

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Wojciechowska

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 4 kwietnia 2024 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 marca 2024 r. przez **wykonawcę ERBUD INTERNATIONAL sp. z o.o. z siedzibą w Jasionce** w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego Uniwersytet Medyczny w Łodzi z siedzibą w Łodzi** przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – **wykonawcy SKANSKA Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie**
orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę ERBUD INTERNATIONAL sp. z o.o. z siedzibą w Jasionce i

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę ERBUD INTERNATIONAL sp. z o.o. z siedzibą w Jasionce tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego.

2.2. zasądza od wykonawcy ERBUD INTERNATIONAL sp. z o.o. z siedzibą w Jasionce na rzecz zamawiającego Uniwersytetu Medycznego w Łodzi z siedzibą w Łodzi kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione tytułem wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodniczący:

Sygn. akt KIO 905/24

Uzasadnienie

Zamawiający – Uniwersytet Medyczny w Łodzi z siedzibą w Łodzi - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. 2023 r., poz. 1605 z późn. zm. – dalej „ustawa pzp”), pn. „Budowa Budynku Radioterapii w ramach Drugiego etapu Centrum Kliniczno-Dydaktycznego Uniwersytetu Medycznego w Łodzi wraz z Akademickim Ośrodkiem Onkologicznym – roboty wykończeniowe”, nr postępowania: ZP/90/2023. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 16 sierpnia 2023 r., za numerem 2023/S 156-498397.

W dniu 18 marca 2024 r. odwołanie wniósł wykonawca ERBUD INTERNATIONAL sp. z o.o. z siedzibą w Jasionce – dalej Odwołujący. Odwołujący wniósł odwołanie wobec:

- 1) zaniechania przez Zamawiającego odrzucenia oferty SKANSKA S.A. z siedzibą w Warszawie, dalej SKANSKA lub Przystępujący,
- 2) dokonania wyboru oferty SKANSKA jako najkorzystniejszej oferty złożonej w postępowaniu.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy pzp w zw. z art. 16 ustawy pzp w zw. z § 2 Rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 14 września 2023 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2024 r., dalej Rozporządzenie, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy SKANSKA jako oferty, która zawiera cenę lub jej istotne elementy składowe rażąco niskie, wykazujące wprost niezgodność z przepisami art. 224 ust. 3 pkt 4 ustawy pzp oraz art. 224 ust. 3 pkt 6 ustawy pzp, bowiem istotne części składowe ceny zawarte w kosztorysach nakładczych SKANSKA (dołączonych do oferty) są rażąco niskie, co stanowi również naruszenie zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców w postępowaniu, w sytuacji w której SKANSKA została wezwana na podstawie art. 224 ust. 1, 3 i 4 ustawy pzp przez Zamawiającego do wyjaśnienia tych pozycji, w których SKANSKA wykazała, iż ustaliła cenę 1 roboczogodziny kosztorysowej poniżej wartości wynikających z przepisów o minimalnym wynagrodzeniu za pracę, natomiast SKANSKA w swoich wyjaśnieniach nie przedstawiła informacji oraz dowodów dotyczących wszystkich stawek roboczogodziny kosztorysowej poniżej wartości wynikających z przepisów o minimalnym wynagrodzeniu za pracę, tj. nie obaliła domniemania rażąco niskich istotnych elementów ceny oraz kosztów opisanego w art. 224 ust. 5 ustawy pzp;

2. art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy SKANSKA jako oferty, której treść

jest niezgodna z warunkami zamówienia, wskazanymi postanowieniami SWZ, tj. Rozdziałem XIV „Sposób obliczenia ceny” pkt 14.1., 14.2., 14.3. oraz 14.7.;

3. art. 226 ust.1 pkt 7 ustawy pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy SKANSKA jako oferty, która została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;

4. art. 239 ust. 1 i 2 ustawy pzp poprzez dokonanie przez Zamawiającego wyboru, jako oferty najkorzystniejszej, oferty SKANSKA, która podlega odrzuceniu.

Odwołujący w oparciu o wyżej wskazane zarzuty wniósł o uwzględnienie odwołania, jak również nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty Wykonawcy SKANSKA;
- 2) odrzucenia oferty SKANSKA, na podstawie: art. 224 ust. 6 ustawy pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy pzp; oraz art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp; oraz art. 226 ust.1 pkt 7 ustawy pzp;
- 3) dokonania powtórnej oceny i wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ofert nieodrzuconych i złożonych przez wykonawców niewykluczonych z niniejszego postępowania.

Odwołujący uzasadniając odwołania wskazał, że przygotowując i składając ofertę w toku postępowania (w tym uzupełniając kosztorysy nakładcze) wykonawcy powinni byli uwzględnić wszystkie koszty w swojej kalkulacji, w tym „koszty pracy”, jakie wykonawca – będący pracodawcą – powinien ponosić w związku z zatrudnieniem pracowników zaangażowanych w realizację prac, w szczególności w odniesieniu do prac, o których mowa w § 21 wzoru umowy, gdyż Zamawiający wprost wymaga, aby te prace były realizowane przez osoby zatrudnione na podstawie umowy o pracę przez wykonawcę lub podwykonawcę. W konsekwencji koszty pracy w zakresie wskazanym w § 21 wzoru umowy stanowiące podstawę kalkulacji ceny oferty nie mogą być niższe od minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz winny być zgodne z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie. Zgodnie z Rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 14 września 2023 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2024 r., minimalne wynagrodzenie za pracę obowiązujące od 1 stycznia 2024 r. wynosi 4.242,00 zł (brutto), zaś stawka godzinowa w wysokości 27,70 zł (brutto). Jednocześnie przy kalkulacji ceny oferty wykonawca winien uwzględnić przepisy z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązujące w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie (art. 224 ust. 3 pkt 6 ustawy pzp). Odwołujący podniósł, że wypełniając kosztorysy nakładcze i określając cenę oferty SKANSKA w odniesieniu do szeregu prac realizowanych przez osoby wykonujące roboty budowlane przyjęła ceny jednostkowe za 1 roboczogodzinę poniżej stawki godzinowej za pracę obowiązującej od 1 stycznia 2024 r., tj. poniżej 27,70 zł (brutto), co potwierdza załączone zestawienie cen jednostkowych zawartych w kosztorysie nakładczym złożonym wraz z ofertą przez SKANSKA. W skrajnych przypadkach ceny jednostkowe zaoferowane przez SKANSKA wynoszą:

- Kosztorys 2.1.–poz. 48 Robotnicy (ATH 31) (ATH 36) (ATH 28) (ATH 28) – 1,12 zł (!);
- Kosztorys 2.1. poz. 55 Robotnicy (ATH 31) (ATH 36) (ATH 39) (ATH 27) (ATH 29) – 1,12 zł (!);
- Kosztorys 2.1. poz. 62 Robotnicy (ATH 31) (ATH 36) (ATH 28) (ATH 28) – 13,38 zł (!);
- Kosztorys 2.1. poz. 115 Posadzkarze gr. III (ATH 24) (ATH 30) (ATH 24) (ATH 24) - 11,15 zł (!);
- Kosztorys 2.1. poz. 124 Robotnicy (ATH 23) (ATH 22) (ATH 19) (ATH 22) – 16,73 zł (!);
- Kosztorys 2.4. poz. 32 Monter-instalator–grupa V - 6,69 zł (!);
- Kosztorys 2.4. poz. 64 Robotnicy – 1,12 zł (!);
- Kosztorys 2.4. poz. 70 Robotnicy – 11,60 zł (!);
- Kosztorys 2.9. poz. 26 Robotnicy gr. I – 11,15 zł (!).

Takie zachowanie SKANSKA stanowi naruszający podstawowe prawa pracownicze nieuczciwy dumping cenowy, gdyż zakłada zaangażowanie do realizacji zamówienia osób, które za wykonanie prac w skrajnym przypadku otrzymają jedynie 1/14 (!) minimalnej stawki godzinowej wynagrodzenia za pracę.

Dowód: Zestawienie cen jednostkowych zawartych w kosztorysach nakładczych SKANSKA.

Pomimo zaistnienia powyższego stanu rzeczy Zamawiający pismem z dnia 23 stycznia 2024 r. dokonał wyboru oferty SKANSKA jako najkorzystniejszej oferty złożonej w postępowaniu. Ww. czynność Zamawiającego została zaskarżona przez Odwołującego poprzez wniesienie odwołania do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. Wyrokiem z 20 lutego 2024

r., KIO 362/24, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła „(...) odwołanie w części dotyczącej zarzutu z punktu III. 1) petitum odwołania i nakazuje Zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym wezwanie wykonawcy Skanska S-A. z siedzibą w Warszawie - na podstawie art. 224 ust. 1 w zw. z art. 224 ust. 3 i 4 ustawy Prawo zamówień publicznych - do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych, w szczególności w zakresie przyjętych do wyliczenia ceny oferty kosztów pracy oraz stawek roboczogodziny wynikających z kosztorysów nakładczych dołączonych do oferty”. Na 18 stronie uzasadnienia ww. wyroku Krajowa Izba Odwoławcza doprecyzowała, że: „Przedmiotem badania i postępowania wyjaśniającego winy być w szczególności te pozycje, w których wykonawca wykazał, że ustalił cenę 1 roboczogodziny kosztorysowej poniżej wartości wynikających z przepisów o minimalnym wynagrodzeniu za pracę [tj. poniżej 27,70 zł – dopisek autora]”. W uzasadnieniu ww. wyroku Izba stwierdziła, że „Izba oddaliła pozostałe zarzuty odwołania, które Odwołujący podnosił w związku z obliczeniem ceny oferty przez wykonawcę Skanska S.A., tj. zarzuty zaniechania odrzucenia oferty tego wykonawcy na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5, 7 i 8 ustawy Pzp, jako przedwczesne na tym etapie postępowania. Dopiero ocena wyjaśnień złożonych przez wykonawcę Skanska S.A. w trybie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, pozwoli na ustalenie czy w istocie ziściły się przesłanki do odrzucenia oferty w/w wykonawcy w oparciu o powołane powyżej przepisy prawa”. Pismem z 27 lutego 2024 r. Zamawiający „Zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 lutego 2024 r. sygn. akt KIO 362/24 oraz na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych, Zamawiający wzywał Wykonawcę [SKANSKA – przypis autora] do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych, w szczególności przyjętych do wyliczenia ceny oferty kosztów pracy oraz stawek roboczogodziny wynikających z kosztorysów dołączonych do oferty. Odwołujący podkreślił, że zarówno treść ww. wyroku Krajowej Izby Odwoławczej jak i pisma Zamawiającego dotyczyła wszystkich pozycji, w których SKANSKA wykazała, że ustaliła cenę 1 roboczogodziny kosztorysowej poniżej wartości wynikających z przepisów o minimalnym wynagrodzeniu za pracę, tj. poniżej 27,70 zł. Co istotne, ani ww. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej ani czynność Zamawiającego wezwania SKANSKA do wyjaśnień nie zostały zaskarżone, a co za tym idzie należy domniemywać, że nie budziły one żadnych wątpliwości po stronie SKANSKA. Pismem z 4 marca 2024 r. SKANSKA w odpowiedzi na ww. wezwanie Zamawiającego, przedstawiła rzekome wyjaśnienia oraz dowody dotyczące kalkulacji ceny, co następnie doprowadziło do wadliwej, zaskarżonej niniejszym odwołaniem czynności wyboru w dniu 8 marca 2024 r. przez Zamawiającego oferty SKANSKA jako najkorzystniejszej oferty złożonej w postępowaniu. Odwołujący podniósł, że do wyjaśnień SKANSKA/ złożyła jedynie dokumenty złożone już w toku postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą pod sygn. akt KIO 362/24, które nie odnosiły się do wszystkich pozycji kosztorysowych, które w ocenie Krajowej Izby Odwoławczej SKANSKA powinna wyjaśnić (tj. nie odnosiły się do wszystkich pozycji, w których SKANSKA wykazała, że ustaliła cenę 1 roboczogodziny kosztorysowej poniżej wartości wynikających z przepisów o minimalnym wynagrodzeniu za pracę, tj. poniżej 27,70 zł). Odwołujący zaznaczył, iż Zamawiający w przedmiotowej sprawie pomimo skorzystania z procedury, o której mowa w art. 224 ust. 1 w zw. z art. 224 ust. 3 ustawy pzp, nie dokonał prawidłowej oceny odpowiedzi wykonawcy SKANSKA na wezwanie zamawiającego do przedstawienia sposobu kalkulacji ceny oferty, w szczególności w zakresie określonym art. 224 ust. 4 ustawy pzp, poprzez wyjaśnienie, dlaczego ceny jednostkowe za prace przyjęte w kosztorysach SKANSKA złożonych wraz z ofertą są niższe od stawki godzinowej za pracę obowiązującej od 1 stycznia 2024 r., w szczególności w odniesieniu do § 21 wzoru umowy, na podstawie którego Zamawiający wymaga zatrudnienia osób na podstawie umowy o pracę przez Wykonawcę lub podwykonawcę wykonujących czynności w zakresie realizacji zamówienia, opisane w dokumentacji projektowej i kosztorysach ofertowych, tj. czynności związane z wykonywaniem robót budowlanych w branżach: a) Architektura i Konstrukcja; b) Instalacje elektryczne: wewnętrzne, zewnętrzne, BMS - o ile będą realizowane w ramach przedmiotu umowy; c) Instalacje teletechniczne: System Sygnalizacji Pożaru (SSP), System Audio-Wizualny (AV), System Kontroli Dostępu (SKD), System Nadzoru Telewizyjnego (CCTV), System Sygnalizacji Włamania i Napadu (SSWiN), System Rezerwacji Sal, System Zliczający, System kolejkowy, sieć okablowania strukturalnego, urządzenia aktywne LAN – o ile będą realizowane w ramach przedmiotu umowy; d) Instalacje sanitarne: instalacja wod. – kan. wewnętrzna i zewnętrzna, wentylacja i klimatyzacja, instalacja c.o. i c.t., węzeł cieplny, gazy medyczne, poczta pneumatyczna – o ile będą realizowane w ramach przedmiotu umowy. Dokonując prawidłowej oceny treści pisma SKANSKA z 4 marca 2024 r. Zamawiający zdaniem Odwołującego powinien dojść do przekonania, że:

a) SKANSKA nie przedstawiła Zamawiającemu wyjaśnień, które zawierałoby odniesienie się przez SKANSKA do wszystkich tych pozycji, w których SKANSKA wykazała, że ustaliła cenę 1 roboczogodziny kosztorysowej poniżej wartości wynikających z przepisów o minimalnym wynagrodzeniu za pracę [tj. poniżej 27,70 zł – dopisek autora]; oraz

b) nie ustosunkowała się do wszystkich wymagających wyjaśnienia kwestii wskazanych w piśmie Zamawiającego z 27 lutego 2024 r.;

a zatem oferta SKANSKA powinna zostać odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy pzp. Dołączone do odwołania zestawienie cen jednostkowych zawartych w kosztorysach nakładczych SKANSKA wskazuje, że SKANSKA odniosła się tylko do niewielkiej części ze stawek roboczogodzin zakwestionowanych przez Krajową Izbę Odwoławczą w sprawie pod sygn. KIO 362/24.

UZASADNIENIE ZARZUTU NARUSZENIA ART. 226 UST.1 PKT 8 PZP W ZW. Z ART. 16 PZP W ZW. Z ROZPORZĄDZENIA

Odwołujący zaznaczył, że w okolicznościach niniejszej sprawy w wyroku z 20 lutego 2024r., KIO 362/24 przesądzona została okoliczność, że: „W ocenie Izby w niniejszej sprawie potwierdził się zarzut naruszenia art. 224 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie przez Zamawiającego zażądania od wykonawcy Skanska S.A. wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia zawartych w ofercie tego wykonawcy ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych, w sytuacji, w której istotne części składowe ceny zawarte w kosztorysach nakładczych (dołączonych do oferty) wydają się być rażąco niskie (...). Jak Odwołujący wykazał - w szczególności w załączonym do odwołania dokumencie „Zestawienie cen jednostkowych zawartych w kosztorysach nakładczych SKANSKA” - wykonawca Skanska S.A. do wyliczenia kosztów robocizny (stanowiących podstawę obliczenia cen jednostkowych poszczególnych pozycji kosztorysowych) przyjął cenę jednostkową 1 roboczogodziny poniżej 27,70 zł, tj. poniżej stawki godzinowej za pracę obowiązującej od 1 stycznia 2024 roku. Powyższe oczywiście znajduje odzwierciedlenie w kosztorysach nakładczych, załączonych przez wykonawcę Skanska S.A. do oferty. Podkreślić należy, że takie oszacowanie dotyczyło wielu pozycji z zestawienia robocizny w kolejnych kosztorysach, w szczególności w kosztorysach: 2.1., 2.4., 2.8. i 2.9, zaś w kosztorysach 2.3. i 2.10. - 1 pozycja z zestawienia robocizny (...). W sytuacji, gdy wartość wielu pozycji kosztorysowych została ustalona przez wykonawcę w oparciu o stawkę 1 roboczogodziny, która jest mniejsza niż minimalna stawka godzinowa, ustalona na podstawie właściwych przepisów, to przeprowadzenie postępowania wyjaśniającego przez Zamawiającego w tym zakresie należy uznać za konieczne i niezbędne. Nie jest bowiem tak jak argumentował Zamawiający, że w przedmiotowej sprawie nie wystąpiły przesłanki dające Zamawiającemu podstawy do powzięcia wątpliwości, że zaoferowana przez wykonawcę Skanska S.A. cena jest rażąco niska i w rezultacie nie wystąpiły przesłanki wezwania do złożenia wyjaśnień przez tego wykonawcę w trybie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp. (...) Jednakże - w ocenie Izby - powinno być to przedmiotem wyjaśnień przeprowadzonych przez Zamawiającego w trybie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp. Podkreślić należy, że ustawodawca zwraca szczególną uwagę na konieczność zgodności wyliczenia ceny oferty lub kosztu pod kątem zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy. (...) Otóż, za istotną część składową ceny oferty w przedmiotowym postępowaniu niewątpliwie należy uznać koszty robocizny, które są kwestionowane przez Odwołującego. Odwołujący zwrócił uwagę na wątpliwości dotyczące wielu z pozycji z zestawień kosztów robocizny w odniesieniu do praktycznie wszystkich kosztorysów nakładczych, w których takie koszty były ujmowane. Wątpliwości te są uzasadnione z uwagi na przyjęcie stawki roboczogodziny poniżej 27,70 zł, czyli poniżej minimalnej stawki godzinowej, ustalonej na podstawie przepisów o minimalnym wynagrodzeniu za pracę. Zaistniałe wątpliwości są tego rodzaju, że powodują one, iż po stronie Zamawiającego zaistniał obowiązek wyjaśnienia tej kwestii. Innymi słowy, przesądzają one o ziszczeniu się przesłanek, o których mowa w art. 224 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający dokonując oceny kosztorysów nakładczych, złożonych wraz z ofertą przez wykonawcę Skanska S.A., mógł i powinien był powziąć uzasadnione wątpliwości, co do tego czy cena oferty, została ustalona zgodnie z wymaganiami wynikającymi z odrębnych przepisów, w tym z przepisów o minimalnym wynagrodzeniu za pracę. Podkreślić też należy, że koszty robocizny przy robotach budowlanych - co do zasady należy uznać za istotną część składową ceny oferty. W omawianej sprawie, w szczególności z uwagi na zakres (wielość) kwestionowanych pozycji z poszczególnych zestawień kosztów robocizny, należało bez wątpienia uznać, że stanowią one istotną część składową ceny oferty. Izba nie podziela także argumentacji, że skoro Odwołujący nie wykazał, w jaki sposób w jego ocenie - ceny robocizny miałyby kształtować ceny jednostkowe dla poszczególnych pozycji kosztorysowych, to odwołanie nie jest zasadne, ponieważ dla Zamawiającego istotne są ceny jednostkowe dla poszczególnych pozycji kosztorysowych. Oczywiście jest bowiem, że koszty robocizny mają istotne znaczenie dla ustalenia cen jednostkowych poszczególnych pozycji kosztorysowych. Nadto, sam Zamawiający, zgodnie z punktem 12.1. podpunkt 3) SWZ wymagał od wykonawców złożenia wraz z ofertą szczegółowych kosztorysów ofertowych, z zestawieniami robocizny, materiałów i sprzętu, sporządzonymi w oparciu o załączniki nr 2.01-2.11 do SWZ. Tym samym, Zamawiający powinien poddać badaniu i ocenie kosztorysy ofertowe, które obejmowały, zgodnie z jego wymaganiami, również zestawienia robocizny, materiałów i sprzętu. A w konsekwencji, skoro z zestawień kosztów robocizny wynika, że wykonawca wielokrotnie przyjmował do ustalenia cen jednostkowych poszczególnych kosztorysów cenę 1 roboczogodziny poniżej minimalnej stawki godzinowej pracowników, ustalonej na podstawie przepisów o minimalnym wynagrodzeniu za pracę, to jak to już wskazano powyżej, powinno to wzbudzić uzasadnione wątpliwości Zamawiającego odnośnie możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami wynikającymi z odrębnych przepisów, w szczególności przepisów dotyczących kosztów pracy. Zatem, Zamawiający był

zobowiązany do żądania od wykonawcy Skanska S.A. wyjaśnień w odniesieniu do ceny oferty (jej istotnych części składowych), skoro pojawiły się uzasadnione wątpliwości odnośnie zgodności oferty z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, a zwłaszcza z przepisami dotyczącymi minimalnego wynagrodzenia za pracę”.

Konsekwencją powyższego wyroku było wezwanie wysłane przez Zmawiającego do SKANSKA pismem z 27 lutego 2024r., w którym Zamawiający zażądał od SKANSKA na podstawie art. 224 ust. 1 w zw. z art. 224 ust. 3 i 4 ustawy pzp do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych, w szczególności w zakresie przyjętych do wyliczenia ceny oferty kosztów pracy oraz stawek roboczogodziny wynikających z kosztorysów nakładczych dołączonych do oferty, w szczególności dotyczących wszystkich tych pozycji, w których SKANSKA wykazała, że ustaliła cenę 1 roboczogodziny kosztorysowej poniżej wartości wynikających z przepisów o minimalnym wynagrodzeniu za pracę [tj. poniżej 27,70 zł – dopisek autora]. Zachowanie SKANSKA polegające na wysłaniu pisma z 4 marca 2024 r. należy zdaniem Odwołującego uznać za pozorne i niespełniające warunków wskazanych w art. 224 ust. 3-6 ustawy pzp. Wyjaśnienia SKANSKA dotyczą jedynie niewielkiej części wszystkich kwestionowanych stawek roboczogodzin (wyjaśniono tylko 22 pozycje kwestionowanych stawek roboczogodziny a nie wyjaśniono 105 pozycji), są gołosłowne i niepoparte żadnymi dowodami. Nadto, Odwołujący wskazał, że SKANSKA nie przedstawiła żadnych dowodów na to, że w odniesieniu do stawek roboczogodzin (stanowiących przedmiot wyjaśnień SKANSKA) uwzględnione zostały koszty pracy równe co najmniej minimalnemu poziomowi, zgodnie z obowiązującymi w tym zakresie przepisami prawa, a także wiążące pracodawcę przepisy poniższych aktów prawnych: 1) ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. Kodeks pracy; 2) ustawy z dnia 13 października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych; 3) ustawy z dnia 30 października 2002 r. o ubezpieczeniu społecznym z tytułu wypadków przy pracy i chorób zawodowych oraz wydanego w delegacji do tej ustawy – rozporządzenia Ministra Rodziny i Polityki Społecznej z dnia 16 marca 2021 r. zmieniające rozporządzenie w sprawie różnicowania stopy procentowej składki na ubezpieczenie społeczne z tytułu wypadków przy pracy i chorób zawodowych w zależności od zagrożeń zawodowych i ich skutków (Dz.U. z dnia 17 marca 2021 r. poz. 489), 4) ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (t.j. Dz.U. z 2020 r. poz. 2207), 5) rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 14 września 2023 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2024 r. a także przepisów dotyczących zabezpieczenia społecznego oraz rozliczania podatku dochodowego od osób fizycznych. Z wyjaśnień SKANSKA nie wynika w szczególności prawidłowość wyliczenia stawek roboczogodzin w zakresie prac dotyczących:

- montażu ponad 237 sztuk drzwi różnego typu;
- wykonania izolacji pionowej z folii w płynie;
- gruntowania dwukrotnego podłoża;
- montażu wykładzin podłogowych i okładzin ściennych;
- montażu sufitów podwieszanych.

Wykonanie ww. prac wedle stawek roboczogodziny zaoferowanych przez SKANSKA nie jest możliwe w czasie przyjętym przez Zamawiającego przy założeniu zapłaty osobom wykonującym te prace wynagrodzenia w wysokości zgodnej z przepisami o minimalnym wynagrodzeniu. Wyjaśnienia SKANSKA nie zawierają w ogóle odniesienia się do poniższych zagadnień wymaganych na podstawie art. 224 ust. 3 i 4 ustawy pzp przez Zamawiającego:

- 1) zarządzania procesem produkcji, świadczonych usług lub metody budowy;
- 2) wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków związanych z realizacją robót budowlanych;
- 3) oryginalności robót budowlanych oferowanych przez wykonawcę;
- 4) zgodności z przepisami dotyczącymi 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) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie;
- 5) zgodności z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej;
- 6) zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;
- 7) zgodności z przepisami z zakresu ochrony środowiska;
- 8) wypełniania obowiązków związanych z powierzeniem wykonania części zamówienia podwykonawcy.

