

WYROK

Warszawa, dnia 20 lutego 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodnicząca: Beata Pakulska-Banach

Protokolant: Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 lutego 2024 r. przez wykonawcę ERBUD INTERNATIONAL Sp. z o.o. z siedzibą w Jasionce w postępowaniu prowadzonym przez Uniwersytet Medyczny w Łodzi

przy udziale uczestnika po stronie Zamawiającego – wykonawcy Skanska S.A. z siedzibą w Warszawie

orzeka:

1. Uwzględnia 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.
2. W pozostałym zakresie oddala odwołanie.
3. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę ERBUD INTERNATIONAL Sp. z o.o. z siedzibą w Jasionce w części 3/4 oraz Zamawiającego: Uniwersytet Medyczny w Łodzi w części 1/4, i:
 - 3.1. 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), poniesioną przez tego wykonawcę tytułem wynagrodzenia pełnomocnika, a także kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), poniesioną przez Zamawiającego – Uniwersytet Medyczny w Łodzi tytułem wynagrodzenia pełnomocnika;
 - 3.2. zasądza od Zamawiającego – Uniwersytetu Medycznego w Łodzi na rzecz wykonawcy ERBUD INTERNATIONAL Sp. z o.o. z siedzibą w Jasionce kwotę 3 200 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące dwieście złotych zero groszy), stanowiącą należną Odwołuującemu, po stosunkowym rozdzieleniu, część kosztów postępowania odwoławczego.

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.

Przewodnicząca:.....

UZASADNIENIE

Uniwersytet Medyczny w Łodzi, zwany dalej: „Zamawiającym”, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r., poz. 1605, ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp” lub „Pzp”, na realizację zadania pn.: „Budowa Budynku Radioterapii w ramach Drugiego etapu Centrum Kliniczno-Dydaktycznego Uniwersytetu Medycznego w Łodzi wraz z Akademickim Ośrodkiem Onkologicznym – roboty wykończeniowe”, numer referencyjny: ZP/90/2023.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 16.08.2023 r., numer: 2023/S 156-498397. Wartość zamówienia przekracza progi unijne, określone w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy Pzp.

Wykonawca - ERBUD INTERNATIONAL Sp. z o.o. z siedzibą w Jasionce (zwany dalej „Odwołującym”) w dniu lutego 2024 r. wniósł odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy czynności i zaniechań czynności Zamawiającego, tj. od:

1. zaniechania zażądania przez Zamawiającego od wykonawcy SKANSKA S.A. z siedzibą w Warszawie, dalej: „SKANSKA”, na podstawie art. 224 ust. 1 Pzp w zw. z art. 224 ust. 3 i 4 Pzp wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia zawartych w ofercie SKANSKA: ceny lub kosztu, lub ich istotnych części;
2. zaniechania przez Zamawiającego odrzucenia oferty SKANSKA na podstawie art. 224 ust. 6 Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp jako oferty zawierającej rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia;
3. dokonania wyboru oferty SKANSKA jako najkorzystniejszej oferty złożonej w Postępowaniu w sytuacji, w której oferta SKANSKA jest ofertą z rażąco niską ceną lub kosztem, a SKANSKA nie przedłożyła żadnych wyjaśnień wraz z dowodami, które uzasadniałyby podaną w ofercie cenę oraz jej istotne elementy.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- 1) art. 224 ust. 1 Pzp w zw. z art. 224 ust. 3 i 4 Pzp w zw. z art. 16 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. poprzez zaniechanie przez Zamawiającego zażądania od wykonawcy SKANSKA wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia zawartych w ofercie SKANSKA: ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych, w sytuacji w której istotne części składowe ceny zawarte w kosztorysach nakładczych SKANSKA (dołączonych do oferty) wydają się być rażąco niskie, co stanowi również naruszenie zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców w Postępowaniu;
- 2) art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp 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 Pzp oraz art. 224 ust. 3 pkt 6 Pzp;
- 3) art. 226 ust. 1 pkt 5 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.;
- 4) art. 226 ust. 1 pkt 7 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;
- 5) art. 239 ust. 1 i 2 Pzp poprzez dokonanie przez Zamawiającego wyboru, jako oferty najkorzystniejszej, oferty SKANSKA, która podlega odrzuceniu.

