WYROK
z dnia 11 lipca 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca:Monika Kawa-Ogorzałek
Protokolantka: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 lipca 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 czerwca 2023 r. przez wykonawcę **A. O. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą Firma Usługowa KOMPLEX A. O.** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Marklowice,**
przy udziale wykonawcy **BAUVIP Sp. z o.o. z siedzibą w Marklowicach**zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł (słownie: dziesięć tysięcy złotych) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Odwołującego na rzecz wykonawcy BAUVIP Sp. z o.o. z siedzibą w Marklowicach kwotę 3617 zł (słownie: trzy tysiące sześćset siedemnaście złotych) stanowiącą zwrot kosztów z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz opłaty skarbowej od pełnomocnictwa.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 t.j.) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący …..……..

UZASADNIENIE

Zamawiający – Gmina Marklowice prowadzi na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022r., poz. 1710 ze zm.; dalej: Pzp) postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie pn. „Podniesienie walorów turystycznych Gminy Marklowice".

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w biuletynie Zamówień Publicznych nr 2023/BZP 00194637.

W dniu 26 czerwca 2023 r. wykonawca A. O. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą Firma Usługowa KOMPLEX A.O. (dalej: „Odwołujący") wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec niezgodnych z prawem czynności Zamawiającego polegających na:

1. wyborze jako najkorzystniejszej oferty Wykonawcy BAUVIP Sp. z o.o. z siedzibą w Marklowicach (dalej: „Przystępujący" lub „BAUVIP")

oraz:

2. zaniechaniu odrzucenia oferty Przystępującego pomimo, iż jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia określonymi w SWZ.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 226 ust. 1 pkt 3 i 5 oraz art. 16 i art. 17 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty BAUVIP, której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia określonymi w SWZ i w Załączniku nr 5 do SWZ Wzór umowy oraz przepisami prawa o minimalnym wynagrodzeniu za pracę, z uwagi na przyjęcie do ustalenia ceny oferty w dwóch kosztorysach tj. dotyczącym budowy i remontu ścieżek oraz uzupełnienia odwodnienia, stawki roboczogodziny niezgodnej z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, ustalonymi na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz.U. z 2020 r. poz. 2207) oraz dokonanie wyboru tej oferty jako najkorzystniejszej, wbrew zasadom określonym w art. 16 i 17 Pzp;

2) art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 218 ust. 2 Pzp oraz art. 16 i art. 17 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy BAUVIP, której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia określonymi w SWZ i w Załączniku nr 5 do SWZ Wzór umowy, z uwagi na przyjęcie w kosztorysach do ustalenia ceny dwóch różnych stawek roboczogodziny (25 zł i 36 zł), co jest niedopuszczalne w kontekście wymagań Zamawiającego określonych w Załączniku nr 5 do SWZ stanowiącym wzór umowy, gdzie Zamawiający określił, iż w przypadku wystąpienia robót dodatkowych zostaną one rozliczone na podstawie kosztorysów powykonawczych przy zastosowaniu stawek roboczogodziny określonych w ofercie, a zatem gdyby zaszła potrzeba przeprowadzenia robót dodatkowych to nie byłoby wiadomo według jakiej stawki roboczogodziny miałyby one być rozliczone oraz dokonanie wyboru tej oferty jako najkorzystniejszej, wbrew zasadom określonym w art. 16 i 17 Pzp;

i niezależnie zarzucam także naruszenie:

3) art. 224 ust. 1 w zw. z art. 16 i art. 17 Pzp – przez zaniechanie wezwania BAUVIP do wyjaśnienia sposobu wyliczenia kosztów oferty, pomimo, że istotne części składowe ceny tej oferty tj. przyjęte stawki roboczogodziny w kosztorysach

dotyczących wykonania remontu i odbudowy ścieżek oraz uzupełnienia odwodnienia, wydają się rażąco niskie (nie tylko w porównaniu do stawek przyjętych przez odwołującą, ale nawet w porównaniu ze stawką przyjętą przez BAUVIP w kosztorysie dotyczącym oświetlenia) i powinny budzić wątpliwości Zamawiającego, tak co do ich zgodności z przepisami prawa, jak i co do możliwości wykonania
przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w SWZ, co łącznie doprowadziło do udzielenia zamówienia, wbrew zasadom określonym w art. 16 i 17 Pzp, Wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy i co stanowi naruszenie zasady prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, a także zapewniający najlepszą jakość przedmiotu zamówienia.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz o nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienie czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty Przystępującego
i zobowiązanie Zamawiającego do:
2. powtórzenia czynności oceny ofert;
3. odrzucenia oferty Przystępującego;
4. dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty spośród pozostałych nieodrzuconych ofert.

Uzasadniając zarzuty odwołania Odwołujący wskazał, że w dziale VI Specyfikacji warunków zamówienia (SWZ) Opis przedmiotu zamówienia Zamawiający postawił wymóg wykonania konstrukcji i nawierzchni ścieżek przez osoby zatrudnione przez Wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie umowy o pracę, w okolicznościach, o których mowa w art. 95 ustawy. Jednocześnie, stosowanie do treści art. 438 Pzp, w treści Załącznika nr 5 Wzór umowy, Zamawiający zawarł postanowienia dotyczące weryfikacji spełniania przez Wykonawcę lub Podwykonawcę wymogu zatrudnienia na podstawie umowy o pracę osób wykonujących wskazane wyżej czynności. Ponadto w projektowanych zapisach umowy (art. 16) zawarto postanowienia dotyczące możliwość zmiany wysokości wynagrodzenia umownego wykonawcy w przypadku zmiany wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę, albo wysokości minimalnej stawki godzinowej, w przypadku zmian zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub zmiany wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne, zasad gromadzenia i wysokości wpłat do pracowniczych planów kapitałowych.

W opinii Odwołującego, powyższe zapisy SWZ oraz Załącznika nr 5 do SWZ Wzoru umowy, wskazują jednoznacznie, iż Zamawiający konstruując SWZ przewidywał konieczność zabezpieczenia praw pracowniczych i zakładał weryfikację ofert pod kątem ich zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny, zgodnie z art. 224 Pzp, 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. Pomimo tego Zamawiający uznał za najkorzystniejszą ofertę BAUVIP, w której za podstawę obliczenia ceny przyjęto stawkę roboczogodziny w kwocie 25 zł tj. stawkę, która w/w wymagań nie spełnia. Zgodnie bowiem z treścią rozporządzenia Rady Ministrów w sprawie wysokości minimalnego
wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2023 r. z dnia 13 września 2022 r. (Dz.U. z 2022 r. poz. 1952) wydanego na podstawie art. 2 ust. 5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz.U. Z 2020 r. poz. 2207), od dnia 1 stycznia 2023 r. minimalne wynagrodzenie za pracę zostało ustalone w wysokości 3 490 zł, a minimalna stawka godzinowa dla umów cywilnoprawnych w wysokości 22,80 zł. Zatem: przyjmując średni miesięczny czas pracy dla 2023 r. wynoszący 167 godzin, po podzieleniu kwoty minimalnego wynagrodzenia za pracę 3 490 zł przez średni miesięczny czas pracy, wyjściowa stawka za roboczo-godzinę wynosi 20,8982 zł. Zgodnie z cytowaną wyżej ustawą oraz wytycznymi kosztorysowania, do tak ustalonej stawki wyjściowej należy doliczyć narzuty podstawowe:

- 9,76% ubezpieczenia emerytalnego (20,8982 x 0,0976) - 2,0397 zł,
- 6,50% ubezpieczenia rentowego (20,8982 x 0,0650) - 1,3584 zł,
- 2,00% ubezpieczenia wypadkowego (20,8982 x 0,0200) - 0,4180 zł,
- 2,45% Funduszu Pracy (20,8982 x 0,0245) - 0,5120 zł,
- 0,10% Funduszu Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych (20,8982 x 0,0100) - 0,0209 zł,
- 1,50% Funduszu Emerytur Pomostowych (20,8982 x 0,0150) - 0,3135 zł,
- 2,83% absencji chorobowej za pierwsze 33 dni nieobecności opłacana przez pracodawcę (20,8982 x 0,0283) - 0,5914 zł

RAZEM - 5,2539 zł;

oraz narzuty uzupełniające tj. 1/11 wymiaru urlopu wypoczynkowego, 1/11 ekwiwalentu za odzież roboczą, 1/11 ekwiwalentu za pranie odzieży roboczej, 1/11 koszty jednego obowiązkowego corocznego badania lekarskiego, czyli razem - 3,2018 zł.

Ogółem narzuty na stawkę minimalną - 8,4557 zł. Zgodnie więc z powyższymi wyliczeniami, wartość minimalnej

kalkulacyjnej stawki godzinowej w pierwszej połowie 2023 roku wynosi: 20,8982 + 8,4557= 29,3539 zł, a w zaokrągleniu do dwóch miejsc po przecinku (jak wymagał Zamawiający w SWZ) jest to wartość: 29,35 zł.

W konsekwencji przyjęta przez Przystępującego stawka roboczogodziny tj. 25 zł albo nie zabezpiecza praw pracowniczych do otrzymania minimalnego wynagrodzenia gwarantowanego przepisami prawa, albo została błędnie skalkulowana (bez uwzględnienia wszystkich wymaganych przepisami prawa elementów). Niezależnie od tego, z którym z tych przypadków mamy do czynienia – oferta BAUVIP jest niezgodna z postanowieniami SWZ oraz przepisami prawa. Należy nadmienić, iż obowiązek doliczenia do kosztów wynagrodzenia również kosztów obligatoryjnych obciążeń płac znajduje potwierdzenie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej (vide: wyrok z dnia 04.06.2021 r., sygn. akt KIO 1441/21, wyrok z dnia 10.02.2020 r., sygn. akt KIO 150/20, wyrok z dnia 10.01.2020 r., sygn. akt KIO 2635/19). Wskazuje się w nich, że całkowite wydatki związane z zatrudnieniem pracownika, leżące po stronie pracodawcy, obejmują również obowiązki wynikające z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie. Zdaniem Odwołującego obowiązek uwzględnienia w kosztach wynagrodzenia również kosztów obligatoryjnych obciążeń płac znajduje potwierdzenie także w zapisach SWZ dział XIX Sposób obliczenia ceny, gdzie wskazano, że: ceną ofertową jest cena brutto, wartość ceny ofertowej należy udokumentować kosztorysem szczegółowym sporządzonym na podstawie załączonego przedmiaru i innych składników cenotwórczych i skróconym kosztorysem z podaniem cen jednostkowych poszczególnych pozycji kosztorysowych oraz, że cena musi zawierać całość robót i muszą w niej być zawarte wszelkie cła, podatki i inne należności płatne przez Wykonawcę. Dodatkowo w cenie oferty należy uwzględnić również koszty obsługi finansowej inwestycji z uwagi na to, że jest ono realizowane przy wsparciu programu rządowego funduszu Polski Ład.

Uwzględniając powyższe Odwołujący stwierdził, że oferta BAUVIP jest niezgodna SWZ oraz przepisami ustawy i w związku z tym powinna zostać odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 3 i 5 Pzp.