Co istotne, przedsiębiorca zatrudniający nielegalnie pracowników – tzn. z ominięciem przepisów o zatrudnianiu osób na podstawie umowy o pracę – dopuszcza się czynów bezprawnych. Zgodnie z art. 281 Kodeksu pracy, może to być grzywna od 1 do 30 tys. zł. Z kolei za niezgłoszenie pracownika do ZUS może zostać nałożona kara do 5 tys. zł (art. 98 ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych). Zatrudnianie „na czarno”, tj. z naruszeniem obowiązujących przepisów dotyczących zatrudnienia, może też skutkować sankcjami z kodeksu karnego skarbowego. Przedsiębiorca, który zatrudnia pracownika, pełni bowiem obowiązki płatnika. Czyli odpowiada za obliczenie zaliczki na podatek dochodowy od osób fizycznych i odprowadzenie jej do urzędu. Jeśli nie dopełni tych obowiązków, grozi mu grzywna. W zależności od skali procederu może to być kilkanaście albo nawet kilkadziesiąt tysięcy złotych. Rekapitulując powyższe rozważania, oferta SKANSKA nie tylko powinna zostać odrzucona na podstawie art. 224 ust. 6 ustawy pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy pzp, ale również na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 3 ustawy pzp, gdyż w zakresie określenia ceny jest niezgodna z przepisami prawa pracy, określającymi zasady ubezpieczenia społecznego oraz podatku dochodowego od osób fizycznych i w konsekwencji osób prawnych. Poza własnym oświadczeniem, SKANSKA nie przedstawiła oświadczeń podwykonawców (a także innych podmiotów, z których potencjału zamierza korzystać przy wykonaniu zamówienia objętego postępowaniem), których oferty dołączyła do wyjaśnień, potwierdzających, iż zaoferowane przez tych podwykonawców stawki roboczogodzin obejmują koszty pracy równe co najmniej minimalnemu poziomowi, zgodnie z obowiązującymi w tym zakresie przepisami prawa. Z oświadczenia SKANSKA dołączonego do pisma SKANSKA z 4 marca 2024 r. wynika jedynie, na co zwrócono uwagę w uzasadnieniu wyroku z 20 lutego 2024 r., KIO 362/24 „(...) że [samo stwierdzenie, iż – dopisek autora] wszyscy pracownicy tej firmy [SKANSKA S.A. NIP: 7780001070 - dopisek autora] są zatrudnieni z co najmniej minimalnym wynagrodzeniem za pracę nie ma znaczenia dla rozstrzygnięcia tej sprawy, albowiem w żaden sposób nie potwierdza on prawidłowości kalkulacji ceny oferty. Okoliczność, że dany wykonawca zatrudnia pracowników z minimalnym wynagrodzeniem za pracę nie przesądza bowiem o tym, że w ramach kalkulacji ceny oferty, minimalne wynagrodzenie za pracę zostało uwzględnione”; z ww. oświadczenia nie wynika natomiast, że pracownicy SKANSKA, którzy zostaną zaangażowani w realizację zamówienia objętego postępowaniem, będą zatrudnieni z minimalnym wynagrodzeniem zgodnym z przepisami prawa powszechnie obowiązującego. Z załączonego do niniejszego odwołania zestawienia wynika, że do szeregu stawek roboczogodzin, co do których SKANSKA ustaliła cenę 1 roboczogodziny kosztorysowej poniżej wartości wynikających z przepisów o minimalnym wynagrodzeniu za pracę, nie przedstawiono żadnych dowodów ani wyjaśnień uzasadniających ustalenie przez SKANSKA ceny 1 roboczogodziny kosztorysowej o wysokości niższej, niż wynikająca z przepisów o minimalnym wynagrodzeniu za pracę. Niewykonanie obowiązku nałożonego przez Zamawiającego wezwaniem z 27 lutego 2024 r. przez SKANSKA ma charakter rażący, tj. jest widoczne na pierwszy rzut oka i nie wymaga przeprowadzenia jakiegokolwiek szerszej analizy. Treść wyjaśnień przedstawionych przez SKANSKA pozwala na stwierdzenie, iż:

- SKANSKA nie przedstawiła Zamawiającemu wyjaśnienia wszystkich kwestionowanych pozycji kosztorysowych (co do których ustalona została przez SKANSKA stawka 1 roboczogodziny mniejsza niż minimalna stawka godzinowa), w tym umożliwiających analizę kosztorysów ofertowych obejmujących, zgodnie z wymaganiami Zamawiającego, również zestawienia robocizny, materiałów i sprzętu;
- pomimo ziszczenia się przesłanki do żądania wyjaśnień od wykonawcy w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu (lub ich istotnych części składowych), SKANSKA nie przedstawiła żadnych wyjaśnień oraz dowodów w zakresie zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy i zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;
- SKANSKA nie udowodniła, że stawki roboczogodziny zawarte w kosztorysach Skanska złożonych wraz z ofertą uwzględniają zostały koszty pracy równe co najmniej minimalnemu poziomowi, zgodnie z obowiązującymi w tym zakresie przepisami prawa, a także wiążące pracodawcę przepisy poniższych aktów prawnych: 1) ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. Kodeks pracy; 2) ustawy z dnia 13 października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych; 3) ustawy z dnia 30 października 2002 r. o ubezpieczeniu społecznym z tytułu wypadków przy pracy i chorób zawodowych oraz wydanego w delegacji do tej ustawy – rozporządzenia Ministra Rodziny i Polityki Społecznej z dnia 16 marca 2021 r. zmieniające rozporządzenie w sprawie różnicowania stopy procentowej składki na ubezpieczenie społeczne z tytułu wypadków przy pracy i chorób zawodowych w zależności od zagrożeń zawodowych i ich skutków (Dz.U. z dnia 17 marca 2021 r. poz. 489), 4) ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (t. j. Dz.U. z 2020 r. poz. 2207), 5) rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 14 września 2023 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2024 r., a także przepisów dotyczących zabezpieczenia społecznego oraz rozliczania podatku dochodowego od osób fizycznych. Powołał się na wyrok z dnia 9 listopada 2023 r., KIO 3191/23, wyrok z dnia 10 marca 2023 r., KIO 500/23; wyrok z dnia 10 sierpnia 2023 r., KIO 2145/23; wyrok z dnia 28 kwietnia 2023 r., KIO 983/23; wyrok z dnia 24 stycznia 2023 r., KIO 68/23; wyrok z dnia 21 marca 2023 r., KIO 604/23). Rekapitulując powyższe rozważania Odwołujący stwierdził, że SKANSKA nie obaliła

domniemania rażąco niskich części składowych ceny oraz kosztów powstałego na skutek wysłania przez Zamawiającego do SKANSKA, w ślad za wyrokiem z 20 lutego 2024 r., KIO 362/24, wezwania z dnia 27 lutego 2024 r. Odpowiedź SKANSKA na wezwanie Zamawiającego jest niekompletna, ogólnikowa i nie zawiera dowodów potwierdzających fakt, że stawki roboczogodziny zawarte w kosztorysach złożonych przez SKANSKA wraz z ofertą są zgodne z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, a także musi być zgodna z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, co bezpośrednio wynika z art. 224 ust. 3 pkt 4 i 6 ustawy pzp. W tym stanie rzeczy Zamawiający powinien był odrzucić ofertę SKANSKA, a zaniechanie tej czynności uzasadnia postawienie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust.1 pkt 8 ustawy pzp w zw. z art. 16 PZP w zw. z § 2 Rozporządzenia, który osiągając korzyść w postaci wyboru tańszej oferty potencjalnie też może ponosić solidarna odpowiedzialność ze SKANSKA z tytułu nieprzestrzegania przepisów dotyczących minimalnego wynagrodzenia, zatrudnienia na podstawie umowy o pracę oraz odprowadzania składek na ubezpieczenie społeczne.

UZASADNIENIE ZARZUTU NARUSZENIA ART. 226 UST. 1 PKT 5 PZP

Odwolujący wskazał, że czynność oceny i wyboru oferty SKANSKA dokonana przez Zamawiającego obarczona jest wadą, bowiem Zamawiający w oparciu o lakoniczne wyjaśnienia SKANSKA nie mógł ustalić, zgodnie z Rozdziałem XIV SWZ „Sposób obliczenia ceny” pkt 14.7. SWZ, czy w cenie ofertowej SKANSKA ujęła wszystkie przewidywane koszty związane z realizacją zamówienia, w tym koszty zatrudnienia pracowników na podstawie umowy o pracę z minimalnym wynagrodzeniem, podatek VAT naliczony zgodnie z obowiązującymi przepisami, koszty transportu i obsługi, oraz wszystkie inne koszty wynikające z zapisów SWZ i wzoru umowy, bez których realizacja zamówienia nie byłaby możliwa. W tym stanie rzeczy Zamawiający dopuścił się naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy SKANSKA jako oferty, której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia, wskazanymi postanowieniami SWZ, tj. Rozdziałem XIV „Sposób obliczenia ceny” pkt 14.1., 14.2., 14.3., 14.7.

UZASADNIENIE ZARZUTU NARUSZENIA ART. 226 UST.1 PKT 7 PZP

Odwolujący podniósł, że zgodnie z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, 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. Z uwagi na nieobalenie przez SKANSKA domniemania rażąco niskich części składowych ceny oraz kosztów powstałego na skutek wysłania przez Zamawiającego do SKANSKA, w ślad za wyrokiem z 20 lutego 2024 r., KIO 362/24, wezwania z dnia 27 lutego 2024 r., Zamawiający powinien dokonać również oferty SKANSKA przez pryzmat treści art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Istnieją uzasadnione wątpliwości co do tego, czy zaoferowane przez SKANSKA ceny jednostkowe są cenami ustalonymi poniżej rzeczywistych kosztów prac, w szczególności poniżej stawki godzinowej minimalnego wynagrodzenia za pracę obowiązującej od 1 stycznia 2024 r. Natomiast SKANSKA nie przedstawiła żadnych dowodów, które wyjaśniłyby zgodność z prawem przyjętych przez SKANSKA stawek 1 roboczogodzin poniżej wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę. Co istotne, Zamawiający zawarł opisane w pkt 3 uzasadnienia niniejszego odwołania klauzule społeczne, które wymagają od wykonawców ubiegających się o realizację zamówienia zatrudnienie do realizacji robót budowlanych pracowników na podstawie umowy o pracę. Główne korzyści społeczne, które można osiągnąć dzięki stosowaniu tych klauzul społecznych, to: promowanie godnej pracy, poszanowanie praw człowieka i prawa pracy, zwiększanie bezpieczeństwa socjalnego pracowników, zwiększanie zatrudnienia osób zagrożonych społecznym wykluczeniem oraz wsparcie integracji społecznej i zawodowej tych osób, wspieranie rozwoju ekonomii społecznej, promocja równych szans oraz zasady „dostępny i przeznaczony dla wszystkich”, włączenie zrównoważonych kryteriów wraz z uwzględnieniem kwestii uczciwego i etycznego handlu, ułatwianie dostępu do przestrzeni, budynków czy usług publicznych wszystkim obywatelom, w tym osobom z niepełnosprawnościami. Za czyn nieuczciwej konkurencji może zostać uznane manipulowanie ceną lub jej częściami składowymi w celu uzyskania lepszej punktacji w przetargu. Jednocześnie, za przejaw manipulacji cenowej uznawane jest nie tylko przyjmowanie rażących dysproporcji w stosunku do kosztu poszczególnych cen składowych oferty – w niegodziwym celu – wyeliminowania w ten sposób konkurencji, ale wszelkie znaczące i wyraźnie wskazujące na taki zamiar – odstępstwa od prawidłowego kalkulowania cen – bez powiązania z ich realnymi kosztami uzyskania (por. wyrok KIO z 28 marca 2017 r., sygn. akt KIO 473/17). Zaoferowanie towaru poniżej kosztów jego zakupu, czy to w odniesieniu do ceny łącznej czy też do poszczególnych części składowych ceny, jako że ma zawsze wpływ na wynik postępowania, powinno być rozpatrywane w kategoriach czynu nieuczciwej konkurencji (dumping cenowy), a w konsekwencji może być przyczyną odrzucenia oferty danego wykonawcy. Co istotne, w swoim piśmie z 4 marca 2024 r. SKANSKA przyznała, że „Skanska oświadcza, że zmniejszona stawka roboczogodziny w jej kalkulacjach wynika z dostosowania tej pozycji do realnych

nakładów pracy. Intencją Skanska było przedstawienie rzeczywistego nakładu pracy niezbędnego do realizacji danych robót przy zachowaniu cen rynkowych materiałów, stąd przyjęto stawki roboczogodziny kosztorysowej w oparciu o własne kalkulacje sporządzone na potrzeby konkretnej realizacji, tak aby możliwe było przedstawienie rzeczywistej wartości zamówienia". Powyższe oświadczenie SKANSKA potwierdza, że SKANSKA dokonała manipulacji cenowych w zakresie istotnych elementów ceny. W niniejszej sprawie uzasadniony jest zarzut, że SKANSKA nieprawidłowo skalkulowała istotne elementy ceny, w oderwaniu od określonych przepisami prawa minimalnych kosztów zatrudnienia pracowników na podstawie umowy o pracę, co uzasadnia zarzut popełnienia przez SKANSKA czynu nieuczciwej konkurencji, o którym mowa w art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W taki sposób SKANSKA doprowadziła bowiem do zaniżenia swojej ceny, co miało wpływ na wynik postępowania, gdyż zaoferowana przez SKANSKA cena jest najniższą w postępowaniu i w związku z tym oferta SKANSKA została wybrana przez Zamawiającego. W tym stanie rzeczy zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy SKANSKA jako oferty, która mogła zostać złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, stanowi naruszenie przez Zamawiającego art. 226 ust.1 pkt 7 ustawy pzp w zw. z art. 16 ustawy pzp.