W oparciu o powyższe Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy SKANSKA;
2. zażądania od wykonawcy SKANSKA w trybie art. 224 ust. 1 Pzp w zw. z art. 224 ust. 3 i 4 Pzp wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych (w tym w zakresie przyjętych do wyliczenia ceny kosztów pracy oraz stawek roboczogodziny wynikających z kosztorysu ofertowego);
3. dokonania powtórnej oceny i wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ofert nieodrzuconych i złożonych przez wykonawców niewykluczonych z niniejszego Postępowania.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podnosił co następuje.

W pierwszej kolejności Odwołujący zwrócił uwagę na postanowienia Rozdziału XIV SWZ (punkt 14.1., 14.2., 14.3. i 14.7.) dotyczące sposobu obliczenia ceny oferty, jak również na projektowane postanowienia wzoru umowy, stanowiącego załącznik do SWZ (§ 8 i § 21). Odwołujący stwierdził, że w świetle przywołanych przez niego postanowień SWZ 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 niż 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.

Jednocześnie Odwołujący zauważył, iż w art. 224 ust. 3 pkt 4 Pzp ustawodawca przesądził, że wartość kosztów pracy przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie właściwych przepisów. Natomiast 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 4.242,00,00 zł (brutto), zaś stawka godzinowa w wysokości 27,70 zł (brutto).

W dalszej kolejności Odwołujący bezpośrednio odniósł się do oferty SKANSKA wskazując, że wykonawca ten wypełniając kosztorysy nakładcze i określając cenę oferty w odniesieniu do szeregu prac realizowanych przez osoby wykonujące roboty budowlane przyjął ceny jednostkowe za 1 roboczogodzinę poniżej stawki godzinowej za pracę obowiązującej od 1 stycznia 2024 r., tj. poniżej 27,70 zł (brutto). Odwołujący załączył do odwołania zestawienie cen jednostkowych zawartych w kosztorysie nakładczym złożonym wraz z ofertą przez SKANSKA, na potwierdzenie podnoszonych zarzutów. Jednocześnie przykładowo zauważył, że w skrajnych przypadkach ceny jednostkowe zaoficerowane przez wykonawcę SKANSKA wynoszą:

- Kosztorys 2.1. poz. 39 - Robotnicy (ATH 31) (ATH 36) (ATH 28) (ATH 28) – 1,49 zł (!)
- Kosztorys 2.1. poz. 65 Robotnicy (ATH 31) (ATH 36) (ATH 28) – 5,40 zł (!)
- Kosztorys 2.1. poz. 98 Robotnicy (ATH 31) (ATH 36) (ATH 28) (ATH 28) – 5,40 zł (!)
- Kosztorys 2.1. poz. 100 Robotnicy (ATH 31) (ATH 36) (ATH 39) (ATH 27) (ATH 29) – 4,28 zł (!)
- Kosztorys 2.1. poz. 127 Robotnicy (ATH 1) (ATH25) (ATH 31) (ATH 33) – 1,83 zł (!)
- Kosztorys 2.4. poz. 27 Monter-instalator grupa V – 4,28 zł (!)
- Kosztorys 2.4. poz. 30 Monter-instalator grupa I – 3,98 zł (!)
- Kosztorys 2.4. poz. 66 Robotnicy – 3,72 zł (!)
- Kosztorys 2.9. poz. 22 Robotnicy – 3,17 zł (!).

Odwołujący podkreślił, że z przeprowadzonej przez niego analizy wynika, że łączna różnica w wartości kosztów prac przyjętych przez SKANSKA na podstawie заниzonych cen jednostkowych wynagrodzenia w stosunku do minimalnej stawki godzinowej za pracę obowiązującej od 1 stycznia 2024 r. wynosi aż 3.300,479,83 zł. W ocenie Odwołującego, takie zachowanie wykonawcy 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.

Odwołujący zauważył również, że Zamawiający w tej sprawie nie skorzystał z procedury, o której mowa w art. 224 ust. 1 w zw. z art. 224 ust. 3 Pzp i nie wezwał wykonawcy SKANSKA do przedstawienia sposobu kalkulacji ceny oferty, w szczególności w zakresie określonym art. 224 ust. 4 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 Rezerwac 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.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 224 ust. 1 Pzp w zw. z art. 224 ust. 3 i 4 Pzp w zw. z art. 16 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., Odwołujący powołał się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 września 2021 roku, sygn. akt: KIO 2443/21. Odwołujący stwierdził przy tym, że zaniechanie przez Zamawiającego zażądania od wykonawcy SKANSKA wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia zawartych w ofercie SKANSKA: ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych, w sytuacji w której istotne części składowe ceny (ceny jednostkowe wskazane w kosztorysach nakładczych SKANSKA) wydają się być rażąco niskie - w szczególności w zestawieniu ze stawką godzinową minimalnego wynagrodzenia za pracę obowiązującą od 1 stycznia 2024r., stanowi naruszenie art. 224 ust. 1 Pzp w zw. z art. 224 ust. 3 i 4 Pzp w zw. z art. 16 Pzp.

Odwołujący podkreślił ponadto, że Zamawiający zobowiązany był wziąć pod uwagę zarówno: wszelkie koszty, jakie będzie ponosił wykonawca z tytułu zatrudniania pracownika, wynikające z obowiązujących przepisów prawa, jak i realny czas, przez jaki pracownik (osoba pozostająca w stosunku pracy - umowa o pracę) będzie świadczyła pracę,

otrzymując określone wynagrodzenie miesięczne. Wykonawca, chcąc rzetelnie skalkulować koszty pracy, zgodnie z obowiązującymi go przepisami, tak aby móc obliczyć (wyznaczyć) stawkę robocizny (roboczegodzinny), wynikającą z wynagrodzenia pracownika, musi przede wszystkim obliczyć efektywny czas świadczenia pracy przez pracownika zatrudnionego na podstawie umowy o pracę. Odwołujący zwrócił także uwagę na wiążące pracodawców przepisy, w tym Kodeksu pracy, ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych, ustawy o ubezpieczeniu społecznym z tytułu wypadków przy pracy i chorób zawodowych, ustawy o minimalnym wynagrodzeniu za pracę, a także rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 14 września 2023 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2024 r.

Zdaniem Odwołującego, zaproponowane przez SKANSKA ceny jednostkowe nie uwzględniają wszystkich kosztów zatrudnienia pracownika do realizacji prac wskazanych w kosztorysach nakładczych. Odwołujący zwrócił także uwagę na brak wyjaśnienia przez Zamawiającego kwestii tego, czy cena lub jej istotne elementy składowe zawarte w ofercie SKANSKA są rażąco niskie dyskwalifikuje czynność oceny i wyboru oferty SKANSKA jako oferty najkorzystniejszej złożonej w Postępowaniu. Podkreślił, że szereg cen jednostkowych zawartych w kosztorysach ofertowych SKANSKA jest wielokrotnie niższych od stawki godzinowej minimalnego wynagrodzenia za pracę, obowiązującej od 1 stycznia 2024 r. W ocenie Odwołującego przyjęte przez SKANSKA ceny jednostkowe w kosztorysach nakładczych zostały ustalone niezgodnie z obowiązującymi przepisami prawa, w tym zwłaszcza niezgodnie z ww. przepisami z zakresu prawa pracy lub zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie.

Reasumując, Odwołujący stwierdził, że z tego też względu należy uznać, że dokonana przez Zamawiającego ocena oferty SKANSKA jest wadliwa, bowiem oferta wykonawcy SKANSKA zawiera cenę lub jej istotne elementy składowe rażąco niskie, wykazujące wprost niezgodność z przepisami art. 224 ust. 3 pkt 4 oraz art. 224 ust. 3 pkt 6 Pzp, powinna zostać odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp.

Odwołujący podniósł także, że takie zachowanie Zamawiającego stanowi ponadtonaruszenie art. 16 Pzp, bowiem Zamawiający nie zapewnił zachowania zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców w Postępowaniu i nie prowadził Postępowania w sposób przejrzysty. Pomimo nałożenia określonych obowiązków w SWZ w zakresie kalkulacji ceny oraz podania cen jednostkowych uwzględniających wszelkie koszty, o których mowa w § 8 ust. 10 wzoru umowy, Zamawiający nie zweryfikował tego, czy oferta SKANSKA jest zgodna z tymi wymogami, pomimo że każdy z wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia powinien spełniać te wymogi, co uzasadnia tezę, iż Zamawiający nie traktuje równo uczestników Postępowania.

Dalej Odwołujący wskazał, że powyższe twierdzenia dowodzą również tezy, że oferta SKANSKA zawiera cenę lub jej istotne elementy składowe rażąco niskie. Zdaniem Odwołującego, zaniechanie przez Zamawiającego 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 Pzp oraz art. 224 ust. 3 pkt 6 Pzp, stanowi naruszenie przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp.

Odnośnie zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp Odwołujący podnosił, iż z uwagi na nieskorzystanie przez Zamawiającego z procedury opisanej w art. 224 ust. 1 w zw. z art. 224 ust. 3 i 4 Pzp brak jest danych, które umożliwiłyby Zamawiającemu dokonanie w toku Postępowania oceny zgodności oferty SKANSKA z warunkami zamówienia. Czynność oceny i wyboru oferty SKANSKA dokonana przez Zamawiającego obciążona jest wadą, bowiem Zamawiający 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 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 ocenie Odwołującego powyższe wskazuje na naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5 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.

Zdaniem Odwołującego, Zamawiający dopuścił się również naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp. Odwołujący w tym zakresie powołał się na przepis art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, w którym określono definicję czynu nieuczciwej konkurencji. Odwołujący podkreślił też, że z uwagi na nieskorzystanie przez Zamawiającego z procedury opisanej w art. 224 ust. 1 Pzp w zw. z art. 224 ust. 3 i 4 Pzp brak jest danych, które umożliwiłyby Zamawiającemu dokonanie w toku Postępowania oceny oferty SKANSKA przez pryzmat treści art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Jednakże, w jego ocenie 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. W konsekwencji oznacza to, iż

zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy SKANSKA jako oferty, która mogła zostać złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, stanowi naruszenie przez Zamawiającego art. 226 ust.1 pkt 7 Pzp w zw. z art. 16 Pzp.

Reasumując, Odwołujący stwierdził, że konsekwencją uwzględnienia zasadności powyższych zarzutów jest uznanie, że czynność wyboru oferty SKANSKA przez Zamawiającego jako oferty najkorzystniejszej złożonej w Postępowaniu jest wadliwa, naruszająca art. 239 ust. 1 i 2 Pzp, gdyż oferta ta powinna zostać odrzucona przez Zamawiającego.

W oparciu o powyższe Odwołujący wnosil jak na wstępie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Pismem z dnia 7.02.2024 r. wykonawca Skanska S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Uczestnik postępowania” lub jako: „Skanska”) zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Izba stwierdziła, że przystąpienie zostało dokonane zgodnie z wymogami określonymi w art. 525 ust. 1 i 2 ustawy Pzp.

W dniu 15.02.2023 roku Zamawiający wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odpowiedź na odwołanie, w której wnosil o oddalenie odwołania w całości.

Także w dniu 15.02.2023 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło stanowisko pisemne Uczestnika postępowania, zawierające jego argumentację w sprawie.

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.*

§ 8 wzoru umowy, stanowiącego załącznik nr 3 do SWZ – na który powoływał się Odwołujący – jest o treści następującej:

§ 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 Rezerwac 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.

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, tj. poniżej minimalnej stawki godzinowej obowiązującej od dnia 1 stycznia 2024 roku.

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 rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a także uwzględniając dowody oraz stanowiska Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. istnienie po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia przez niego szkody z uwagi na kwestionowane czynności zamawiającego.

Ponadto Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp.

Odwołanie zasługuje częściowo na uwzględnienie.

Na wstępie należałoby przytoczyć treść przepisów, których naruszenie zarzuca Odwołujący.

I tak zgodnie z art. 224 ust. 1 - 4 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;

2) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania, w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych, zamawiający może zwrócić się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1.

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 2020 r. poz. 2207) 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.

Zgodnie 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. (Dz. U. z 2023 r., poz. 1893): od dnia 1 stycznia 2024 r. ustala się minimalną stawkę godzinową w wysokości 27,70 zł.

Z dyspozycji art. 16 ustawy Pzp wynika, że: Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

- 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;
- 2) przejrzysty;
- 3) proporcjonalny.

Natomiast stosownie do art. 226 ust. 1 pkt 5, 7 i 8 ustawy Pzp: 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;
- 8) zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Przepis art. 239 ust. 1 i 2 stanowi, iż:

1. Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.
2. Najkorzystniejsza oferta to oferta przedstawiająca najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu lub oferta z najniższą ceną lub kosztem.

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.

Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu przewidział wynagrodzenie kosztorysowe (§ 8 ust. 1 wzoru Umowy, stanowiącego załącznik nr 3 do SWZ) i 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 (Rozdział 12 punkt 12.1. podpunkt 3) SWZ).

Zgodnie z Rozdziałem 14 punkt 14.1. SWZ podstawę wyliczenia ceny oferty miały stanowić kosztorysy nakładcze, czyli wspomniane powyżej załączniki nr 2.01 – 2.11 do SWZ, przy czym zgodnie z punktem 14.7. SWZ w cenie ofertowej wykonawca zobowiązany był ująć wszystkie przewidywane koszty związane z realizacją zamówienia.

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.

Jak wynika z art. 224 ust. 1 ustawy Pzp 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.

Podkreślić należy, że ustawodawca zwraca szczególną uwagę na konieczność zgodności wyliczenia ceny oferty lub kosztu, lub ich istotnych części składowych pod kątem 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, a także zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, co bezpośrednio wynika z art. 224 ust. 3 pkt 4 i 6 ustawy Pzp.

Nadto, w przypadku zamówień na roboty budowlane, w sytuacji, gdy ziszczą się przesłanki do żądania wyjaśnień od wykonawcy w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu (lub ich istotnych części składowych), zamawiający jest zobowiązany żądać takich wyjaśnień co najmniej 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.

Bezsporne jest, że zgodnie z powołanym powyżej Rozporządzeniem Rady Ministrów w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2024 r., od dnia 1 stycznia 2024 r. obowiązuje minimalna stawka godzinowa w wysokości 27,70 zł brutto. Bezsporne jest także to, że wykonawca Skanska S.A. w kosztorysach nakładczych, załączonych do oferty, w zestawieniach kosztów robocizny ustalił stawkę 1 roboczogodziny poniżej 27,70 zł (i to wielokrotnie).

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. Zamawiający w swojej argumentacji zwracał uwagę m.in. na średnią arytmetyczną cen ofert w odniesieniu do zakwestionowanych przez Odwołującego kosztorysów nakładczych wykonawcy Skanska S.A., wskazując, że cena zaoferowana przez tego wykonawcę w tym zakresie jest jedynie niższa o 11,1 % od średniej arytmetycznej wszystkich ofert. Ponadto, wskazywał, że całkowita cena oferty wykonawcy Skanska S.A. jest niższa tylko o 12,38% od średniej arytmetycznej całkowitej wartości złożonych ofert. Z powyższego Zamawiający wywodził, iż w efekcie nie było podstaw do przyjęcia, że cena wykonawcy Skanska S.A. zawiera rażąco niską część składową, jaką były zakwestionowane przez Odwołującego kosztorysy. Zamawiający zwrócił również uwagę na porównywalność wartości poszczególnych kosztorysów złożonych przez Odwołującego i wykonawcę Skanska S.A. Ponadto, Zamawiający podkreślał, że nie należy utożsamiać stawki roboczogodziny kosztorysowej ze stawką godzinową pracownika. Wyjaśniał, że roboczogodzina jest jednostką miary robocizny, która wyraża normę ilościową wykonania przez jednego robotnika w czasie jednej godziny określonego zakresu robót. Z kolei Uczestnik postępowania odwoławczego dodatkowo wyjaśniał, że przyjęte przez niego wartości roboczogodzin wynikają z przyjęcia realnych wartości poszczególnych prac, z uwagi na założenie zmniejszonego nakładu pracy.

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.

Wprawdzie w rozpoznawanej sprawie nie można mówić, że cena oferty wydaje się być rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia lub powinna budzić wątpliwości zamawiającego, jednakże powstaje pytanie czy takie wątpliwości nie zachodzą w stosunku do istotnych części składowych. W ocenie Izby odpowiedź na tak postawione pytanie jest twierdząca. 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.

Należy też zauważyć, że Zamawiający nie powinien domniemywać przyczyn dla których wykonawca przyjął określone stawki za 1 roboczogodzinę. Tymczasem, argumentacja przedstawiana przez Zamawiającego, o tym, że zarzuty Odwołującego opierają się na błędnym założeniu, tj. utożsamianiu stawki roboczogodziny kosztorysowej ze stawką godzinową pracownika wskazują na to, że Zamawiający - samoistnie - bez żadnego oparcia w wyjaśnieniach wykonawcy - przyjął określone założenia, które rzekomo miały decydować o sposobie kalkulacji stawki 1 roboczogodziny kosztorysowej wykonawcy Skanska S.A. (a mianowicie takie, że wykonawca ten uwzględnił rzeczywisty nakład pracy, co spowodowało konieczność odpowiedniego skalkulowania stawki roboczogodziny dla danej pozycji zestawienia). Nawet, jeśli tak jest, to powinno to być przedmiotem badania i oceny Zamawiającego, który przecież wymagał złożenia kosztorysów nakładczych i zgodnie z punktem 14.2. SWZ nie wyrażał zgody na modyfikację kosztorysów nakładczych w zakresie podstaw wyceny, przedmiarów robót i nakładów jednostkowych na robociznę.

Dodać należy, że złożony przez Uczestnika postępowania odwoławczego dowód w postaci zaświadczenia z firmy Skanska S.A. o tym, że wszyscy pracownicy tej firmy 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.

Co do kwestii powoływanej przez Uczestnika postępowania odwoławczego, iż cena ogólna oferty zawiera wartość roboczogodziny 45,03 zł (średnia cena 1 roboczogodziny), nie dowodzi tego, że cena oferty została skalkulowana w sposób prawidłowy. Oczywiście jest, że w zależności od doświadczenia i kwalifikacji pracownicy mają ustalone wynagrodzenia na różnym poziomie, częstokroć znacznie wyższym niż wynagrodzenie minimalne. Przedmiotem zamówienia są roboty budowlane, w których wymagani są pracownicy o różnych kwalifikacjach. 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.

Pozostałe dowody złożone na rozprawie, w tym oferty pochodzące od podwykonawców i kontrahentów (tj. oferty firm: Seadmed s.c., Swegon Sp. z o.o., Intelhouse, ABBUD, Presto, NastBud) Izba uznała za niemające istotnego znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy na tym etapie postępowania, tj. w sytuacji, gdy Zamawiający nie dokonał jeszcze postępowania wyjaśniającego w trybie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp.

Z uwagi na powyższe Izba 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. - 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.

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.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 557 i art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o § 7 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Zgodnie z § 7 ust. 2 pkt 1 ww. rozporządzenia: w przypadku uwzględnienia odwołania przez Izbę w części, koszty ponoszą odwołujący i zamawiający, jeżeli w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił żaden wykonawca albo uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów przedstawionych w odwołaniu w całości albo w części,

Stosownie do § 5 pkt 1 i pkt 2 ww. rozporządzenia do kosztów postępowania odwoławczego zalicza się wpis oraz uzasadnione koszty stron, w wysokości określonej na podstawie rachunków lub spisu kosztów, złożonych do akt sprawy, obejmujące m.in. wynagrodzenie i wydatki jednego pełnomocnika, jednak nieprzekraczające łącznie kwoty 3600 złotych.

Izba zaliczyła w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000,00 zł uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz kwoty po 3 600,00 zł, stanowiące koszty związane z wynagrodzeniem pełnomocników Odwołującego i Zamawiającego,

Izba stosunkowo rozdzieliła pomiędzy Stronami koszty postępowania odwoławczego mając na uwadze liczbę zarzutów uwzględnionych (1) do oddalonych (3). Przy stosunkowym rozdzieleniu kosztów Izba nie wzięła pod uwagę zarzutu z punktu III.5) *petitum* odwołania, tj. zarzutu dokonania przez Zamawiającego wyboru, jako oferty najkorzystniejszej, oferty wykonawcy Skanska S.A., podlegającej odrzuceniu, traktując ten zarzut jako zarzut wynikowy.

W oparciu o powyższe Izba zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 3 200 zł, stanowiącą należną Odwołującemu, po stosunkowym rozdzieleniu, część kosztów postępowania odwoławczego.

Mając powyższe na uwadze Izba orzekła jak w sentencji.

Przewodnicząca: