aspektów odnoszących się do badania oferty pod kątem rażąco niskiej ceny. Przepis art. 90 ust. 1 Pzp jednoznacznie odwołuje się do tego, że cena lub jej istotne części składowe wydają się rażąco niskie i budzą wątpliwości zamawiającego. W tym kontekście potwierdzenie się zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp i uwzględnienie odwołania w tym zakresie, w ocenie składu orzekającego, w całości skonsumowało argumentację i żądanie odwołującego, przytoczone odnośnie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 i ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 Izba stwierdziła, że odwołujący wywiódł jego potwierdzenie z postanowienia rozdziału 10 pkt 2 SIWZ. Ww. postanowienie dotyczyło obowiązku zatrudnienia przez wykonawcę lub podwykonawców na podstawie umowy o pracę wszystkich osób wykonujących czynności w zakresie w nim wskazanym. Izba stwierdziła, że odwołujący nie udowodnił, że przystępujący nie zatrudnił na umowę o pracę wszystkich osób wykonujących czynności wskazane w treści ww. postanowienia. W przypadku zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp zasada rozkładu ciężaru dowodu wynikająca z art. 6 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 nPzp spoczywała na podmiocie, który z danego faktu wywodzi skutki prawne, czyli na odwołującym. W związku z tym odwołujący powinien udowodnić, że przystępujący nie dochował obowiązku wynikającego z postanowienia zawartego w rozdziale 10 pkt 2 SIWZ. Tymczasem odwołujący nie przedstawił żadnego dowodu w tym zakresie, a całość jego argumentacji dla tego zarzutu skupiła się na zaoferowanej przez przystępującego stawce roboczogodziny. W nawiązaniu do przedmiotowego zarzutu stanowisko odwołującego, które nie zostało poparte dowodami, w ocenie Izby okazało się dalece niewystarczające w kontekście jego uwzględnienia.

Podobnie Izba oceniła ostatni zarzut wskazany w odwołaniu, dotyczący naruszania art. 7 ust. 1 i ust. 3 Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 uznk oraz art. 15 ust. 1 pkt. 1) uznk. W przypadku tego zarzutu odwołujący także nie udźwignął ciężaru dowodu jaki na nim spoczywał. Ponadto jego argumentacja, podobnie jak w odniesieniu do zarzutu opisanego powyżej, skupiła się wyłącznie wokół zaoferowanej przez przystępującego stawki roboczogodziny. Izba doszła do przekonania, że samo potwierdzenie zarzutu dotyczącego rażąco niskiej ceny nie może skutkować automatycznie uznaniem, że przystępujący złożył ofertę dopuszczając się czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu

uznk. Tymczasem stanowisko odwołującego *de facto* do tego się sprawdzało, co nie mogło doprowadzić do uwzględnienia przedmiotowego zarzutu.

W związku z powyższym Izba uznała, że odwołanie podlegało uwzględnieniu w zakresie wskazanym powyżej i na podstawie art. 553 zdanie pierwsze nPzp orzekła jak w sentencji. Zgodnie bowiem z treścią art. 554 ust. 2 pkt 1 Pzp, Izba uwzględnia odwołanie w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Potwierdzenie zarzutu wskazanego w odwołaniu powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w ww. przepisie, ponieważ zamawiający w sposób nieprawidłowy dokonał badania oferty wykonawcy K. W. i zaniechał jej odrzucenia. W kontekście braku wniesienia sprzeciwu przez wykonawcę BOGMAR wobec uwzględnienia w całości zarzutów odwołania przez zamawiającego, stwierdzone przez Izbę naruszenie, którego dopuścił się zamawiający może mieć istotny wpływ na wynik postępowania, ponieważ dotyczyło oferty sklasyfikowanej na drugiej pozycji w rankingu.

Zgodnie z art. 575 nPzp *Strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku*.
W przedmiotowej sprawie odwołanie okazało się zasadne w zakresie dwóch zarzutów i chybione w zakresie trzech zarzutów. W związku z tym kosztami postępowania w części 2/5 obciążono przystępujacego zgłaszającego sprzeciw, a w części 3/5 odwołującego. Na koszty postępowania odwoławczego składał się wpis uiszczony przez odwołującego w wysokości 10 000 zł, koszty poniesione przez odwołującego z tytułu zastępstwa przed Izbą wysokości 3 600 zł oraz koszty poniesione przez przystępującego wnoszącego sprzeciw z tytułu zastępstwa przed Izbą w wysokości 3 600 zł, zatem łącznie 17 200 zł. Przystępujący wnoszący sprzeciw poniósł dotychczas koszty postępowania odwoławczego w wysokości 3 600 zł, tymczasem odpowiadał za nie do wysokości 6 880 zł (17 200 zł x 2/5). Z kolei odwołujący podniósł do tej pory koszty w wysokości 13 600 zł (koszt wpisu oraz wynagrodzenia pełnomocnika), a odpowiadał za te koszty w kwocie 10 320 zł (17 200 zł x 3/5). Wobec powyższego Izba zasądziła od przystępującego wnoszącego sprzeciw na rzecz odwołującego kwotę 3 280 zł (13 600 zł – 10 320 zł), stanowiącą różnicę pomiędzy kosztami poniesionymi dotychczas przez odwołującego a kosztami postępowania, za jakie odpowiadał w świetle jego wyniku.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 557, 574 i 575 nPzp oraz § 5 pkt 1 i 2 lit. b) w zw. z § 7 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący:……