UZASADNIENIE ZARZUTU NARUSZENIA ART. 239 UST. 1 I 2 PZP

Konsekwencją uwzględnienia zasadności zarzutów powołanych wcześniej jest również uznanie, że czynność wyboru oferty SKANSKA przez Zamawiającego jako oferty najkorzystniejszej złożonej w postępowaniu jest wadliwa, naruszająca art. 239 ust. 1 i 2 ustawy pzp, gdyż oferta SKANSKA powinna zostać odrzucona przez Zamawiającego, a Zamawiający powinien dokonać wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ofert złożonych w postępowaniu, które nie podlegają odrzuceniu i nie zostały odrzucone.

W dniu 3 kwietnia 2024 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie wniesionego odwołania w całości. W złożonej odpowiedzi oraz na rozprawie przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swojego stanowiska.

W dniu 4 kwietnia 2024 r. Przystępujący złożył pismo procesowe wnosząc o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła, co następuje:

Izba ustaliła, że odwołanie czyni zadość wymogom proceduralnym zdefiniowanym w Dziale IX ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych, tj. odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. Izba ustaliła, że nie zaistniały przesłanki określone w art. 528 ustawy pzp, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 505 ust. 1 i 2 ustawy pzp, tj. posiadanie interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy pzp.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz wskazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego zgłosił skuteczne przystąpienie wykonawcy SKANSKA Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie.

Izba postanowiła dopuścić dowody z dokumentacji przedmiotowego postępowania, odwołanie wraz z załącznikami, odpowiedź na odwołanie wraz z załącznikami, zgłoszenie przystąpienia wraz z załącznikami, pismo procesowe Przystępującego oraz dowody złożone przez Przystępującego na rozprawie.

Na podstawie tych dokumentów, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dowody złożone przez strony i uczestnika postępowania w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła:

Odwołanie podlegało oddaleniu.

W zakresie podniesionych zarzutów Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Przedmiotem zamówienia są roboty budowlane polegające na wykonaniu: Budowa Budynku Radioterapii w ramach Drugiego etapu Centrum Kliniczno-Dydaktycznego Uniwersytetu Medycznego w Łodzi wraz z Akademickim Ośrodkiem Onkologicznym – roboty wykończeniowe (Rozdział 3, punkt 3.1. SWZ).

Zgodnie z punktem 3.2. SWZ prace mają być realizowane m.in. w oparciu o kosztorysy nakładcze – załączniki nr 2.01 – 2.11 do SWZ.

W rozdziale 14 SWZ Zamawiający zawarł opis sposobu obliczenia ceny wskazując m.in., że: „14.1. Podstawę wyliczenia

ceny stanowią kosztorysy nakładcze - załączniki nr 2.01 – 2.11 do SIWZ. 14.2. Zamawiający nie wyraża zgody na modyfikację kosztorysów nakładczych w zakresie podstaw wyceny, przedmiarów robót i nakładów jednostkowych na robociznę, materiały i sprzęt oraz w zakresie dodawania czy usuwania pozycji kosztorysowych. 14.3. Wykonawca określi całkowitą cenę realizacji zamówienia poprzez wskazanie łącznej ceny ofertowej brutto za realizację przedmiotu zamówienia sporządzonej wg wzoru zawartego w formularzu ofertowym. (...) 14.7. W cenie ofertowej Wykonawca zobowiązany jest ująć wszystkie przewidywane koszty związane z realizacją zamówienia, w tym podatek VAT naliczony zgodnie z obowiązującymi przepisami, koszty transportu i obsługi, oraz wszystkie inne koszty wynikające z zapisów SWZ i wzoru umowy, bez których realizacja zamówienia nie byłaby możliwa."

Paragraf 8 wzoru umowy, stanowiącego załącznik nr 3 do SWZ: „§ 8 Wynagrodzenie 1. Za wykonanie całości przedmiotu umowy Wykonawcy przysługuje od Zamawiającego wynagrodzenie kosztorysowe, którego wartość zgodnie z ofertą i kosztorysami ofertowymi stanowiącymi załącznik nr 2 do niniejszej umowy wynosi: zł netto zł brutto w tym podatku VAT 23 % i podatku VAT 8 % 2. Podatek od towarów i usług (VAT) będzie naliczany do każdej faktury w wysokości wynikającej z aktualnie obowiązujących w tym zakresie przepisów prawa w dniu wystawienia faktury. Wynagrodzenie określone w § 8 ust. 1 zostało ustalone w oparciu o kosztorysy ofertowe Wykonawcy, o których mowa w § 1 ust. 3 lit. b). W przypadku jednak, gdy Wykonawca w ofercie zaoferował zastosowanie innej stawki podatku VAT niż 23 % zastosowanie będą miały postanowienia § 20 ust. 11 i 12 niniejszej umowy. 3. Ceny jednostkowe w ofercie będą niezmiennie w trakcie realizacji i nie będą podlegać waloryzacji, za wyjątkiem sytuacji wprost przewidzianych w umowie. W przypadku, gdy Wykonawca w ofercie zadeklarował stawkę VAT inną niż 23 %, w zakresie tych pozycji kosztorysowych, do rozliczeń między stronami wiążąca jest kwota brutto, w ramach której zawarty będzie podatek VAT w należnej wysokości. 4. Wynagrodzenie wskazane w § 8 ust. 1 obejmuje wszystkie elementy realizacji umowy, w tym koszt materiałów, robocizny, koszt udzielenia gwarancji należytego wykonania umowy (i zawarte w niej koszty realizacji gwarancji), koszt ubezpieczenia, koszty transportu, koszty instalacji i inne, a także wszystkie koszty pośrednie, w tym koszty wykonania prób i badań potrzebnych do odbioru inwestycji. (...)."

Zgodnie zaś z § 21 ust. 1 wzoru umowy: „Zamawiający wymaga zatrudnienia na podstawie umowy o pracę przez Wykonawcę lub podwykonawcę osób wykonujących czynności w zakresie realizacji zamówienia, opisane w dokumentacji projektowej i kosztorysach ofertowych, tj. czynności związane z wykonywaniem robót budowlanych w branżach: c) Architektura i Konstrukcja; d) Instalacje elektryczne: wewnętrzne, zewnętrzne, BMS - o ile będą realizowane w ramach przedmiotu umowy; e) Instalacje teletechniczne: System Sygnalizacji Pożaru (SSP), System Audio-Wizualny (AV), System Kontroli Dostępu (SKD), System Nadzoru Telewizyjnego (CCTV), System Sygnalizacji Włamania i Napadu (SSWiN), System Rezerwacji Sal, System Zliczający, System kolejkowy, sieć okablowania strukturalnego, urządzenia aktywne LAN – o ile będą realizowane w ramach przedmiotu umowy; f) Instalacje sanitarne: instalacja wod. – kan. wewnętrzna i zewnętrzna, wentylacja i klimatyzacja, instalacja c.o. i c.t., węzeł cieplny, gazy medyczne, poczta pneumatyczna – o ile będą realizowane w ramach przedmiotu umowy."

Wykonawca Skanska S.A. za wykonanie przedmiotu zamówienia zaoferował cenę 66 353 682,73 zł brutto (tj. 54 068 224,96 zł netto). Kolejna oferta – oferta Odwołującego – opiewała na kwotę 69 777 723,70 zł brutto (tj. 56 846 714,91 zł netto). Średnia arytmetyczna ofert wynosi 75 730 287,20 zł brutto (tj. 61 736 876,45 zł netto). Cena oferty wykonawcy Skanska S.A. jest niższa o 12,38 % od średniej arytmetycznej złożonych ofert. Szacowana wartość zamówienia wynosiła 57 984 923,90 zł netto.

Do oferty wykonawca Skanska S.A. dołączył kosztorysy nakładcze (załączniki od 2.01 do 2.11 do SWZ), z których wynika, że w odniesieniu do kosztów robocizny wykonawca ten w wielu pozycjach przyjął koszt jednostkowy dla 1 roboczogodziny poniżej 27,70 zł.

Pismem z dnia 23.01.2024 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty, tj. oferty złożonej przez wykonawcę Skanska S.A. z siedzibą w Warszawie.

Krajowa Izba Odwoławcza wyrokiem z dnia 20 lutego 2024 r., w sprawie o sygn. akt: KIO 362/24 z odwołania Odwołującego z dnia 2 lutego 2024 r. uwzględniła odwołanie w części i nakazała Zamawiającemu: „unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym wezwanie wykonawcy Skanska S.A. z siedzibą w Warszawie - na podstawie art. 224 ust. 1 w zw. z art. 224 ust. 3 i 4 ustawy Prawo zamówień publicznych – do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych, w szczególności w zakresie przyjętych do wyliczenia ceny oferty kosztów pracy oraz stawek roboczogodziny wynikających z kosztorysów nakładczych dołączonych do oferty."

W dniu 27 lutego 2024 r. Zamawiający unieważnił wybór najkorzystniejszej oferty i pismem z tego samego dnia wezwał

Przystępującego do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny wskazując: „Zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 lutego 2024 r. sygn. akt KIO 362/24 oraz na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych, Zamawiający wzywa Wykonawcę do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych, w szczególności przyjętych do wyliczenia ceny oferty kosztów pracy oraz stawek roboczogodziny wynikających z kosztorysów dołączonych do oferty.

Zgodnie z art. 224 ust. 3 i 4 Zamawiający wnosi o wyjaśnienia w zakresie:

- 1) zarządzania procesem produkcji, świadczonych usług lub metody budowy;
- 2) wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków związanych z realizacją robót budowlanych;
- 3) oryginalności robót budowlanych oferowanych przez wykonawcę;
- 4) zgodności z przepisami dotyczącymi 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) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie;
- 5) zgodności z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej;
- 6) zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;
- 7) zgodności z przepisami z zakresu ochrony środowiska;
- 8) wypełniania obowiązków związanych z powierzeniem wykonania części zamówienia podwykonawcy.