Kolejno Odwołujący wskazał, iż oferta BAUVIP jest niezgodna w wymaganiami określonymi w dokumentach postępowania także z innego powodu. Do oferty tej załączono kosztorysy, w których jako podstawę ustalenia ceny ofertowej, wskazano dwie różne stawki roboczogodziny. W kosztorysie dotyczącym wykonania remontu i odbudowy ścieżek oraz kosztorysie dotyczącym uzupełnienia odwodnienia, stawka roboczogodziny wynosi 25 zł, a w kosztorysie dotyczącym oświetlenia 36 zł. Zdaniem Odwołującego przyjęcie dwóch różnych stawek roboczogodziny jest niedopuszczalne, albowiem w Załączniku nr 5 do SWZ stanowiącym wzór umowy, Zamawiający założył, że w przypadku konieczności wykonania robót dodatkowych niezbędnych do realizacji zadania, o roboty te zostaną rozliczone podstawie kosztorysów powykonawczych, sporządzonych między innymi w oparciu o stawkę o roboczogodziny określoną w ofercie (art. 11 ust. 9). Biorąc pod uwagę powyższe należy zwrócić uwagę, że w przypadku konieczności wykonania robót dodatkowych, nie będzie wiadomo jaką stawkę roboczogodziny Wykonawca powinien przyjąć, a Zamawiający zaakceptować, w kosztorysie powykonawczym.

Zdaniem Odwołującego, w niniejszym przypadku dokumenty dotyczące postępowania jednoznacznie wskazują na obowiązek podania jednej stawki roboczogodziny do wszystkich robót. Stąd także i z tej przyczyny oferta BAUVIP powinna być odrzucona na postawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp jako niezgodna z warunkami zamówienia.

Kolejno Odwołujący zarzucił, że Zamawiający nie dokonał żadnej analizy cen jednostkowych zawartych w ofercie BAUVIP, co stanowi o rażące naruszenie przepisów Pzp, w tym także zasad prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, a także zapewniający najlepszą jakość przedmiotu zamówienia (art. 16 i 17 ustawy Pzp). Gdyby bowiem Zamawiający dokonał badania cen i jednostkowych w ofercie BAUVIP, przyjęte przez tego Wykonawcę, koszty roboczogodziny powinny zwrócić uwagę Zamawiającego, zarówno w aspekcie prawidłowej kalkulacji stawek (w kontekście o zgodności z przepisami prawa w zakresie płacy minimalnej) oraz prawidłowości wskazania dwóch różnych stawek, jak również w kontekście rażąco niskiej ceny. Już sam fakt znacznej różnicy w wysokości przyjętych przez samą BAUVIP stawek roboczogodziny tj. 25 zł i 36 zł powinien wzbudzić wątpliwości Zamawiającego w kontekście zaniżenia jednego ze składników ceny ofertowej tj. kosztów pracy, co w ocenie odwołującej powinno prowadzić chociażby do podjęcia przez Zamawiającego działań zmierzających do wyjaśnienia powyższych kwestii. Należy przy tym nadmienić, że cena zaproponowana przez BAUVIP jest znacząco niższa od pozostałych cen ofertowych zaproponowanych przez dwóch innych wykonawców w tym odwołującą. Także sama stawka roboczogodziny przyjęta na przykład przez Odwołującego jest wyższa od stawek przyjętych przez BAUVIP (40 zł).

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 4 lipca 2023 r. oświadczył, że uwzględnia zarzuty odwołania w całości.

Przystępujący wezwany do złożenia sprzeciwu oświadczył, że wnosi sprzeciw wobec uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutów odwołania.

W piśmie procesowym z dnia 28 czerwca 2023 r. Przystępujący wyjaśnił odnosząc się do zarzutu zawartego w pkt 1 dotyczącego wysokości stawki roboczogodziny, że jest on niezasadny. Jak wynika z kosztorysów ofertowych z dnia

9 czerwca 2023r. dotyczących budowy i remontu ścieżek oraz uzupełnienia odwodnienia, przyjęta została stawka roboczogodziny w wysokości 25,00 zł brutto, a więc wyższa niż wynikająca z rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 13 września 2022r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2023r. (Dz.U. z 2022r., poz. 1710) (dalej: „rozporządzenie"). Ponadto Przystępujący wyjaśnił, że oprócz stawki roboczogodziny w wysokości 25,00 zł brutto Przystępujący przyjął narzuty, tj. koszty pośrednie na poziomie Kp = 60% od stawki roboczogodziny (25,00 zł brutto) (jak również koszty pośrednie na poziomie Kp= 60% od pracy sprzętu). Powyższe wynika z:

a) kosztorysu ofertowego z dnia 09.06.2023r. dotyczącego budowy i remontu ścieżek, tj. łączna wartość robocizny wynosi 33.510,97 zł brutto (w związku z zastosowaniem stawki roboczogodziny w wysokości 25,00 zł brutto), a koszty pośrednie stanowiące 60% robocizny wynoszą łącznie 20.103,56 zł; zatem stawka roboczogodziny (z uwzględnieniem ww. kosztów pośrednich) wynosi 40,00 zł brutto,

b) kosztorysu ofertowego z dnia 09.06.2023r. dotyczącego uzupełnienia odwodnienia, tj. łączna wartość robocizny wynosi 14.720,40 zł brutto (w związku z zastosowaniem stawki roboczogodziny w wysokości 25,00 zł brutto), a koszty pośrednie stanowiące 60% robocizny wynoszą łącznie 8.832,35 zł; zatem stawka roboczogodziny (z uwzględnieniem ww. kosztów pośrednich) wynosi 40,00 zł brutto.

Odnosząc się do zarzutu nr 2 Przystępujący wyjaśnił, że odrębne stawki roboczogodziny dla robót drogowych (25,00 zł) oraz elektrycznych (36,00 zł) w żaden sposób nie naruszają przepisów prawa ani też SWZ, w tym nie są sprzeczne z Załącznikiem nr 5 do SWZ. Podkreślił, żeprzyjęcie ww. różnych stawek (tj. innej stawki w odniesieniu do robót drogowych i innej stawki w odniesieniu do robót elektrycznych) jest podyktowane tym, że w zakresie robót elektrycznych Przystępujący będzie korzystał z podwykonawców, w wycenach których zostały uwzględnione również koszty dojazdu do miejsca realizacji inwestycji. Tymczasem roboty drogowe mają być wykonywane bezpośrednio przez Przystępującego, którego siedziba znajduje się praktycznie w miejscu realizacji inwestycji. Zatem powyższe okoliczności wpływają na konieczność zróżnicowania stawek za roboty drogowe i roboty elektryczne. Niemniej jednak, jak zostało wyżej wskazane, różnice w zakresie rodzaju ww. robót są na tyle jasne i czytelne, że jak najbardziej będzie możliwe zastosowanie właściwej stawki w odniesieniu do robót dodatkowych. Dodać także należy, że Przystępujący realizował jako podwykonawca na rzecz Gminy Marklowice szereg inwestycji. W związku z tym Przystępujący posiada doświadczenie, iż Zamawiający zawsze zatrudnia wykwalifikowany i profesjonalny nadzór, dla którego ww. kwestie są oczywiste.

Odnosząc się do zarzutu nr 3 dotyczącego zaniechania wezwania Przystępującego do wyjaśnienia sposobu wyliczenia kosztów oferty Przystępujący również stwierdził, że ww. zarzut jest niezasadny. Stawka roboczogodziny w wysokości 25,00 zł brutto (przyjęta w kosztorysie dotyczącym wykonania remontu i odbudowy ścieżek oraz w kosztorysie dotyczącym uzupełnienia odwodnienia) odnosi się do robót drogowych. Tymczasem stawka roboczogodziny w wysokości 36,00 zł brutto (przyjęta w kosztorysie dotyczącym oświetlenia) odnosi się do robót elektrycznych. Tak jak zostało wyżej wskazane, Przystępujący posiada siedzibę w miejscowości, w której inwestycja ma być realizowana. W związku z tym, skoro roboty drogowe należą do zakresu Przystępującego, to jak najbardziej stawka za wykonanie ww. robót mogła zostać skalkulowana na poziomie 25,00 zł brutto. Tymczasem stawka dotycząca robót elektrycznych w wysokości 36,00 zł brutto oparta jest na kosztorysie ofertowym z dnia 16.03.2023r., sporządzonym przez podwykonawcę Przystępującego. Co więcej, ww. podwykonawca posiada siedzibę w zupełnie innej miejscowości niż miejsce realizacji inwestycji. Z tego też względu nie było możliwe zastosowanie tożsamych stawek do ww. robót, a zastosowane stawki w pełni odpowiadają warunkom rynkowym i zostały ustalone z uwzględnieniem okoliczności dotyczących realizacji inwestycji.

W piśmie procesowym z dnia 7 lipca 2023 r. Przystępujący przedstawił dodatkowe argumenty świadczące w jego ocenie o niezasadności wniesionego odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron zaprezentowane ustnie do protokołu rozprawy, a także złożone dowody ustaliła i zważyła co następuje:

Odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Izba ustaliła, że Odwołujący posiada interes we wniesienia odwołania wynikający z art. 505 Pzp.

Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Pzp i skierowała sprawę na rozprawę.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu wykonawcę BAUVIP Sp. z o.o. z siedzibą w Marklowicach zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Izba ustaliła, że postanowienia SWZ oraz treści załącznika nr 5 do SWZ zostały przytoczone w odwołaniu oraz piśmie Przystępującego zgodnie z ich brzmieniem wynikającym z dokumentacji postępowania przekazanej przez Zamawiającego, a więc nie było konieczności ponownego ich przytaczania.

Izba zważyła:

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 3 oraz 5 Pzp, na wstępie wskazać należy, że zgodnie z przepisem art. 226 ust. 1 pkt 3 Pzp Zamawiający odrzuca ofertę jeżeli jest ona niezgodna z przepisami ustawy, natomiast zgodnie z punktem 5 ww. przepisu Pzp, odrzuceniu podlega oferta, która jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Wyjaśnić należy, że zastosowanie dyspozycji przepisu art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp jako podstawy odrzucenia oferty wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego znajduje szerokie omówienie w doktrynie, jak też orzecznictwie sądów okręgowych i Izby. Reasumując opisywane tam interpretacje normy wynikającej z ww. przepisu wskazać należy, iż rzeczona niezgodność treści oferty z SWZ musi mieć charakter zasadniczy i nieusuwalny, dotyczyć powinna sfery niezgodności zobowiązania zamawianego w SWZ oraz zobowiązania oferowanego w ofercie, tudzież polegać może na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami SWZ. Ponadto konieczne jest aby możliwe było wskazanie i wykazanie na czym konkretnie niezgodność ta polega - co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi fragmentami czy normami SWZ.

Odwołujący wywodził niezgodność oferty Przystępującego z postanowieniami rozdziału XIX SWZ oraz postanowieniem wzoru umowy stanowiącego załącznik nr 5 do SWZ w zakresie zaoferowanej stawki za roboczogodzinę.

Przechodząc do merytorycznego rozpoznania zarzutów odwołania wskazać należy, że zgodnie z art. 555 Pzp Izba nie może bowiem orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Oznacza to, że niezależnie od wskazania w odwołaniu przepisu, którego naruszenie jest zarzucane Zamawiającemu, Izba jest uprawniona do oceny prawidłowości zachowania zamawiającego (podjętych czynności lub zaniechania czynności), jedynie przez pryzmat sprecyzowanych w odwołaniu okoliczności, przede wszystkim faktycznych, ale i prawnych. Mają one decydujące znaczenie dla ustalenia granic kognicji Izby przy rozpoznaniu sprawy, gdyż konstytuują zarzut podlegający rozpoznaniu. Zarzut odwołania stanowi wskazanie czynności lub zaniechanej czynności Zamawiającego oraz okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających jego wniesienie. Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu, przy czym stawianego przez wykonawcę zarzutu nie należy rozpoznawać wyłącznie pod kątem wskazanego przepisu prawa, ale również jako wskazane okoliczności faktyczne, które podważają prawidłowość czynności Zamawiającego i mają wpływ na sytuację wykonawcy. Uwzględniając więc treść przepisu art. 555 Pzp Izba stwierdziła, że w treści odwołania brak było zakwestionowania możliwości zawarcia kosztów pracodawcy w kosztach pośrednich robocizny. Dlatego też Izba uznała, że żądanie Odwołującego sformułowane na rozprawie, a dotyczące konieczności rozstrzygnięcia, czy kosztami pośrednimi mogą być objęte narzuty wpływające na wysokość stawki za 1 roboczogodzinę wskazaną w kosztorysie dot. budowy ścieżki i odwodnienia wykraczało poza zarzuty odwołania i nie mogło być rozpoznane przez Izbę.

Kolejno wskazać należy, że podstawą zarzutu zawartego w punkcie 1 było przyjęcie przez Przystępującego stawki za 1 roboczogodzinę w wysokości 25 zł, która to kwota według wyliczeń Odwołującego była niewystarczająca na pokrycie kosztów obligatoryjnych obciążeń płac.

Odnosząc się do powyższego wskazać należy, że jak wynika z dowodu załączonego przez Przystępującego do pisma z dnia 7 lipca 2023 r. stanowiącego pismo Biura Rachunkowego z dnia 28 czerwca 2023 r. stawka wyjściowa za roboczo-godzinę wskazana w ww. kosztorysach wynosi 25,00 zł brutto. Powyższą stawkę uzupełnia się o narzuty podstawowe w łącznej kwocie 6,286 zł oraz o narzuty uzupełniające do jednej roboczogodziny przy miesięcznym czasie pracy wynoszącym 167 godzin i miesięcznym urlopem wypoczynkowym w łącznej kwocie 3,659 zł. Ogółem narzuty na stawkę minimalną (1 + 2) - 9,945 zł, a więc wartość kalkulacyjnej stawki godzinowej, przy przyjęciu przez BAUVIP stawki roboczogodziny w wysokości 25,00 zł brutto, wynosi w zaokrągleniu do dwóch miejsc po przecinku jest to wartość: 34,95 zł. Ponadto zauważyć należy, że jak wskazał Przystępujący łączna kwota wynagrodzenia (oparta na stawce jednostkowej wynoszącej 25,00 zł brutto) została powiększona o narzuty, tj. koszty pośrednie na poziomie 60%, co prowadzi do wniosku, że stawka za jedną roboczogodzinę w rzeczywistości wynosi 40,00 zł brutto. Podkreślić należy, że Odwołujący formułując zarzuty odwołania całkowicie pominął powyższą okoliczność.

W konsekwencji stwierdzić należy, że skoro jak zostało wykazane Przystępujący oparł kalkulację oferty przy przyjęciu stawki za 1 roboczogodzinę na poziomie 40 zł, to przyjęta przez Przystępującego stawka godzinowa w pełni zabezpiecza prawa pracownicze do otrzymania minimalnego wynagrodzenia za pracę gwarantowanego przepisami prawa. Nie sposób więc uznać, że oferta Przystępującego winna podlegać odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 oraz pkt 3 Pzp.

Izba za niezasadny uznała również zarzut dotyczący przyjęcia przez Przystępującego w kosztorysach do ustalenia ceny dwóch różnych stawek roboczogodziny (25 zł i 36 zł). W tym miejscu ponownie podkreślić należy, że aby zaistniała konieczność odrzucenia oferty wykonawcy na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp konieczne jest wskazanie i wykazanie na czym konkretnie niezgodność ta polega - co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie

wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi fragmentami czy normami SWZ.

Izba stwierdziła, że Odwołujący nie wykazał z jakim konkretnie postanowieniem SWZ oferta Przystępującego jest niezgodna. Nie wykazał on aby Zamawiający w dokumentacji postępowania zawarł zakaz dokonania kalkulacji ceny w oparciu o dwie różne stawki roboczogodziny, tym bardziej że jak wykazał Przystępujący, a co potwierdził również Odwołujący, różne stawki za roboczogodzinę dotyczyły różnego zakresu robót tj. robót drogowych i robót elektrycznych. Stawka w wysokości 25,00 zł odnosi się do robót drogowych, a stawka w wysokości 36,00 zł dotyczy robót elektrycznych. W związku z tym w ocenie Izby bezzasadne jest stanowisko Odwołującego, iż w przypadku konieczności realizacji robót dodatkowych brak będzie możliwości ustalenia, jaka stawka w konkretnym przypadku powinna znaleźć zastosowanie.

Podsumowując stwierdzić należy, że skoro z dokumentacji postępowania nie wynikał zakaz podania dwóch różnych stawek za roboczogodzinę przy kalkulacji ceny oferty, to nie sposób uznać, że oferta Przystępującego była niezgodna z warunkami zamówienia.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego naruszenia przez Zamawiającego art. 224 ust. 1 Pzp poprzezzaniechanie wezwania BAUVIP do wyjaśnienia sposobu wyliczenia kosztów oferty, pomimo, że istotne części składowe ceny tej oferty tj. przyjęte stawki roboczogodziny w kosztorysach dotyczących wykonania remontu i odbudowy ścieżek oraz uzupełnienia odwodnienia wskazać należy, że jak wskazano w rozważaniach dotyczących zarzutu nr 1, Odwołujący konstruując zarzut odwołania całkowicie pominął, że Przystępujący oparł kalkulację oferty przy przyjęciu stawki za 1 roboczogodzinę na poziomie 40 zł, nie zaś na wskazywanej przez Odwołującego stawce w wysokości 25 zł.

Tym samym nie sposób uznać, aby po stronie Zamawiającego winny powstać wątpliwości co do tej części składowej ceny oferty, tym bardziej że jak sam wskazał Odwołujący, przyjął on do kalkulacji ceny swoje oferty kwotę 40 zł, a więc taką samą jak Przystępujący i według twierdzeń Odwołującego stawka ta była właściwa.

W konsekwencji również ten zarzut podlegał oddaleniu.

Ponadto Izba - na podstawie art. 541 Pzp - postanowiła oddalić wniosek dowodowy Przy postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu stępującego o przesłuchanie w charakterze świadka p. Krzysztofa Wrazidło oraz p. Piotra Tumulka na okoliczność wskazaną w piśmie z dnia 7 lipca 2023 r., z uwagi że dowód został powołany jedynie dla zwłoki. W ocenie Izby okoliczności na które świadkowie mieli zostać przesłuchani zostały wykazane dokumentami zawartymi w aktach sprawy, oraz wynikały z przedłożonych do oferty kosztorysów Przystępującego.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 557 w zw. z art. 575 Pzp oraz w oparciu o § 8 ust. 2 pkt 2 w zw. z § 5 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).

Izba zasądziła na rzecz Przystępującego koszty wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3 600 zł oraz poniesionej opłaty skarbowej od pełnomocnictwa w kwocie 17 zł. Izba oddaliła natomiast wniosek o zasądzenie kosztów z tytułu dojazdu na rozprawę w kwocie 1000 zł. Wyjaśnić należy, że Przystępujący nie wykazał, aby koszty w takiej wysokości zostały przez niego poniesione. Nie wskazał liczby kilometrów, ani też żadnych danych pojazdu na podstawie których to informacji zaistniałaby możliwość ustalenia, że koszty te są uzasadnione. Powyższe natomiast warunkowało możliwość zasądzenia kosztów w postępowaniu przed Izbą.

Przewodnicząca: ……