Zamawiający powziął wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia i wynikającymi z odrębnych przepisów, w tym w szczególności z przepisów z zakresu prawa pracy w kontekście stawek roboczogodziny wskazanych w poszczególnych kosztorysach branżowych. Wskazać należy, że wypełniając kosztorysy nakładcze i określając cenę oferty SKANSKA w odniesieniu do szeregu prac realizowanych przez osoby wykonujące roboty budowlane przyjęła stawki za roboczogodzinę, które budzą wątpliwości co do możliwości uwzględnienia w nich kosztów pracy równych co najmniej minimalnemu poziomowi zgodnie z obowiązującymi w tym zakresie przepisami prawa. Jednocześnie podkreślić należy, że uwzględniając wiążące pracodawcę przepisy poniższych aktów prawnych: 1) ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. Kodeks pracy; 2) ustawy z dnia 13 października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych; 3) ustawy z dnia 30 października 2002 r. o ubezpieczeniu społecznym z tytułu wypadków przy pracy i chorób zawodowych oraz wydanego w delegacji do tej ustawy – rozporządzenia Ministra Rodziny i Polityki Społecznej z dnia 16 marca 2021 r. zmieniające rozporządzenie w sprawie różnicowania stopy procentowej składki na ubezpieczenie społeczne z tytułu wypadków przy pracy i chorób zawodowych w zależności od zagrożeń zawodowych i ich skutków (Dz.U. z dnia 17 marca 2021 r. poz. 489), 4) ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (t. j. Dz.U. z 2020 r. poz. 2207), 5) rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 14 września 2023 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2024 r. zaproponowane przez SKANSKA stawki za roboczogodzinę budzą wątpliwość Zamawiającego co do uwzględnienia wszystkich kosztów zatrudnienia pracownika do realizacji prac wskazanych w kosztorysach. Celem złożonych wyjaśnień jest zweryfikowanie przez Zamawiającego poprawności dokonanej kalkulacji ceny, a nie złożenie ogólnego zapewnienia, że Wykonawca wykona zamówienie za oszacowaną przez siebie cenę. W związku z powyższym, wyjaśnienia powinny być wyczerpujące, ujawniające najważniejsze składniki cenotwórcze wraz z kalkulacją ceny w zakresie stawek roboczogodzin zawartych w ofercie oraz przyjętych do wyliczenia ceny oferty kosztów pracy. Zgodnie z art. 224 ust. 5 Pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na Wykonawcy. W postępowaniu wyjaśniającym Wykonawca powinien udowodnić, nie budząc wątpliwości Zamawiającego, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska i umożliwia prawidłowe wykonanie przedmiotu zamówienia. Dlatego to Wykonawca w wyjaśnieniach musi wykazać, iż zaproponowana cena nie jest rażąco niska i nie będzie miała negatywnego wpływu na jakość realizowanego zamówienia. W przypadku, gdy Wykonawca przedstawi kalkulację ceny ofertowej bez załączenia jakichkolwiek dowodów oraz obliczeń, Zamawiający uzna, że wyjaśnienia będą miały jedynie charakter iluzoryczny i nie będą stanowiły wyjaśnienia elementów oferty, mających wpływ na wysokość ceny. Zamawiający informuje, że odrzuceniu jako oferta z rażąco niską ceną, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu, a podstawę do odrzucenia stanowi art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp.”

Pismem z dnia 4 marca 2024 r. Przystępujący złożył wyjaśnienia: „W pierwszej kolejności wskazujemy, że biorąc pod uwagę całkowitą wartość złożonych ofert w przedmiotowym postępowaniu, średnia arytmetyczna wynosi 61 736 876,45 zł

netto (75 730 287,20 zł brutto), natomiast oferta firmy Skanska stanowi wartość 54 068 224,96 zł netto (66 353 682,73 zł brutto), i jest niższa od 12,38 % od w/w średniej. Ponadto wskazujemy na następujące kosztorysy: tj. 2.01, 2.03, 2.04, 2.08, 2.09 i 2.10:

kosztorys	Skanska S.A.	średnia	%
2.01 Architektura i konstrukcja	20 320 340,25 zł	21 455 178,93 zł	94,71
2.02 Instalacja elektryczna	6 633 492,69 zł	7 422 835,45 zł	n/d
2.03 Instalacja BMS	2 441 612,04 zł	2 952 123,10 zł	82,71
2.04 Instalacje niskoprądowe	5 669 858,05 zł	7 180 735,47 zł	78,96
2.05 System kolejkowy	329 291,38 zł	289 193,77 zł	n/d
2.06 System identyfikacji wizualnej	141 564,05 zł	306 545,19 zł	n/d
2.07 Inst. poczty pneumatycznej	402 004,95 zł	467 606,59 zł	n/d
2.08 Instalacja gazów medycznych	576 404,19 zł	935 435,92 zł	61,62
2.09 Instalacje sanitame	5 737 021,96 zł	5 716 455,34 zł	100,36
2.10 Inst. wentylacji mechanicznej	9 839 575,35 zł	12 910 065,98 zł	82,62
2.11 Wyposażenie – 23%	1 551 904,33 zł	2 662 331,03 zł	n/d
2.11 Wyposażenie – 8%	425 155,72 zł	438 369,69 zł	n/d
Razem zakwestionowane kosztorysy	44 584 811,84 zł	50 149 994,73 zł	88,9
Razem całość netto:	54 068 224,96 zł	61 736 876,45 zł	87,5

gdzie, różnica do średniej arytmetycznej pozostałych ofert wynosi jedynie 11,1 %. Natomiast w przypadku dokonania porównania oferty Skanska do wartości oferty firmy Erbud, która również zmieściła się wartością w budżecie jaki Zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zadania otrzymujemy następujące dane:

kosztorys	Skanska S.A.	Erbud	%
2.01 Architektura i konstrukcja	20 320 340,25 zł	19 175 780,15 zł	94,37%
2.02 Instalacja elektryczna	6 633 492,69 zł	6 885 156,74 zł	103,79%
2.03 Instalacja BMS	2 441 612,04 zł	2 659 411,08 zł	108,92%
2.04 Instalacje niskoprądowe	5 669 858,05 zł	6 740 501,74 zł	118,88%
2.05 System kolejkowy	329 291,38 zł	173 698,71 zł	52,75%
2.06 System identyfikacji wizualnej	141 564,05 zł	507 242,83 zł	358,31%
2.07 Inst. poczty pneumatycznej	402 004,95 zł	523 821,76 zł	130,30%
2.08 Instalacja gazów medycznych	576 404,19 zł	556 844,08 zł	96,61%
2.09 Instalacje sanitame	5 737 021,96 zł	4 585 506,76 zł	79,93%
2.10 Inst. wentylacji mechanicznej	9 839 575,35 zł	12 033 019,38 zł	122,29%
2.11 Wyposażenie – 23%	1 551 904,33 zł	2 604 338,21 zł	167,82%
2.11 Wyposażenie – 8%	425 155,72 zł	401 393,47 zł	94,41%
Razem netto:	54 068 224,96 zł	56 846 714,91 zł	105,14%

Z powyższej tabeli jasno wynika, iż różnice względem drugiej najkorzystniejszej oferty są nieznaczne, a w przypadku kosztorysów, w których występuje stawka roboczogodziny, w wielu przypadkach oferta firmy Skanska jest wyższa niż firmy Erbud, zatem nie można doszukiwać się w tym wypadku rażąco niskiej ceny w ofercie firmy Skanska S.A. Ponadto, gdyby porównać jedynie kosztorysy zawierające stawkę roboczogodziny z powyższego zestawienia, różnica między ofertami wynosi jedynie 2,62%. W związku z tym całkowita cena ofertowa przedstawiona przez Skanska jest wiarygodna w stosunku do cen rynkowych podobnych zamówień. Cena ta jest realistyczna z punktu widzenia ekonomicznej zasadności wykonania przedmiotu zamówienia. Ponadto zwracamy także uwagę, że katalogi nakładów rzeczowych w oparciu, o które sporządzane są kosztorysy odbiegają znacznie od współczesnej technologii i materiałów. Ze względu na znacznie bardziej nowoczesne specjalistyczne narzędzia i metody pracy normy pracy są znacznie niższe niż założone w KNR. Obecne kosztorysowanie nie zawsze ma zatem odzwierciedlenie właśnie co do nakładów robocizny. Także i w niniejszym postępowaniu wykonawca bazując na swoim doświadczeniu zauważył, że nakłady robocizny są znacznie zawyżone w stosunku do realnych nakładów w zakresie robót realizowanych współcześnie i dokonał dostosowania roboczogodzin w danych pozycjach do ich realnych nakładów. Powyższą możliwość dostosowania potwierdziła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku KIO 362/24, w którym Odwołujący ERBUD kwestionował takie działanie Skanska żądając odrzucenia oferty Skanska jako niezgodnej z swz na podstawie art.226 ust.1 pkt 5) ustawy Pzp. Izba oddaliła odwołanie w tym zakresie, zgadzając się z Zamawiającym i Przystępującym (Skanska), iż takie dostosowanie ilości roboczogodzin do realnych nakładów pracy jest możliwe. Jeśli zatem zmniejszymy ilość roboczogodzin dostosowując ją do tego, ile realnie zajmie ta praca otrzymujemy zmniejszoną stawkę roboczogodziny. Jej zmniejszenie nie wynika z tego, że Skanska kalkuluje

stawkę roboczogodziny poniżej określonego poziomu, ale wynika z dopasowania do ilości realnej pracy za tą pozycję. Nie można zatem utożsamiać zmniejszenia stawek ilości roboczogodzin w wyniku przyjęcia realnych nakładów pracy z zaoferowaniem rzekomej stawki niższej niż minimalne wynagrodzenie. Skanska zatem wskazuje, iż w jej opinii stawka roboczogodziny a stawka minimalnego wynagrodzenia za godzinę pracy nie są jednostkami tożsamymi. Roboczogodzina jest jednostką miary robocizny, która wyraża normę ilościową wykonania przez jednego robotnika w czasie jednej godziny określonego zakresu robót. Nie oznacza to jednak, że ten robotnik wykona to w godzinę, może wykonać znacznie krócej. Wartość roboczogodziny kosztorysowej nie odpowiada wynagrodzeniu wypłacanemu pracownikowi. Ma to potwierdzenie w zajętych stanowiskach przez Krajową Izbę Odwoławczą w wyrokach m.in. sygn. 952/20 z dnia 9 lipca 2020 r. i sygn. 1402/19 z dn. 6 sierpnia 2019 r. Natomiast, nawet jeśliby przyjąć zdanie odmienne to Skanska oświadcza, że zmniejszona stawka roboczogodziny w jej kalkulacjach wynika z dostosowania tej pozycji do realnych nakładów pracy. Intencją Skanska było przedstawienie rzeczywistego nakładu pracy niezbędnego do realizacji danych robót przy zachowaniu cen rynkowych materiałów, stąd przyjęto stawki roboczogodziny kosztorysowej w oparciu o własne kalkulacje sporządzone na potrzeby konkretnej realizacji, tak aby możliwe było przedstawienie rzeczywistej wartości zamówienia. Odnosząc się do wątpliwości Zamawiającego w zakresie rażąco niskich cen zawartych w pozycjach kosztorysowych stanowiących przedmiot wyjaśnień, poniżej przedstawiamy metodologię uzupełnienia kosztorysów załączonych przez Zamawiającego w postępowaniu przetargowym wraz z dowodami w postaci ofert rynkowych obrazujących poziom cenowy poszczególnych prac.

A. Przykłady zastosowania ceny minimalnej 27,70 zł za robociznę uniemożliwiające przedstawienie ceny rynkowej za danych zakres prac, przy utrzymaniu ceny rynkowej za materiał. Dotyczy pozycji w kosztorysach: 2.01, 2.03, 2.04, 2.08, 2.09.

Przykład 1:

W odniesieniu do pierwszej pozycji Przystępujący wskazuje, że otrzymał w tym zakresie ofertę od Podwykonawcy, która to oferta za zakres dotyczący rurociągów miedzianych zawierała cenę jednostkową – 16,93 zł, ale w cenie tej była już robocizna. Skanska S.A. przyjęła zatem do oferty cenę rynkową dostosowując odpowiednio pozycję kosztorysową. Gdyby przyjąć stawkę roboczogodziny na poziomie 27,70 złotych zupełnie niepotrzebnie zawiązałoby to ofertę i uzyskano by wówczas kwotę aż 66,25 zł/mb rurociągu zamiast oferowanych 16,93 zł. Skanska załącza jako dowód oferty i korespondencje od firm podwykonawczych na dowód tego w jaki sposób dostosowywał oferty podwykonawcze w celu uzyskania cen rynkowych, a nie zawyżonych. Na przykładzie pozycji dot. montażu uchwytów pod rury winidurowe przy stawce 27,70 zł Zamawiający musiałby dopłacić dodatkowo ponad wartość rynkową, aż 458 604,80 zł! Poniżej przedstawiamy obliczenia ceny udowadniające, że zastosowanie wartości za roboczogodzinę w wysokości 27,70 zł powoduje znaczne zawyżenie ceny.

Lp.	Podstawa	Opisy	A. Cena jedn. Oferta SKANSKA	Wartość SKANSKA	B. Cena jedn. przy min. stawce 27,70 zł	Wartość przy min. stawce 27,70 zł
18 d.1	KNR 5-08 0101-06	Montaż uchwytów pod rury winidurowe śr. 18 mm	3,73 zł	16 785,00 zł	25,61 zł	115 245,00 zł
42 d.2	KNR 5-08 0101-06	Montaż uchwytów pod rury winidurowe śr. 18 mm	3,73 zł	14 920,00 zł	25,61 zł	102 440,00 zł
64 d.3	KNR 5-08 0101-06	Montaż uchwytów pod rury winidurowe śr. 18 mm	3,73 zł	14 920,00 zł	25,61 zł	102 440,00 zł
84 d.4	KNR 5-08 0101-06	Montaż uchwytów pod rury winidurowe śr. 18 mm	3,73 zł	596,80 zł	25,61 zł	4 097,60 zł
106 d.5	KNR 5-08 0101-06	Montaż uchwytów pod rury winidurowe śr. 18 mm	3,73 zł	14 920,00 zł	25,61 zł	102 440,00 zł
125 d.6	KNR 5-08 0101-06	Montaż uchwytów pod rury winidurowe śr. 18 mm	3,73 zł	9 325,00 zł	25,61 zł	64 025,00 zł
141 d.7	KNR 5-08 0101-06	Montaż uchwytów pod rury winidurowe śr. 18 mm	3,73 zł	3 730,00 zł	25,61 zł	25 610,00 zł
163 d.8	KNR 5-08 0101-06	Montaż uchwytów pod rury winidurowe śr. 18 mm	3,73 zł	2 984,00 zł	25,61 zł	20 488,00 zł
				78 180,80 zł		536 785,60 zł

Poniżej przedstawiamy składowe ceny jednostkowej w zakresie robocizny.

A. nakłady robocizny: $0,4323 \cdot 1,0 = 0,4323 \text{ r-g/m} \cdot 1,12 = 0,48 \text{ zł/m}$

B. nakłady robocizny: $0,4323 \cdot 1,0 = 0,4323 \text{ r-g/m} \cdot 27,70 = 11,97 \text{ zł/m}$

Zastosowanie minimalnej stawki powoduje zwiększenie ceny aż 24 krotnie!

Należy zaznaczyć, iż pozycje te łączą się bezpośrednio z pozycją „rury winidurowe”, które w sobie zawierają też montaż. Reasumując nie można zamontować rury winidurowej bez uchwytów, a więc pozycje należy rozpatrywać łącznie. Taka sama sytuacja występuje w przypadku m.in. gruntowania-malowania, gruntowania-tynkowania czy też zgrzewania

wykładzin.

Powyższe wyjaśniamy również na przykładzie nr 2 poniżej.

Załącznik nr 1 - korespondencja mailowa i oferta firmy Seadmed (instalacje gazów medycznych)

Załącznik nr 2 - korespondencja mailowa i oferta firmy BMS Serwis (instalacje BMS)

Załącznik nr 3 - korespondencja mailowa i oferta firmy Ab bud (robocizna na suche zabudowy)

Załącznik nr 4 - korespondencja mailowa i oferta firmy Gold Trade (materiał na suche zabudowy)

Przykład 2:

Załącznik nr 5 - korespondencja mailowa i oferta firmy Presto

B. Nieadekwatne nakłady rzeczowe uniemożliwiające, bez ingerencji w wartość roboczogodziny, przedstawienie wartości rynkowej w oparciu o logiczne założenia techniczne i nakłady potrzebne na rzeczywiste wykonanie danej pracy. Dotyczy pozycji w kosztorysach: 2.01, 2.03, 2.04, 2.08, 2.09, 2.10.

Przykład nr 1.

Zgodnie z pozycją, w której nie występuje podstawa KNR sporządzający kosztorys przewidział 83,04 r-g/kpl, co daje czas przewidziany na uruchomienie jednej centrali ponad 10 dni. Realny czas uruchomienia jednej centrali wentylacyjnej wynosi ok 8h. W przypadku zastosowania stawki minimalnej pozycja zostałaby przeszacowana 10-krotnie, stąd podjęto decyzję o dostosowaniu do realnych nakładów pracy.

Przykładowo $27,70 \text{ zł/r-h} * 83,04 \text{ r-h/szt.} = 2300,21 \text{ zł/centralę}$. Realna cena jednostkowa w kalkulacji Skanska przy założeniu rynkowego czasu wykonania tych prac, czyli 8h dla dwóch osób wynosi 2036,97 zł/centralę, czyli odzwierciedla warunki rynkowe.

Załącznik nr 6 – informacja mailowa z serwisu.

Przykład 2.

Zgodnie z nakładem pracownik będzie montować na ścianie 1 szafkę w czasie 4,3 dnia. Realny czas wykonania takiego zadania to 6 godzin. W przypadku zastosowania stawki minimalnej pozycja zostałaby przeszacowana o ok. 6 razy, stąd podjęto decyzję o dostosowaniu do realnych nakładów pracy.

Załącznik nr 7 – informacja mailowa od firmy specjalizującej się w pracach niskoprądowych o szacunkowych nakładach roboczogodzin niezbędnych do wykonania prac.

Przykład nr 3.

Nakłady obejmują montaż zasilacza, czyli podłączenie go do zasilania w odpowiedniej lokalizacji. Według nakładu praca ta zajmie montażyście ponad 5h/szt. W przypadku zastosowania stawki minimalnej pozycja zostałaby przeszacowana 30-krotnie, stąd podjęto decyzję o dostosowaniu do realnych nakładów pracy.

Załącznik 7– informacja mailowa od firmy specjalizującej się w pracach niskoprądowych o szacunkowych nakładach roboczogodzin niezbędnych do wykonania prac.

Przykład nr 4.

Pozycja zakłada montaż czujki systemu SAP na stropie lub suficie. Czas przewidziany na montaż czujki jest 7 x dłuższy, niż wynika to z rzeczywistych warunków technicznych montażu, stąd podjęto decyzję o dostosowaniu do realnych nakładów pracy.

Załącznik 7– informacja mailowa od firmy specjalizującej się w pracach niskoprądowych o szacunkowych nakładach roboczogodzin niezbędnych do wykonania prac.

Przykład nr 5.

Zgodnie z nakładem pracownik usunie z budynku 1 m³, tj. ok. 10 taczek gruzu, w czasie ponad 17 h. Usunięcie 15 m³ zgodnie z pozycją kosztorysową zajęłoby zatem 33 dni robocze, stąd podjęto decyzję o dostosowaniu do realnych nakładów pracy. Przy założeniu minimalnej stawki i realnego czasu wykonania = $27,70 \text{ zł/r-h} * 2 \text{ rh/} 1 \text{ m}^3 = 55,4 \text{ zł/m}^3$; W pozycji mamy do usunięcia 15 m³ gruzu co daje nam: $15 \text{ m}^3 * 55,4 \text{ zł/m}^3 = 831 \text{ zł}$. W ofercie firmy Skanska koszty bezpośrednie w pozycji wynoszą 1066,50 zł/15 m³. W przypadku zastosowania nieadekwatnych nakładów pracy, wartość pozycji wyniosłaby 7366,81 zł/15 m³.

Przykład nr 6.

Wylanie 1 betonowozu (8 m³) betonu na strop przy użyciu pompy trwa ok 1 r-g (wraz z pracami przygotowawczymi).
Zatem: $1 \text{ r-g} / 8 \text{ m}^3 = 0,125 \text{ r-g/m}^3$ przy założeniu 4 osób. Całość prac zajmie wówczas około 41,25 r-h. Pozycja pokazuje niedostosowanie nakładów pracy w Katalogach Nakładów Rzeczowych do realnych warunków wykonania prac oraz technologii. Przewidywany czas zgodnie z nakładem to aż 1 973,14 r-g (330 m³).

Powyższe przykłady obrazują, iż w przypadku zastosowania w kosztorysie ceny minimalnej, z uwagi na nieadekwatne nakłady roboczogodziny, Zamawiający otrzymałby rażąco zawyżone wartości kosztorysów. Problem z konstrukcją kosztorysów i zaofiarowaniem rzeczywistej ceny rynkowej został zauważony również przez innych oferentów, między innymi także przez ERBUD.

C. Modyfikacji składników kosztorysu robocizna/cena materiału na podstawie pozycji z oferty ERBUD i SKANSKA

Na poniższym przykładzie widzimy te same pozycje kosztorysowe w ofercie firmy Skanska oraz firmy Erbud. Kalkulacja pozycji nr 86 kosztorysu nr 2.01 w przypadku firmy Skanska i Erbud jest na praktycznie identycznym poziomie. Firma ERBUD, aby przedstawić ceną jednostkową odpowiadającą warunkom rynkowym dokonała natomiast obniżenia ceny materiału znacznie poniżej ceny rynkowej, firma Skanska S.A. natomiast dokonała modyfikacji ceny jednostkowej za roboczogodzinę kosztorysową. Przykład ten obrazuje, że w przedmiotowym postępowaniu istnieją dwie drogi dokonania kalkulacji: - obniżenie wartości materiałów poniżej wartości rynkowej - modyfikacja wartości roboczogodziny kosztorysowej.

Oferta firmy ERBUD

Oferta firmy SKANSKA

Załącznik nr 8 – oferty na beton z okresu oferowania: - oferta na beton od firmy Nast-bud - oferta na beton od firmy Trans-bet - oferta na beton od firmy Górażdże

Powyższy przykład obrazuje, iż nie ma możliwości skalkulowania ceny rzeczywistej bez ingerencji w składowe kosztorysów przy zachowaniu niezmiennych nakładów. Skanska dostosowała cenę poprzez dostosowanie do realnych nakładów pracy ingerując w stawkę roboczogodziny, inny wykonawca zaingerował w materiał. Zgodnie z przepisami prawa dot. 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) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw związanych z realizacją zamówienia, firma Skanska S.A. informuje, iż wszyscy pracownicy zatrudnieni w firmie otrzymują, co najmniej minimalne wynagrodzenie zgodnie z obowiązującym rozporządzeniem (Załącznik nr 9). Jednocześnie rozliczenie z pracownikami odbywa się w cyklu miesięcznym, dlatego też nie można utożsamiać stawki roboczogodziny kosztorysowej ze stawką minimalną wynagrodzenia, gdyż wówczas rozliczenie z pracownikiem musiałoby odbywać się za określone zakresy z poszczególnych pozycji kosztorysu, co jest sytuacją niespotykaną i niepraktykowaną. Podsumowując, firma Skanska S.A. przyjęła realny czas wykonania danych prac tak, aby odzwierciedlały one warunki rynkowe. Skoro bowiem zmniejszył się nakład pracy siłą rzeczy znalazło to odzwierciedlenie w stawce roboczogodziny. Jest to działanie mające na celu przedstawienie Zamawiającemu rzeczywistej niezawyżonej oferty, co w przeciwnym wypadku z uwagi na występujące w Katalogach Nakładów Rzeczowych swoiste archaizmy dot. nakładów pracy, nie byłoby możliwe. Odpowiadając na wezwanie Zamawiającego wyjaśniamy, iż najważniejsze składniki cenotwórcze wraz z kalkulacją ceny w zakresie stawek roboczogodzin zawartych w ofercie oraz przyjętych do wyliczenia ceny oferty kosztów pracy zostały wskazane w ofercie Skanska zgodnie z dokumentami zamówienia. Natomiast w niniejszych wyjaśnieniach Skanska wyjaśnia pozycje, w których zakwestionowano stawki. Skanska oświadcza zatem i na dowód tego składa załącznik nr 9, że wartość przyjęta do ustalenia ceny w zakresie kosztów pracy nie jest niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2018 r. poz. 2177) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie. Skanska zapewnia także zgodność z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie w stosunku do przedmiotowego zamówienia. W związku z powyższym firma Skanska S.A. stoi na stanowisku, iż zaofiarowana przez nas wartość przedstawia realny koszt zamówienia jaki należy przeznaczyć, aby całe zadanie zostało zrealizowane bez strat i finansowania z innych źródeł niż wynagrodzenie umowne.

Załącznik nr 1 - korespondencja mailowa i oferta firmy Seadmed (komplet - instalacje gazów medycznych)

Załącznik nr 2 - korespondencja mailowa i oferta firmy BMS Serwis (komplet - instalacje BMS)

Załącznik nr 3 - korespondencja mailowa i oferta firmy Ab bud (robocizna na suche zabudowy)

Załącznik nr 4 - korespondencja mailowa i oferta firmy Gold Trade (materiał na suche zabudowy)

Załącznik nr 5 - korespondencja mailowa i oferta firmy Presto

Załącznik nr 6 – informacja mailowa z serwisu

Załącznik nr 7 – informacja mailowa od firmy specjalizującej się w pracach niskoprądowych o szacunkowych nakładach roboczogodzin niezbędnych do wykonania prac.

Załącznik nr 8 – Oferty na beton firm Nast-bud, Trans-bet, Góraźdże

Załącznik nr 9 – Zaświadczenie o co najmniej minimalnym wynagrodzeniu.”

Zgodnie z art. 224 ustawy pzp: „1. Jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych. 2. W przypadku gdy cena całkowita oferty złożonej w terminie jest niższa o co najmniej 30% od: 1) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia; (...) 3. Wyjaśnienia, o których mowa w ust. 1, mogą dotyczyć w szczególności: 1) zarządzania procesem produkcji, świadczonych usług lub metody budowy; 2) wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków dostaw, usług albo związanych z realizacją robót budowlanych; 3) oryginalności dostaw, usług lub robót budowlanych oferowanych przez wykonawcę; 4) zgodności z przepisami dotyczącymi 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 oraz z 2019 r. poz. 1564) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie; 5) zgodności z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej; 6) zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie; 7) zgodności z przepisami z zakresu ochrony środowiska; 8) wypełniania obowiązków związanych z powierzeniem wykonania części zamówienia podwykonawcy. 4. W przypadku zamówień na roboty budowlane lub usługi, zamawiający jest obowiązany żądać wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, co najmniej w zakresie określonym w ust. 3 pkt 4 i 6. 5. Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy. 6. Odrzuceniu jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu. (...)”

Artykuł 226 ust. 1 pkt 5 i 7 ustawy pzp stanowi: „1. Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: 5) jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. (...) 7) została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.”

W myśl art. 239 ust. 1 ustawy pzp: „Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.”

Przedmiot sporu w niniejszej sprawie sprowadzał się przede wszystkim do odpowiedzi na pytanie, czy Zamawiający prawidłowo ocenił wyjaśnienia rażąco niskiej ceny złożone w postępowaniu przez Przystępującego, uznając realność zaoferowanej ceny. Rozpoznając zarzuty odwołania Izba dokonała analizy treści wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych na wezwanie Zamawiającego oraz zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego w konsekwencji czego uznała, że złożone przez Przystępującego wyjaśnienia uzasadniają podaną w ofercie cenę, a Wykonawca w sposób konkretny i rzetelny przedstawił sposób kalkulacji ceny w zakresie kosztów pracy. Z tych powodów nie potwierdziły się zarzuty osadzone na tożsamych okolicznościach faktycznych dotyczące niezgodności z warunkami zamówienia oraz czynu nieuczciwej konkurencji.

W pierwszej kolejności zauważyć należy zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem Izby, że za cenę rażąco niską uznaje się cenę poniżej kosztów własnych wykonawcy, niepozwalającą na wypracowanie zysku. Jest to cena oderwana od

realiów rynkowych i nierzeczywista. Jeśli możliwe jest wykazanie, że za cenę wskazaną w ofercie wykonawca nie będzie w stanie należycie wykonać zamówienia, to znaczy, że mamy do czynienia z ceną rażąco niską.

Jak wskazano w wyroku z dnia 30 listopada 2021 r.: „Procedura badania i ustalania ceny rażąco niskiej przebiega więc w taki sposób, że Zamawiający musi umożliwić wykonawcy wykazanie okoliczności, iż zaoferowana przez niego cena jest ceną realną. Następnie zaś na wykonawcy, zgodnie z art. 224 ust. 5 Pzp, spoczywa obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Rolą Zamawiającego jest 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. 224 ust. 5 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 zaoferowana cena jest ceną rażąco niską, wyjaśnienia takie muszą być konkretne, wyczerpujące i uzasadniające realność dokonanej przez wykonawcę kalkulacji.”

Niewątpliwie więc istotą procedury wyjaśnień rażąco niskiej ceny jest wykazanie zamawiającemu, że zaoferowana przez wykonawcę cena gwarantuje należyte wykonanie zamówienia, a założenie niższej ceny wynika z właściwości danego wykonawcy, zasobów kadrowych, sprzętowych, możliwości organizacyjnych czy też współpracy z określonymi podmiotami i pozostaje ceną rynkową. Na skutek ich złożenia zamawiający powinien uzyskać pewność, co do możliwości zrealizowania zamówienia zgodnie z wymaganiami za cenę podaną w ofercie, a także co do tego, że wątpliwości zamawiającego w zakresie zbyt niskiej ceny były nieuzasadnione. W odpowiedzi na wezwanie wykonawca powinien w rzetelny i jak najpełniejszy sposób wykazać, również poprzez złożenie dowodów odpowiadających wyjaśnianym składnikom ceny, że zaoferowane przez niego ceny nie noszą znamion rażąco niskich. Co jednak kluczowe, wyjaśnienia wykonawcy muszą odpowiadać wezwaniu, szczególnie w sytuacji, gdy zamawiający precyzuje szczegółowo, jakie elementy ceny budzą jego wątpliwości. W przeciwnym razie nawet obszerne wyjaśnienia, które nie odnoszą się jednak do kwestionowanych przez zamawiającego cen, nie będą mogły zostać uznane za uzasadniające ich zaoferowanie na niskim poziomie. Izba podziela w tym zakresie stanowisko przedstawione w wyroku o sygn. akt KIO 3750/21 z dnia 18 stycznia 2022 r.: „(...) ocena wyjaśnień ceny złożonych przez wykonawcę musi odbywać się, w kontekście wezwania zamawiającego – jego szczegółowości oraz wyrażonych w nim skonkretyzowanych wątpliwości. Jeżeli Zamawiający wskaże w wezwaniu do wyjaśnień elementy ceny oferty, które jego zdaniem wymagają takich wyjaśnień to wykonawca zobowiązany jest udzielić wyjaśnień co najmniej w zakresie określonym przez Zamawiającego. (...) obowiązkiem wykonawcy jest, aby w odpowiedzi na wezwanie wystosowane przez zamawiającego udzielił wyjaśnień dotyczących okoliczności, które wpłynęły na wysokość zaoferowanej ceny w taki sposób, aby na ich podstawie możliwe było jednoznaczne ustalenie, że cena oferty (odpowiednio koszt, istotna część składowa) nie jest ceną rażąco niską. Efektem składanych wyjaśnień ma być stworzenie podstaw do uznania przez zamawiającego, że podejrzenie dotyczące rażąco niskiej ceny oferty nie było uzasadnione. Podkreślić trzeba, iż nie tylko nieudzielenie wyjaśnień w wyznaczonym terminie skutkować będzie koniecznością odrzucenia oferty, ale także złożenie takich wyjaśnień, które nie uzasadniają podanej w ofercie ceny.”

Przenosząc powyższe rozważania na kanwę niniejszej sprawy Izba zwraca w pierwszej kolejności uwagę, że całkowita cena oferty Wykonawcy SKANSKA nie budziła wątpliwości, jako nieodbiegająca znacznie od średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert oraz szacowanej wartości zamówienia. Przedmiotem wezwania Zamawiającego do złożenia wyjaśnień, którego asumptem był wyrok KIO w sprawie o sygn. akt: KIO 362/24, było wyjaśnienie kosztów pracy ujętych w ofercie Przystępującego. Jak Izba wskazała w ww. orzeczeniu: „Podkreślić należy, iż koszty robocizny przy robotach budowlanych co do zasady należy uznać, za istotną część składową”. Izba wywiodła bowiem, że niskie stawki roboczogodziny w kosztorysach ofertowych Wykonawcy SKANSKA powinny wzbudzić wątpliwości Zamawiającego, w tym co do zgodności z przepisami o minimalnym wynagrodzeniu za pracę. Zarówno treść ww. wyroku KIO jak i brzmienie wezwania Zamawiającego do złożenia wyjaśnień nie pozostawiają wątpliwości, że wyjaśnienia Wykonawcy miały dotyczyć przyczyn zaoferowania stawek roboczogodziny na niskim poziomie oraz wykazania, że regulacje w zakresie kosztów pracy nie zostały naruszone. Izba zauważa, że zarzuty odwołania osadzone zostały przede wszystkim na twierdzeniu, że tak Zamawiający jak i Izba w ww. orzeczeniu oczekiwały złożenia szczegółowych wyjaśnień w zakresie każdej jednostkowej pozycji kosztorysowej, gdzie stawka roboczogodziny była niższa niż 27,70 zł. Zdaniem Izby główna teza odwołania jest chybiona, a przedmiotem wyjaśnień, jak już wskazano miały być koszty pracy – koszty robocizny. Złożone przez Wykonawcę wyjaśnienia, aby zostały uznane za wyczerpujące i uzasadniające cenę, czy też koszt w tym przypadku, muszą przede wszystkim odpowiadać wezwaniu. Z wezwania wynika, że Zamawiający żądał wyjaśnień, w tym złożenia dowodów: „w szczególności przyjętych do wyliczenia ceny oferty kosztów pracy oraz stawek roboczogodziny wynikających z kosztorysów dołączonych do oferty (...) w szczególności z przepisów z zakresu prawa pracy w kontekście stawek roboczogodziny wskazanych w poszczególnych kosztorysach branżowych. Wskazać należy,

że wypełniając kosztorysy nakładcze i określając cenę oferty SKANSKA w odniesieniu do szeregu prac realizowanych przez osoby wykonujące roboty budowlane przyjęła stawki za roboczo-godzinę, które budzą wątpliwości co do możliwości uwzględnienia w nich kosztów pracy równych co najmniej minimalnemu poziomowi zgodnie z obowiązującymi w tym zakresie przepisami prawa.” Wbrew stanowisku Odwołującego, Zamawiający w sposób ogólny odnosi się w wezwaniu do wyjaśnienia kosztów pracy, stawek roboczo-godzin, nie wymieniając konkretnych pozycji kosztorysowych i nie wskazując sposobu, w jaki Wykonawca ma przedstawić uzasadnienie cen robocizny. Chybiona jest także argumentacja Odwołującego, że Przystępujący nie wyjaśnił kwestii z wezwania stanowiących powielenie treści ustawowej – art. 224 ust. 3 ustawy pzp, co powoduje, że oferta Przystępującego powinna zostać odrzucona z uwagi na złożenie wyjaśnień nieodpowiadających wezwaniu. Izba zauważa, że przepis brzmi: „Wyjaśnienia, o których mowa w ust. 1, mogą dotyczyć w szczególności (...)”, co oznacza, że jeśli kwestie te nie stanowią okoliczności mających znaczenie dla konkretnej wyceny, to brak złożenia wyjaśnień w tym zakresie nie wpływa na ich ocenę pod względem uzasadnienia realności ceny. Wyjaśnienia Wykonawcy, zgodnie z wezwaniem miały dotyczyć kosztów pracy i takie wyjaśnienia, uwzględniające kwestie z art. 224 ust. 3 pkt 4 i 6 ustawy pzp Przystępujący złożył.

Przechodząc do treści złożonych wyjaśnień to zdaniem Izby są to wyjaśnienia odpowiadające wezwaniu. Przystępujący przedstawił analizę cen zaoferowanych w kosztorysach porównując je z cenami Odwołującego i wykazując nieznaczne różnice w ich poziomach. Co jednak kluczowe, Wykonawca SKANSKA przedstawił szczegółowo metodologię kalkulacji stawek roboczo-godzin w złożonych kosztorysach. Zdaniem Izby, sposób zaprezentowania tej metodologii na przykładach dla kilku pozycji kosztorysu nie powoduje, jak twierdził Odwołujący, że wyjaśnienia nie odpowiadają wezwaniu. Przystępujący przedstawił zasadę – założenia jakie przyjął przy kalkulacji wszystkich pozycji kosztorysu, gdzie występował koszt robocizny i poparł swoje wyjaśnienia dowodami – ofertami podwykonawców. Wykonawca odniósł się do kosztów pracy wskazując: *zwracamy także uwagę, że katalogi nakładów rzeczowych w oparciu, o które sporządzane są kosztorysy odbiegają znacznie od współczesnej technologii i materiałów. Ze względu na znacznie bardziej nowoczesne specjalistyczne narzędzia i metody pracy normy pracy są znacznie niższe niż założone w KNR. Obecne kosztorysowanie nie zawsze ma zatem odzwierciedlenie właśnie co do nakładów robocizny. Także i w niniejszym postępowaniu wykonawca bazując na swoim doświadczeniu zauważył, że nakłady robocizny są znacznie zawyżone w stosunku do realnych nakładów w zakresie robót realizowanych wspólnie i dokonał dostosowania roboczo-godzin w danych pozycjach do ich realnych nakładów.”* oraz dalej: *Jeśli zatem zmniejszymy ilość roboczo-godzin dostosowując ją do tego, ile realnie zajmie ta praca otrzymujemy zmniejszoną stawkę roboczo-godzin. Jej zmniejszenie nie wynika z tego, że Skanska kalkuluje stawkę roboczo-godzin poniżej określonego poziomu, ale wynika z dopasowania do ilości realnej pracy za tą pozycję. Nie można zatem utożsamiać zmniejszenia stawek ilości roboczo-godzin w wyniku przyjęcia realnych nakładów pracy z zaoferowaniem rzekomej stawki niższej niż minimalne wynagrodzenie. Skanska zatem wskazuje, iż w jej opinii stawka roboczo-godzin a stawka minimalnego wynagrodzenia za godzinę pracy nie są jednostkami tożsamymi. Roboczo-godzina jest jednostką miary robocizny, która wyraża normę ilościową wykonania przez jednego robotnika w czasie jednej godziny określonego zakresu robót. Nie oznacza to jednak, że ten robotnik wykona to w godzinę, może wykonać znacznie krócej. (...) Intencją Skanska było przedstawienie rzeczywistego nakładu pracy niezbędnego do realizacji danych robót przy zachowaniu cen rynkowych materiałów, stąd przyjęto stawki roboczo-godzin kosztorysowej w oparciu o własne kalkulacje sporządzone na potrzeby konkretnej realizacji, tak aby możliwe było przedstawienie rzeczywistej wartości zamówienia.”* W ocenie Izby wyjaśnienia w takim kształcie są konkretne a przede wszystkim wiarygodne. Bezsporne było w sprawie, że Zamawiający w pkt 14.2 SWZ nie wyraził zgody na: *„modyfikację kosztorysów nakładczych w zakresie podstaw wyceny, przedmiarów robót i nakładów jednostkowych na robocizną, materiały i sprzęt oraz w zakresie dodawania czy usuwania pozycji kosztorysowych.”* Jednocześnie w pkt 14.7 SWZ Zamawiający sprecyzował jakie koszty należy ująć w cenie ofertowej żądając tym samym rzetelnej wyceny. W konsekwencji wykonawcy dokonując kalkulacji ceny przy zastrzeżeniu o braku możliwości zmian nakładów rzeczowych mogli jedynie dostosować poszczególne stawki za roboczo-godzinę, materiał czy sprzęt do kosztów, które realnie zostaną poniesione. W wyjaśnieniach Przystępujący przedstawił w jaki sposób takie dostosowanie zostało uwzględnione w ofercie Odwołującego na przykładzie kosztów materiału, której to argumentacji Odwołujący nie zaprzeczył. Przedłożone przez SKANSKA wyjaśnienia przedstawiają sposób tego dostosowania w kosztorysach Wykonawcy, wykazując tezę przeciwną do prezentowanej przez Odwołującego – że Przystępujący uwzględnił koszty pracy w cenie oferty nie naruszając przepisów o minimalnym wynagrodzeniu. Potwierdzeniem konieczności dostosowania stawek do rzeczywistych nakładów jest również korespondencja z podwykonawcami załączona do wyjaśnień, gdzie przykładowo firma BMS Serwis sp. z o.o. wskazuje, że: *„dopasuję robocizną tak, żeby nie zmieniać nakładów r-h.”* Z poszczególnych ofert wynika także faktyczna czasochłonność prac, które wyjaśniał Przystępujący celem wykazania, że nakłady rzeczowe nie odzwierciedlają rzeczywistego nakładu pracy niezbędnego do realizacji zamówienia. Izba zauważa, że Odwołujący nie podważył w odwołaniu prawidłowości przyjętej przez Wykonawcę SKANSKA metodologii wyceny, nie zakwestionował realności przyjętej pracochłonności, a jedynie podnosił, że wyjaśnienia nie odnoszą się szczegółowo do

każdej pozycji, gdzie stawka roboczogodziny jest niska. Odwołujący sygnalizował, że brak jest w wyjaśnieniach wykazania przez podwykonawców, że ustalają stawki z uwzględnieniem przepisów o minimalnym wynagrodzeniu za pracę, ale jednocześnie Odwołujący nie zakwestionował realności wyceny wynikającej z ofert podwykonawców. Odwołujący właściwie pominął treść wyjaśnień Przystępującego odwołując się do kosztorysów w lakonicznym stwierdzeniu: „Wykonanie ww. prac [montaż ponad 237 sztuk drzwi różnego typu; wykonanie izolacji pionowej z folii w płynie; gruntowanie dwukrotnego podłoża; montaż wykładzin podłogowych i okładzin ściennych; montaż sufitów podwieszanych] *wedle stawek roboczogodziny zaoferowanych przez SKANSKA nie jest możliwe w czasie przyjętym przez Zamawiającego przy założeniu zapłaty osobom wykonującym te prace wynagrodzenia w wysokości zgodnej z przepisami o minimalnym wynagrodzeniu.*”, przy czym Odwołujący nie przedstawił jaki jest udział w cenie kosztów ww. prac, celem wykazania, że stanowią one istotną część składową ceny. Odwołujący podjął próbę merytorycznego podważania złożonych wyjaśnień i przedstawionej przez Przystępującego metodologii wyceny stawek roboczogodziny dopiero na rozprawie, przy czym Izba uznała takie działanie za spóźnione, jako wykraczające poza zarzuty i okoliczności faktyczne, które wyznacza treść odwołania. To skonkretyzowane okoliczności faktyczne podniesione w odwołaniu kreują zarzuty kierowane względem czynności bądź zaniechania zamawiającego. Jak wskazano w uzasadnieniu wyroku w sprawach połączonych KIO 3055/21, KIO 3061/21, KIO 3199/21, KIO 3203/21, KIO 3226/21 z dnia 19 listopada 2021 r. które to stanowisko Izba podziela w całości: „zakres rozstrzygnięcia Izby, zgodnie z art. 555 ustawy Pzp, wyznacza treść odwołania – kwestionowana w nim czynność, oraz przede wszystkim podniesione zarzuty. Zgodnie z treścią tego przepisu, Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Zatem zarzuty odwołania muszą być skonkretyzowane, a Izba nie może wyznaczać ich granic z zastępstwie Odwołującego. Niewystarczające jest określenie w odwołaniu czynności lub zaniechania Zamawiającego i wskazanie kwalifikacji prawnej, treść i zakres zarzutu wyznaczają bowiem okoliczności faktyczne, w których Odwołujący upatruje niezgodności z przepisami ustawy. Zgodnie z treścią art. 516 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp odwołanie zawiera wskazanie okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania oraz dowodów na poparcie przytoczonych okoliczności. Powyższe oznacza, że odwołanie powinno konkretyzować postawiony zarzut, zawierać wskazanie okoliczności faktycznych, które uzasadniają stawianie Zamawiającemu wyartykułowanych w odwołaniu zastrzeżeń, nie może natomiast mieć charakteru blankietowego. Niewystarczające jest ogólne twierdzenie o wystąpieniu określonego rodzaju nieprawidłowości, Odwołujący ma obowiązek odniesienia się do elementów stanu faktycznego, zawartości oferty, w taki sposób, który pozwoli na uznanie, że podniesione zostały konkretne zarzuty wobec tych czynności lub zaniechań przypisanych Zamawiającemu.”

Zdaniem Izby Przystępujący złożył wyjaśnienia uzasadniające zaoferowane stawki roboczogodziny na niskim poziomie, jednocześnie wykazując, że przepisy dotyczące minimalnego wynagrodzenia za pracę nie zostały naruszone. W świetle szczegółowo przedstawionej metodologii kalkulacji kosztów Izba uznała za wiarygodne wyjaśnienia dotyczące kosztów pracy. Przystępujący wskazał, że: „wszyscy pracownicy zatrudnieni w firmie otrzymują, co najmniej minimalne wynagrodzenie zgodnie z obowiązującym rozporządzeniem (Załącznik nr 9). Jednocześnie rozliczenie z pracownikami odbywa się w cyklu miesięcznym, dlatego też nie można utożsamiać stawki roboczogodziny kosztorysowej ze stawką minimalną wynagrodzenia, gdyż wówczas rozliczenie z pracownikiem musiałoby odbywać się za określone zakresy z poszczególnych pozycji kosztorysu, co jest sytuacją niespotykaną i niepraktykowaną. Podsumowując, firma Skanska S.A. przyjęła realny czas wykonania danych prac tak, aby odzwierciedlały one warunki rynkowe. Skoro bowiem zmniejszył się nakład pracy siłą rzeczy znalazło to odzwierciedlenie w stawce roboczogodziny. Jest to działanie mające na celu przedstawienie Zamawiającemu rzeczywistej niezawyżonej oferty, co w przeciwnym wypadku z uwagi na występujące w Katalogach Nakładów Rzeczowych swoiste archaizmy dot. nakładów pracy, nie byłoby możliwe.” W ocenie Izby, wyjaśnienia uzasadniają przyjęte stawki roboczogodziny, a Przystępujący wykazał, że w cenie zostały uwzględnione wymagania wynikające z przepisów o minimalnym wynagrodzeniu za pracę. Słusznie wskazywał Odwołujący, że Zamawiający wymagał w postępowaniu zatrudnienia pracowników na umowę o pracę. Zaświadczenie o takiej formie zatrudnienia zostało dołączone do wyjaśnień Przystępującego, a Odwołujący nie wykazał, aby to oświadczenie nie polegało na prawdzie.

Izba za spóźnione, a tym samym niepodlegające analizie uznała dowody złożone przez Przystępującego na posiedzeniu: opracowanie własne Przystępującego - wyjaśnienie wyliczenia pozycji kosztorysów, gdzie stawka roboczogodziny jest niższa niż minimalna stawka wynagrodzenia określona rozporządzeniem oraz oświadczenia podwykonawców wskazanych w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny o zatrudnieniu pracowników na umowy o pracę. Słusznie Odwołujący argumentował, że Izba ocenia czynność Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, a więc ocena taka musi odbywać się w kontekście treści złożonych wyjaśnień, którymi dysponował Zamawiający na etapie podejmowania decyzji o uznaniu ich za uzasadniające realność ceny.

W konsekwencji nieuwzględnienia zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy pzp Izba za niezasadne uznała pozostałe zarzuty odwołania oparte na tożsamych okolicznościach faktycznych.

Zważywszy, że Przystępujący uwzględnił w cenie oferty koszty pracy z uwzględnieniem zatrudnienia pracowników na podstawie umowy o pracę z co najmniej minimalnym wynagrodzeniem, co wynika z wyjaśnień Wykonawcy SKANSKA to znaczy, że w cenie zostały ujęte przewidywane koszty związane z realizacją zamówienia, a oferta nie pozostaje niezgodna z warunkami zamówienia, o których mowa w pkt 14.7 SWZ. Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp należało uznać za chybiony.

Za niezasadny Izba uznała także zarzut dotyczący naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy pzp. Odwołujący nie wykazał, że oferta SKANSKA została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji. Izba uznała, że Przystępujący wyjaśnił realność zaoferowanej ceny, w tym w zakresie kosztów pracy. Odwołujący nie zakwestionował przedstawionej przez Przystępującego metodologii wyceny, jej prawidłowości i przyjętych przez SKANSKA założeń kalkulacyjnych. Trudno jednocześnie stwierdzić w jaki sposób zastosowanie miałby w niniejszej sprawie znaleźć art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, czyli „sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców.” Odwołujący nie wyjaśnił tej kwestii w odwołaniu, podobnie jak nie wykazał, że SKANSKA dokonała manipulacji cenowych w zakresie istotnych elementów ceny z uwagi na skalkulowanie ceny w oderwaniu od określonych przepisami prawa minimalnych kosztów zatrudnienia pracowników na podstawie umowy o pracę. Izba wskazuje za wyrokiem KIO 952/20 z dnia 9 lipca 2020 r.: *„W złożonych wyjaśnieniach Konsorcjum potwierdziło te przypuszczenia Zamawiającego, w tym wskazało, że z uwagi na zakaz dokonywania jakichkolwiek zmian w przedmiarach robót (w tym nakładów jednostkowych na robociznę), nie miał innej możliwości urealnienia ceny za wykonanie tych zakresów robót w sytuacji, gdy nakłady rzeczowe zawarte w katalogach KNR nie odpowiadają rzeczywistym koniecznym nakładom pracy. (...) Natomiast Odwołujący nie był w stanie wykazać, że nakłady pracy w tych pozycjach wg KNR są w pełni aktualne i odpowiadają współczesnym realiom wykonywania takich prac. (...) Skoro oczywiste jest, że nakłady robocizny w pozycjach wskazanych w odwołaniu nie odpowiadają współczesnym realiom, odwołanie nie identyfikuje żadnych okoliczności faktycznych wskazujących na nieuczciwe manipulowanie przez Konsorcjum stawkami roboczogodziny.”* W przedmiotowej sprawie Odwołujący nie odniósł się do zasad wyceny przedstawionych w wyjaśnieniach SKANSKA, a w szczególności nie podważył skutecznie argumentacji popartej przez Przystępującego dowodami (ofertami podwykonawców), że nakłady rzeczowe, które nie mogły zostać zmienione w kosztorysach wykonawców nie odpowiadają współczesnym możliwościom. Dodać należy, w odniesieniu do stanowiska Odwołującego z odwołania, że zaoferowanie najniższej ceny w postępowaniu przez Wykonawcę SKANSKA nie może a priori prowadzić do wniosku o zastosowaniu dumpingu cenowego, a w przedmiotowym postępowaniu mając na względzie nieznaczne różnice cenowe pomiędzy ceną oferty Odwołującego i Przystępującego jest raczej konsekwencją uczciwego konkurowania. Mając na względzie powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 575 oraz art. 574 ustawy pzp, a także w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 8 ust. 2 pkt 1 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 (Dz. U. z 2020 r., poz. 2437 ze zm.) zaliczając na poczet niniejszego postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania uiszczony przez Odwołującego oraz zasądzając od Odwołującego na rzecz Zamawiającego koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3 600,00 zł na podstawie faktury Vat złożonej przez Zamawiającego na rozprawie.

Przewodniczący: