

WYROK

z dnia 14 sierpnia 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Daniel Koniecz

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 sierpnia 2018 r. w Warszawie odwołania
wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 lipca 2018 r. przez

Odwołującego - wykonawcę RPM S.A. z siedzibą w Lublińcu, w postępowaniu
prowadzonym przez Zamawiającego - Gminę Wręczyca Wielka, przy udziale
Przystępującego po stronie Zamawiającego - wykonawcy S.K. prowadzącego działalność
gospodarczą pod firmą Zakład Transportowo-Handlowo-Usługowy K.S. z siedzibą we
Wrzosowej,

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90
ust. 3 Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 1 i 6 Pzp i nakazuje Zamawiającemu:
 - 1.1. unieważnienie wyboru oferty Przystępującego;
 - 1.2. odrzucenie oferty Przystępującego z uwagi na rażąco niską cenę w stosunku do
przedmiotu zamówienia, niezgodność oferty z przepisami Pzp i błąd w obliczeniu
ceny;
 - 1.3. ponowne badanie i ocenę pozostałych ofert.
2. Oddala odwołanie w pozostałym zakresie.
3. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego i:
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10.000,00 zł
(słownie: dziesięć tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez Odwołującego tytułem
wpisu od odwołania,
 - 3.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 13.600,00 zł (słownie:
trzyście tysięcy sześćset 00/100), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego
poniesione przez Odwołującego z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia
pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień

publicznych (Dz.U.2017.1579 j.t. ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego
doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do
Sądu Okręgowego w Częstochowie.

Przewodniczący:

Sygn. akt KIO 1489/18

Uzasadnienie

Gmina Wręczyca Wielka (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2015.2164 j.t. ze zm.), zwanej dalej „Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Budowa kanalizacji sanitarnej w miejscowości Hutka - etap I”, zwane dalej: „Postępowaniem”.

Wartość zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych 8 maja 2018 r. pod nr 554836-N-2018.

25 lipca 2018 r. Zamawiający poinformował o wyniku Postępowania - wyborze oferty złożonej przez wykonawcę S.K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Transportowo-Handlowo-Usługowy K.S. z siedzibą we Wrzosowej, zwanego dalej „Wykonawcą SK”.

30 lipca 2018 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (dalej „Izba”) wpłynęło odwołanie wykonawcy RPM S.A. z siedzibą w Lublińcu (dalej „Odwołujący”), w którym zaskarżono wynik Postępowania, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy SK, mimo że jego oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, co znalazło potwierdzenie w złożonych przez ten podmiot wyjaśnieniach z dnia 25 czerwca 2018 r., z których wynika że Wykonawca SK przyjął do ustalenia ceny swojej oferty koszty pracy na poziomie niższym od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie właściwych przepisów;

2. art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy SK, mimo że jego oferta jest niezgodna z Pzp, tj. art. 90 ust. 1 pkt 1 Pzp, z uwagi na zaoferowanie przez Wykonawcę SK stawki roboczogodziny, której wartość jest niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie właściwych przepisów;

3. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy SK, mimo że jego oferta jest niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków

zamówienia („SIWZ”), tj. z rozdziałem III pkt 4 ppkt 1 i 3 SIWZ, z uwagi na zaoferowanie stawki roboczogodziny na poziomie niższym od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie właściwych przepisów;

4. art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy SK, mimo że zawiera ona błąd w obliczeniu ceny polegający na zaoferowaniu stawki roboczogodziny, której wartość jest niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie właściwych przepisów;

5. art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp przez zaniechanie wykluczenia Wykonawcy SK z Postępowania, mimo że ze złożonego przez niego zaświadczenia z banku, stanowiącego w istocie ofertę handlową, nie wynika potwierdzenie, że spełnia on warunek dotyczący sytuacji ekonomicznej/finansowej;

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;

2. powtórzenia czynności badania i oceny oferty;
3. wykluczenia Wykonawcy SK z Postępowania;
4. odrzucenia oferty Wykonawcy SK;
5. wyboru oferty Odwołującego.

Odwołujący podał, że posiada interes w skorzystaniu ze środków ochrony prawnej z uwagi na to, że Zamawiający dokonał wyboru oferty Wykonawcy SK z naruszeniem ww. przepisów Pzp.

Przed wszystkim wadliwość wyboru najkorzystniejszej oferty wynika z dokonanej przez Zamawiającego błędnej oceny wyjaśnień Wykonawcy SK. Zamawiający uznał wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny za wystarczające i zaniechał odrzucenia oferty wykonawcy, mimo że z treści wyjaśnień wynikało, że jego oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia z uwagi na przyjęcie do ustalenia ceny oferty kosztów pracy na poziomie niższym od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz.U. z 2017 r., poz. 847 j.t. ze zm.), zwanej dalej „Ustawą”.

Dodatkowo Zamawiający zaniechał odrzucenia oferty Wykonawcy SK, mimo że z treści wyjaśnień z dnia 25 czerwca 2018 r. wynikało, że - z uwagi na zaoferowanie stawki roboczogodziny na poziomie niższym niż wartość minimalnego wynagrodzenia za pracę określonego na podstawie przepisów Ustawy - jego oferta pozostaje w sprzeczności z przepisami Pzp (art. 90 ust. 1 pkt 1 Pzp), treścią SIWZ (rozdziałem III pkt 4 ppkt 1 i 3 SIWZ) oraz zawiera błąd w obliczeniu ceny.

Niezależnie od błędnej oceny wyjaśnień wykonawcy SK, Zamawiający zaniechał również wykluczenia tego podmiotu z Postępowania, mimo że ze złożonego przez niego zaświadczenia z banku datowanego na dzień 5 lipca 2018 r., stanowiącego w istocie ofertę handlową, nie wynikało potwierdzenie, że spełnia warunek udziału w postępowaniu dotyczący sytuacji ekonomicznej/finansowej.

Gdyby Zamawiający prawidłowo przeprowadził proces badania i oceny oferty Wykonawcy SK, wykluczyłby tego wykonawcę z Postępowania i odrzucił jego ofertę. W takiej sytuacji to Odwołujący uzyskałby zamówienie, bowiem jego oferta - w świetle ustanowionych w Postępowaniu kryteriów oceny ofert - jest najkorzystniejsza spośród wszystkich złożonych ofert.

Odwołujący przytoczył następujące okoliczności stanu faktycznego.

Dnia 23 maja 2018 r. oferty w Postępowaniu złożyli m.in. Odwołujący (cena oferty 5.656.295,96 zł brutto) oraz Wykonawca SK (cena oferty 5.292.685,24 zł brutto).

Pismem z dnia 19 czerwca 2018 r. Zamawiający wezwał Wykonawcę SK, w trybie art. 90 ust. 1 Pzp, do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny oferty. W wezwaniu Zamawiający wskazał, że oferta Wykonawcy SK budzi jego wątpliwości w zakresie przyjętych kosztów pracy. Zamawiający wskazał na przyjętą przez Wykonawcę SK w kosztorysie ofertowym stawkę roboczogodziny na poziomie 10,00 zł. Co istotne, Zamawiający określił w SIWZ, że wymaga zatrudnienia na podstawie umowy o pracę osób wykonujących czynności w zakresie realizacji zamówienia, z uwzględnieniem przepisów o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (rozdział III pkt 4 ppkt 1 i 3 SIWZ).

Dnia 25 czerwca 2018 r. Wykonawca SK przedstawił wyjaśnienia ceny oferty, w których wskazał, że przyjęta w kosztorysie stawka 10,00 zł jest stawką netto. Dalej Wykonawca SK przedstawił wyliczenia, z których wynikać miało potwierdzenie, że przyjęta przez niego stawka robocizny nie jest niższa od poziomu minimalnego wynagrodzenia ustalonego na podstawie przepisów Ustawy. W tym zakresie dokonał przemnożenia stawki roboczogodziny 10,00 zł netto przez przyjętą przez siebie średniomiesięczną liczbę godzin na poziomie 168 h. Już z wyniku powyższego działania (1.680,00 zł netto) Wykonawca SK wywodził, że przyjęta przez niego stawka roboczogodziny odpowiada minimalnemu wynagrodzeniu za pracę ustalonemu na podstawie Ustawy. Dalej wykonawca wskazał, że koszty składające się na stawkę 2.100,00 zł brutto są kosztami pośrednimi ponoszonymi przez wykonawcę, nie związanymi bezpośrednio z realizacją konkretnego zamówienia.

Wykonawca SK podniósł, że przyjął koszty pośrednie na poziomie 65%, co po dodaniu do

stawki roboczogodziny 10,00 zł netto, daje ostateczną wysokość wynagrodzenia przyjętą przez Wykonawcę SK w ofercie, tj. 16,50 zł netto. (Co istotne, stawka 16,50 zł netto nie pada ani razu w treści kosztorysu ofertowego). Wykonawca SK nie podał ostatecznie jaką stawkę roboczogodziny brutto przyjął dla kalkulacji ceny oferty.

Następnie Wykonawca SK został wezwany, w trybie art. 26 ust. 2 Pzp, do złożenia dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp, w tym m.in. do potwierdzenia spełniania warunków udziału.

Zamawiający określił w rozdział V pkt 2 ppkt 2 SIWZ następujący warunek udziału w Postępowaniu dotyczący sytuacji ekonomicznej lub finansowej:

„O udzielenie zamówienia mogą się ubiegać Wykonawcy, którzy posiadają środki finansowe lub zdolność kredytową umożliwiającą wykonanie zamówienia w wysokości min. 1.000.000,00 zł”.

Wykonawca SK złożył zaświadczenie Getin Bank z dnia 5 lipca 2018 r. Z dokumentu wynika, że korzysta z kredytu obrotowego w kwocie 1.000.000 zł, że aktualne saldo kredytu wynosi 500.000,00 zł oraz że „zgodnie z aktualną ofertą Klient (Wykonawca SK) może ubiegać się o kredyt w kwocie 2.000.000,00 zł”, przy czym „ostateczna kwota kredytu oraz jego warunki wymagają decyzji właściwego organu banku i uzależnione są od oceny ekonomiczno-finansowej i przedłożenia akceptowanego przez bank zabezpieczenia spłaty”.

Dnia 25 lipca 2018 r. Zamawiający poinformował o wyborze oferty Wykonawcy SK jako oferty najkorzystniejszej. Oferta Odwołującego została sklasyfikowana na 2 miejscu w rankingu ofert.

Na uzasadnienie zarzutów odwołania Odwołujący podał:

Zarzut nr 1

Zamawiający błędnie uznał, że wyjaśnienia Wykonawcy SK potwierdziły, jakoby przyjął on do kalkulacji ceny oferty koszty pracy odpowiadające minimalnemu wynagrodzeniu za pracę oraz że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Wskazać należy, że Wykonawca SK - w celu przekonania Zamawiającego, że skalkulował koszty pracy rzetelnie - celowo dokonał w ramach swoich wyjaśnień manipulacji polegającej na pomieszczeniu dwóch odrębnych wartości, tj. stawki roboczogodziny wskazanej w kosztorysie ofertowym ze stawką „netto” wynagrodzenia za pracę, podczas gdy są to dwie odrębne stawki, które są ze sobą całkowicie nieporównywalne. Ponadto, Wykonawca SK przedstawił w wyjaśnieniach nierzetelną kalkulację, opartą na nierzeczywistych liczbach.

Wykonawca SK wskazał w wyjaśnieniach (str. 3), że przyjęta przez niego stawka roboczogodziny 10,00 zł jest stawką netto, która przysługuje pracownikowi „na rękę”. Tymczasem wskazać należy, że owa stawka roboczogodziny jest co prawda stawką „netto”, lecz w tym sensie, że odjęto od niej stawkę VAT w wysokości 23% i dotyczy ona rozliczeń między Wykonawcą SK a Zamawiającym. Stawka 10,00 zł nie jest natomiast stawką netto w tym sensie, że odjęto od niej zapłacone koszty pracy, które Wykonawca SK - działając w roli pracodawcy - odprowadza od wynagrodzenia brutto pracownika zatrudnionego na podstawie umowy o pracę.

Również w treści kosztorysu ofertowego Wykonawca SK posługuje się ogólnie stawkami netto także dla wszystkich innych kosztów wykonania zamówienia (np. materiałów i sprzętu). Oznacza to, że w przypadku oferty Wykonawcy SK stawka roboczogodziny brutto wynosi 12,30 zł brutto (10,00 zł + 23% VAT).

W tym miejscu należy wskazać, że w 2018 r. obowiązuje stawka 2.100 zł, uwzględniająca wyłącznie koszty ponoszone przez pracownika (po dodaniu kosztów ponoszonych przez pracodawcę jest to kwota 2.530 zł). Stawka netto z kosztorysu Wykonawcy SK wynosi 10,00 zł (12,30 zł brutto) i nie pokrywa w żaden sposób wynagrodzenia brutto, ani z uwzględnieniem stawek pracownika (12,55 zł), ani z uwzględnieniem kosztów pracodawcy (15,05 zł).

Odwołujący wskazał, że na stawkę 15,05 zł brutto składają się:

- a) wynagrodzenie bezpośrednie pracownika, przysługujące pracownikowi na podstawie umowy o pracę „na rękę”, po odliczeniu z kwoty wynagrodzenia brutto kwot przekazywanych przez pracodawcę tytułem składek ubezpieczenia emerytalnego, rentowego, chorobowego, zdrowotnego oraz zaliczek na podatek dochodowy;
- b) koszty pracy ponoszone przez pracownika, czyli kwoty przekazywane przez pracodawcę tytułem składek ubezpieczenia emerytalnego, rentowego, chorobowego, zdrowotnego oraz zaliczek na podatek dochodowy;
- c) koszty pracy ponoszone przez pracodawcę składki ponoszone przez pracodawcę od pensji pracownika (emerytalne, rentowe, Fundusz Pracy, FGŚP);

zatem stawka 15,05 zł brutto wynagrodzenia za pracę - w powyższym rozumieniu - nie ma nic wspólnego z dającą się ustalić na podstawie kosztorysu ofertowego Wykonawcy SK stawką roboczogodziny 12,30 zł brutto (10,00 zł netto + 23% VAT), a co istotne - jest wyższa od tej stawki brutto.

Stawka 10,00 zł netto (12,30 zł brutto) służąca do rozliczeń z Zamawiającym powinna obejmować, w zgodzie z przepisami prawa oraz postanowieniami SIWZ:

- a) wynagrodzenie „netto” pracownika i pozapłacowe koszty pracy ponoszone przez pracownika i pracodawcę (a więc 15,05 zł);
- b) stawkę VAT 23% (2,30 zł).

Dlatego miarodajne dla oceny czy Wykonawca SK wyliczył stawkę roboczogodziny w zgodzie z przepisami o minimalnym wynagrodzeniu jest wyłącznie porównywanie stawki 10,00 zł netto a 12,30 brutto - ze stawką 15,05 zł (kosztu 1 godziny pracy ponoszonego przez pracodawcę brutto).

Z uwagi na sposób podania cen w kosztorysie ofertowym, dyspozycję art. 90 ust. 1 pkt 1 Pzp oraz rozdziału III pkt 4 ppkt 1 i 3 SIWZ przyjąć należy, że podana przez Wykonawcę SK stawka roboczogodziny 10,00 zł musiała uwzględniać już wszystkie pozapłacowe koszty pracy potrącane z wynagrodzenia pracownika brutto, a określona była jako stawka netto tylko z tego powodu, że odjęto od niej stawkę podatku VAT 23%. Tymczasem Wykonawca SK, w ramach złożonych wyjaśnień (str. 3), dążył do wykazania, że stawka roboczogodziny 10,00 zł wskazana w kosztorysie ofertowym jest de facto stawką wynagrodzenia „netto” przysługującego pracownikom na rękę, od której odliczył on nie stawkę VAT 23% (jak od innych elementów w kosztorysie typu sprzęt i materiały), lecz pozapłacowe koszty pracy, koszty związane ze składkami na ubezpieczenie i zaliczkami na podatek dochodowy:

Dalej Wykonawca SK (str. 3 wyjaśnień) dokonał obliczeń polegających na dodaniu do stawki roboczogodziny 10,00 zł elementów nazwanych przez siebie „kosztami pośrednimi” o wartości 6,50 zł. Tymczasem owe „koszty pośrednie”, zgodnie z dyspozycją art. 90 ust. 1 pkt 1 Pzp oraz rozdziału III, pkt 4 ppkt 1 i 3 SIWZ, powinny być już w wysokości tej stawki uwzględnione. Na marginesie dodać należy, że stawka 16,50 zł netto nie pada ani razu w kosztorysie ofertowym Wykonawcy SK.

Za niedopuszczalne uznać należy dodawanie do stawki roboczogodziny 10,00 zł wartości 6,50 zł i twierdzenie, że w rzeczywistości stawka roboczogodziny - z uwzględnieniem pozapłacowych kosztów pracy - wynosi 16,50 zł netto. Jak wskazano, podana w kosztorysie ofertowym Wykonawcy SK stawka roboczogodziny 10,00 zł była stawkę netto, bowiem odjęto od niej stawkę VAT 23%, a nie pozapłacowe koszty pracy.

Podkreślenia wymaga, że sam Wykonawca SK powołuje się na rozporządzenie Ministra Infrastruktury z 18 maja 2004 r. w sprawie określenia metod i podstaw sporządzania kosztorysu inwestorskiego, obliczania planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno-użytkowym (Dz.U. Nr 130, poz. 1389), zwanego dalej „Rozporządzeniem”, i zgodnie z nim w stawce robocizny powinien uwzględnić obligatoryjne obciążenia płac, odpisy na zakładowy fundusz świadczeń socjalnych, natomiast w swojej stawce - 10 zł (względnie - 12,30) nie uwzględnił powyższych.

Powyższe należy jedynie uzupełnić o informację, że Wykonawca SK oparł się w

swoich wyjaśnieniach na nierzetelnych kalkulacjach, ponieważ dokonał przemnożenia stawki roboczogodziny 10,00 zł netto przez niezgodną z rzeczywistością średniomiesięczną liczbę godzin na poziomie 168 h, zamiast 167,3 h.

Z powyższych względów uznać należy, że Zamawiający błędnie ocenił wyjaśnienia Wykonawcy SK w zakresie kosztów pracy przyjętych dla kalkulacji ceny oferty. Z wyjaśnień tych wynika, że Wykonawca SK uwzględnił w cenie oferty koszty pracy na poziomie 10 zł (z VAT - 12,30 zł), podczas gdy powinien uwzględnić koszty pracy na poziomie nie mniejszym niż 15,05 zł, a nawet gdyby uwzględnić wyłącznie koszty ponoszone przez pracownika - na poziomie nie mniejszym niż 12,55 zł.

Zarzuty 2 i 3

Odwołujący wskazał, że z art. 90 ust. 1 pkt 1 Pzp wynika konieczność uwzględnienia przez wykonawców ubiegających o zamówienie kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie przepisów o minimalnym wynagrodzeniu.

Należy zauważyć, że przepis ten wskazując jako jedną z przesłanek oceny i uznawania tzw. domniemania ceny rażąco niskiej nie uzależnia tej przesłanki od sposobu przygotowania przez zamawiającego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Niezależnie od sposobu dokonania opisu przedmiotu zamówienia, w tym wprowadzeniu bądź rezygnacji z wymogu art. 29 ust 4 pkt 4 Pzp, tj. zatrudnienia na podstawie umowy o pracę przez wykonawcę lub podwykonawcę osób wykonujących czynności w trakcie realizacji zamówienia, odniesienie kosztów pracy do ustawowej wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę odnosi się do wynagrodzeń osób wykonujących pracę przy realizacji zamówienia, zarówno na podstawie stosunku pracy, jak i na innych podstawach, w szczególności umów cywilnoprawnych tj. np. zlecenia lub umowy o dzieło.

Jednak nawet gdyby uznać, że art. 90 ust. 1 pkt 1 Pzp nie wiązał Wykonawcy SK co do sposobu wyliczenia kosztów pracy dla celów sporządzenia oferty, to wskazać należy, że identyczny wymóg wynikał z rozdziału III pkt 4 ppkt 1 i 3 SIWZ, gdzie Zamawiający wskazał na konieczność zatrudnienia pracowników wykonujących czynności w ramach zamówienia na podstawie umowy o pracę (ppkt 1) oraz na konieczność uwzględnienia przy zatrudnieniu przepisów o minimalnym wynagrodzeniu (ppkt 3):

Tymczasem z kosztorysu ofertowego Wykonawcy SK - wbrew treści jego wyjaśnień z dnia 25 czerwca 2018 r. - wynika, że przy kalkulacji ceny oferty uwzględnił on koszty pracy na poziomie niższym od minimalnego wynagrodzenia wynikającego z właściwych przepisów. Sposób przedstawienia danych w kosztorysie (ceny netto pomniejszone o stawkę VAT 23%) wskazuje na to, że Wykonawca SK przyjął stawkę roboczogodziny na poziomie 10,00 zł, podczas gdy z przepisów o minimalnym wynagrodzeniu za pracę wynika, że powinien był przyjąć stawkę roboczogodziny na poziomie nie niższym niż 15,05 zł (nawet przy uwzględnieniu, że kwota 10,00 jest kwotą „netto”, a brutto wynosi 12,30 zł).

Odwołujący stwierdził ponadto, że wyjaśnienia Wykonawcy SK pozostają również sprzeczne z treścią § 6 Rozporządzenia, ponieważ zgodnie z tym przepisem obligatoryjnym elementem stawki roboczogodziny pozostają m.in. obligatoryjne obciążenia płac. Kosztem mogącym być kwalifikowanym jako pośredni są wyłącznie koszty ogólne budowy oraz koszty zarządu, które to nie są objęte kosztami bezpośrednimi w jakiegokolwiek pozycji kosztorysowej. Odwołujący podkreślił, że w ramach stawki roboczogodziny, która to jest kosztem bezpośrednim związanym z wykonywaną usługą, należy ująć m.in. obligatoryjne obciążenia płacowe, których to zgodnie z przedłożonymi wyliczeniami oferent nie uwzględnił. Potwierdzeniem tego stanowiska jest również treść samego art. 90 ust. 1 Pzp, która to bezpośrednio odwołuje się do Ustawy, w ramach której ustawodawca przyjął stawkę w wysokości 2.100,00 zł brutto.

Zarzut nr 4

Odwołujący wyjaśnił, że przez błąd w obliczeniu ceny należy rozumieć przypadek, gdy cena oferty obliczona została w oparciu o nieprawidłowo ustalony przez wykonawcę zakres wymagań określony w postępowaniu, w szczególności, gdy nie uwzględnia wszystkich elementów cenotwórczych koniecznych do prawidłowego wykonania zamówienia.

Jak wspomniano, Zamawiający ustanowił w ramach rozdziału III pkt 4 ppkt 1 i 3 SIWZ obowiązek zatrudnienia pracowników wykonujących czynności w ramach zamówienia na podstawie umowy o pracę oraz obowiązek uwzględnienia przy zatrudnieniu przepisów o

minimalnym wynagrodzeniu. Ergo przy kalkulowaniu ceny oferty każdy z wykonawców składających ofertę w przedmiotowym postępowaniu zobowiązany był do wzięcia pod uwagę zakresu wymagań i czynników cenotwórczych wynikających z rozdziału III pkt 4 ppkt 1 i 3 SIWZ.

Tymczasem - jak wynika z kosztorysu ofertowego Wykonawcy SK - nie uwzględnił on w cenie swojej oferty wymagań Zamawiającego, bowiem przyjął do kalkulacji ceny oferty stawkę roboczogodziny na poziomie 10,00 zł, podczas gdy z przepisów o minimalnym wynagrodzeniu, do których odwołał się Zamawiający w SIWZ, wynikało, że stawką roboczogodziny nie może być niższa niż 12,55 zł przy uwzględnieniu kosztów ponoszonych wyłącznie przez pracownika a 15,05 zł przy uwzględnieniu kosztów pracodawcy.

Zarzut nr 5

Zamawiający określił w rozdziale V pkt 2 ppkt 2 SIWZ następujący warunek udziału w Postępowaniu dotyczący sytuacji ekonomicznej lub finansowej:

„O udzielenie zamówienia mogą się ubiegać Wykonawcy, którzy posiadają środki finansowe lub zdolność kredytową umożliwiającą wykonanie zamówienia w wysokości min. 1.000.000,00 zł”.

W celu potwierdzenia spełniania warunku udziału Wykonawca SK złożył zaświadczenie Getin Bank z dnia 5 lipca 2018 r., z którego wynika, że:

- a) Wykonawca SK korzysta z kredytu obrotowego w kwocie 1.000.000,00 zł;
- b) aktualne saldo kredytu Wykonawcy SK wynosi 500.000,00 zł;
- c) „zgodnie z aktualną ofertą Klient (Wykonawca SK) może ubiegać się o kredyt w kwocie 2 000 000 zł”, przy czym „ostateczna kwota kredytu oraz jego warunki wymagają decyzji właściwego organu banku i uzależnione są od oceny ekonomiczno-finansowej i przedłożenia akceptowanego przez bank zabezpieczenia spłaty, w związku z powyższym niniejsze zaświadczenie nie może być traktowane jako promesa kredytowa”.

W konsekwencji przyjąć należy, że Wykonawca SK nie ma środków finansowych ani zdolności kredytowej na poziomie wymaganym w treści warunku udziału w Postępowaniu. Taki wniosek wynika z połączenia następujących faktów:

- a) Wykonawcy SK przysługuje kredyt obrotowy w wysokości 1 000 000 zł, przy czym wykorzystał on na chwilę sporządzenia oświadczenia kwotę 500.000,00 zł (aktualne saldo kredytu), a zatem można założyć że posiada środki finansowe na poziomie 500.000,00 zł;
- b) Wykonawca SK dysponuje wyłącznie ofertą handlową banku na kredyt obrotowy w kwocie 2.000.000,00 zł, lecz takim kredytem na moment sporządzenia oświadczenia nie dysponował, ani nie wynikało z zaświadczenia, że ma realną zdolność kredytową na takim poziomie.

Z zaświadczenia wynika, że bank uzależnił udzielenie kredytu obrotowego na kwotę 2.000.000,00 zł od spełnienia szeregu warunków: uzyskania decyzji właściwego organu banku, oceny ekonomiczno-finansowej i okoliczności przedłożenia odpowiedniego zabezpieczenia spłaty. Oznacza to, że w przypadku Wykonawcy SK bank nie dokonał nawet oceny ekonomiczno-finansowej. W ocenie Odwołującego nie może być w takim przypadku mowy o realności posiadania przez Wykonawcę SK zdolności kredytowej na poziomie 2.000.000,00 zł.

W świetle powyższego nie można więc uznać, że Wykonawca SK spełnia warunek udziału w Postępowaniu. Jego sytuacja finansowa/ekonomiczna jest taka, że posiada środki finansowe na poziomie 500.000,00 zł (w ramach kredytu obrotowego), ale nie posiada on realnej zdolności kredytowej na brakujące 500.000,00 zł, aby spełnić warunek udziału w Postępowaniu. W konsekwencji Zamawiający powinien był wykluczyć Wykonawcę SK z Postępowania, jako że nie wykazał on spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego sytuacji finansowej/ekonomicznej, względnie - wezwać go do uzupełnienia dokumentu w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, czego bezpodstawnie zaniechał.

Odwołujący w piśmie procesowym przedstawił dodatkową argumentację uzasadniającą zarzuty odwołania.

W zakresie zarzutu dotyczącego wysokości stawki za roboczogodzinę podkreślił, że koszty pracy nie stanowią kosztów pośrednich w rozumieniu Rozporządzenia. Są to koszty bezpośrednie, które - zgodnie z 6 Rozporządzenia - należy wziąć pod uwagę przy ustaleniu stawki roboczogodziny. Należy zwrócić uwagę, że Zamawiający - w związku z określeniem w kosztorysie ofertowym stawki roboczogodziny w wysokości 10,00 zł - wezwał Wykonawcę SK do wyjaśnień dotyczących przyjętych w ofercie 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.

Jak zasadnie wskazał sam Wykonawca SK w wyjaśnieniach z dnia 22 czerwca 2018 r., za wyrokiem KIO 596/16 z dnia 29 kwietnia 2016 r. koszty pracy to ogół wydatków, jakie ponosi przedsiębiorca w związku z pozyskaniem, utrzymaniem, przekwalifikowaniem i doskonaleniem pracowników. Wchodzą w to również koszty z tytułu obowiązkowych składek na ubezpieczenia społeczne. Przyjmuje się, że koszty pracy składają się z dwóch części. Pierwszą z nich są koszty pozapłacowe, do których zaliczamy wszystkie składki oraz koszty pracy, jakie ponosi przedsiębiorca poza wynagrodzeniem bezpośrednim. Z kolei ta druga grupa to koszty płacowe, w których skład wchodzi wynagrodzenia osobowe, dodatki oraz nagrody i premie. Powyższe znajduje potwierdzenie w Rozporządzeniu.

Dalej Wykonawca SK w wyjaśnieniach trafnie przywołał również treść § 6 Rozporządzenia, zgodnie z którym godzinowe stawki robocizny kosztorysowej ustalone na podstawie analizy własnej powinny obejmować wszystkie składniki zaliczane do wynagrodzenia oraz koszty pochodne naliczane od wynagrodzeń, a w szczególności płace zasadnicze, premie regulaminowe, płace dodatkowe (dodatki stażowe, inne dodatki regulaminowe), płace uzupełniające (wynagrodzenia za urlopy i inne płatne nieobecności, zasiłki chorobowe, odprawy emerytalne, nagrody jubileuszowe), obowiązkowe obciążenia plac, odpisy na zakładowy fundusz świadczeń socjalnych.

Jednakże - wbrew przywołanym przepisom prawa, z których wynika, że koszty pracy, o których mowa w art. 90 ust. 1 pkt 1 Pzp, stanowią koszty, które powinny zostać uwzględnione przez Wykonawcę SK w stawce roboczogodziny określonej w kosztorysie ofertowym - Wykonawca SK w dalszej części wyjaśnień stwierdził, że w stawce roboczogodziny 10,00 zł ujęto wyłączenie wynagrodzenie pracownika w kwocie netto rozumianej jako wynagrodzenie „na rękę”, zaś pozostałe koszty pracy stanowią koszty pośrednie, które nie są związane z wykonywaną usługą (str. 3 wyjaśnień).

Należy podkreślić, że twierdzenia Wykonawcy SK są bezpodstawne, bowiem definicja kosztów pośrednich zawarta w 1 ust. 2 pkt 4 Rozporządzenia określa koszty pośrednie jako składniki kalkulacyjne wartości kosztorysowej, uwzględniające nieujęte w kosztach bezpośrednich koszty zaliczane zgodnie z odrębnymi przepisami do kosztów uzyskania przychodów, w szczególności koszty ogólne budowy oraz koszty zarządu. Przykładem kosztów pośrednich mogą być m.in. koszty kredytu, najmu biura, usług telekomunikacyjnych - poczta, telefon - natomiast koszty pracy nie należą do kosztów pośrednich i powinny zostać uwzględnione jako koszty bezpośrednie w określonej przez wykonawcę w kosztorysie ofertowym stawce roboczogodziny, co wynika wprost z przepisów Rozporządzenia. Analogicznie stwierdzono w przywoływanym przez Wykonawcę SK wyroku KIO 596/16 z dnia 29 kwietnia 2016 r.

Niezależnie od przywołanych przepisów powszechnie obowiązującego prawa, zgodnie z podstawowymi zasadami kosztorysowania, koszty bezpośrednie i pośrednie stanowią dwie odrębne grupy kosztów, jak również niedopuszczalne jest zwiększanie kosztów bezpośrednich poprzez koszty pośrednie. Należy wskazać, że przerzucanie części kosztów pracy do kosztów pośrednich generuje koszty niekontrolowane w ten sposób wykonawca, prowadzący jednoosobową działalność gospodarczą tworzy sobie kompletnie niekontrolowany budżet, kłóć może próbować przeznaczać na cele niezwiązane z pokryciem kosztów pracy w wysokości w wynikającej z przepisów o minimalnym wynagrodzeniu za pracę i minimalnej stawce godzinowej. Należy wskazać, że po to są koszty bezpośrednie, żeby koszty pracy były określone w sposób wymierny.

W wyniku przyjęcia stawki roboczogodziny w wysokości 10,00 zł, która powinna obejmować wszystkie koszty pracy, naruszono obowiązujące przepisy o minimalnym wynagrodzeniu za pracę.

Ponadto należy zwrócić uwagę na istotne postanowienia SIWZ dotyczące charakteru

wynagrodzenia wykonawcy i zasad rozliczeń zamawiającego z wykonawcą na etapie realizacji umowy.

Zamawiający przewidział zawarcie umowy z wynagrodzeniem kosztorysowym (pkt III.7.1 SIWZ), przewidując przy tym możliwość ograniczenia zakresu rzeczowego robót (pkt III.8.2 SIWZ)

Odwołujący zwrócił również uwagę, że Zamawiający wskazał, że na ofertę składa się m.in. kosztorys ofertowy szczegółowy sporządzony zgodnie z przedmiarem robót załączonym do SIWZ (każda pozycja kosztorysu powinna zawierać narzuty i wskazywać cenę netto pozycji) z tabelą elementów scalonych, zestawieniem robocizny, maszyn i sprzętu (pkt XI. 1.7 SIWZ) oraz określił zasady rozliczenia wynagrodzenia na etapie realizacji umowy w oparciu o kosztorys powykonawczy. Zamawiający przewidział, że wynagrodzenie wykonawcy (powykonawcze) będzie wypłacane na podstawie rzeczywistych ilości wykonanych robót, obmierzonych przez wykonawcę (obmiary) i sprawdzonych przez nadzorujących roboty, oraz/ cen jednostkowych określonych w kosztorysie ofertowym z doliczeniem na końcu VAT (pkt XIII.6 SIWZ). Odwołujący zwrócił również uwagę na wynikające ze wzoru umowy (§ 2 ust. 2 i 5) zasady rozliczania wynagrodzenia, w tym za roboty dodatkowe.

W podsumowaniu Odwołujący wskazał, że uwzględniając przywołane wymagania SIWZ należy uznać, że Wykonawca SK sporządził kosztorys ofertowy niezgodnie z wymaganiami SIWZ i w sposób uniemożliwiający rozliczenie powykonawcze.

Zgodnie z pkt X.1.7 SIWZ każda pozycja kosztorysu ofertowego szczegółowego powinna zawierać narzuty i wskazywać cenę netto pozycji. Jest to istotne w kontekście ustanowionych w SIWZ zasad dotyczących rozliczenia powykonawczego, bowiem na podstawie pkt XIII.6 SIWZ wynagrodzenie wykonawcy (powykonawcze) będzie wypłacane na podstawie rzeczywistych ilości wykonanych robót, obmierzonych przez wykonawcę (obmiary) i sprawdzonych przez nadzorujących roboty, oraz cen jednostkowych określonych w kosztorysie ofertowym z doliczeniem na końcu VAT. Zgodnie z przedstawionymi zasadami rozliczenia Zamawiający nie będzie uwzględniał w rozliczeniach kosztów pośrednich;

W rezultacie Wykonawca SK na etapie realizacji umowy nie rozliczy robocizny z Zamawiającym nie naruszając Ustawy, a Zamawiający będzie płacił wykonawcy wynagrodzenie niezgodnie z jej przepisami. Przez złożone wyjaśnienia Wykonawca SK nie wykazał, że uwzględnił w ofercie koszty związane z zatrudnieniem osób realizujących zamówienie, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów Ustawy.

W odniesieniu do zarzutu związanego z niewykazaniem spełnienia warunku udziału w Postępowaniu dotyczącego zdolności ekonomicznej lub finansowej Odwołujący podał, że złożona przez Wykonawcę SK informacja banku z 5 lipca 2018 r. nie potwierdza spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności ekonomicznej lub finansowej. Stanowi ona w istocie ofertę handlową podpisaną jednoosobowo przez doradcę klienta, która nie jest tożsama z informacją o posiadanej przez wykonawcę zdolności kredytowej. Należy zwrócić uwagę, że dokument ten ma charakter warunkowy. Potwierdza, że „zgodnie z aktualną ofertą Klient może ubiegać się o kredyt w kwocie 2 000 000 zł”, natomiast m.in. ostateczna kwota kredytu uzależniona jest od spełnienia warunków, o których mowa w dokumencie.

Tymczasem - w świetle art. 70 ust. 1 Prawa bankowego - bank uzależnia przyznanie kredytu od zdolności kredytowej kredytobiorcy. Przez zdolność kredytową rozumie się zdolność do spłaty zaciągniętego kredytu wraz z odsetkami w terminach określonych w umowie. Kredytobiorca jest obowiązany przedłożyć na żądanie banku dokumenty i informacje niezbędne do dokonania oceny tej zdolności.

Jeżeli przez zdolność kredytową w rozumieniu Prawa bankowego rozumie się zdolność do spłaty zaciągniętego kredytu, to nie potwierdza zdolności kredytowej na wymaganą przez Zamawiającego kwotę dokument uzyskany m.in. przed dokonaniem oceny ekonomiczno-financej wykonawcy.

W rezultacie Wykonawca SK nie wykazał spełniania warunku udziału w Postępowaniu określonego w pkt V.2.2 SIWZ, co powinno skutkować wezwaniem go do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp.

Odwołujący wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z treści:

1. wyciągu z publikacji S. Koca i T. Waślickiego pn.: Zakładowy plan kont dla spółek prawa handlowego od 2002 r., wyd. Fundacja Rozwoju Rachunkowości w Polsce - dowód O1;
2. wyciągu z Informacji o stawkach robocizny kosztorysowej oraz cenach pracy sprzętu budowlanego (IRS), zeszyt 23/2018 (1793), II kwartał 2018 r., wyd. Sekocenbud - dowód O2;
3. opinii bankowej z 2 lipca 2018 r. sporządzonej przez PKO Bank Polski S.A. - dowód O3.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania wskazując - w zakresie przyjętej przez Wykonawcę SK stawki za roboczogodzinę - że przepisy Rozporządzenia dotyczą szacowania wartości zamówienia i nie mogą być stosowane do oceny ceny oferty Przystępującego. Podał, że do wynikającej z kosztorysu Wykonawcy SK stawki za roboczogodzinę należy doliczyć koszty pośrednie, które Przystępujący oszacował na 65% tej stawki, tj. na kwotę 6,50 zł. W konsekwencji stawka za roboczogodzinę wynosi 16,50 zł i przy tym założeniu kwota otrzymywana przez pracownika na rękę wynosić będzie 2.185 zł, a zatem jest wyższa niż minimalne wynagrodzenie za pracę. Podkreślił, że choć czynnik ten jest niewątpliwie istotny, to nie może być mowy o rażąco niskiej cenie oferty Wykonawcy SK, którą - zgodnie z art. 90 Pzp - należy odnosić do ceny całkowitej.

W kwestii zaświadczenia z banku Zamawiający stwierdził, że wynikająca z niego możliwość ubiegania się o kredyt w wysokości 2 mln zł przesądza o wykazaniu spełnienia warunku udziału w Postępowaniu.

Do postępowania odwoławczego, po stronie Zamawiającego, przystąpienie zgłosił Wykonawca SK, wnosząc o oddalenie odwołania. Izba dopuściła wykonawcę zgłaszającego przystąpienie (dalej również „Przystępujący”) do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie Zamawiającego stwierdzając, że spełnione zostały przesłanki z art. 185 ust. 2 Pzp, od których uzależniona jest skuteczność przystąpienia.

Na rozprawie strony podtrzymały przedstawione powyżej stanowiska.

Po przeprowadzeniu rozprawy Izba, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy omówiony w dalszej części uzasadnienia, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego zawarte w przytoczonych powyżej pismach procesowych, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje.

Skład orzekający stwierdził, że Odwołujący jest legitymowany, zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 Pzp, do wniesienia odwołania.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z treści SIWZ, wezwania Wykonawcy SK do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny z 19 czerwca 2018 r., wyjaśnień Przystępującego z 22 czerwca 2018 r. z załącznikami, zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty z 25 lipca 2018 r., dokumentów przedstawionych przez Odwołującego na rozprawie. Skład orzekający nie stwierdził, jakoby okoliczności stanu faktycznego były sporne pomiędzy stronami.

W związku z powyższym odwołanie zasługiwało na częściowe uwzględnienie:

Przede wszystkim potwierdził się zarzut 1, tj. zaniechania odrzucenia oferty Wykonawcy SK z uwagi na rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, potwierdzoną złożonymi Zamawiającemu wyjaśnieniami.

Tytułem wstępu należy przypomnieć, że z rażąco niską ceną mamy do czynienia w sytuacji, gdy jej wysokość jest oderwana od realiów rynkowych i nie oddaje rzeczywistych kosztów realizacji zamówienia, nie mogąc tym samym zapewnić zrealizowania za nią przedmiotu zamówienia zgodnie z wymogami zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów. Badanie kwestii rażąco niskiej ceny, niezależnie od podstaw jego wszczęcia (obligatoryjne, powodowane okolicznościami, o których mowa w art. 90 ust. 1a pkt 1 Pzp, bądź fakultatywne - wynikające z wątpliwości zamawiającego w danym stanie faktycznym), dotyczyć może całkowitej ceny oferty, bądź jej istotnej części składowej (por. przepis art. 90 ust. 1 in principio Pzp). Ową istotność tłumaczyć należy jako wymierny wpływ na cenę

całkowitą oferty, co wymaga ustalenia w okolicznościach danej sprawy, przy uwzględnieniu m.in. rodzaju przedmiotu zamówienia, czy czynnika cenotwórczego. Stwierdzenie, że wysokość istotnej składowej ceny oferty ustalona została w oderwaniu od realiów rynkowych powoduje, że cenę całkowitą oferty uznać należy za rażąco niską.

W przedmiotowej sprawie Zamawiający, wobec wskazania przez Przystępującego w szeregu pozycji kosztorysu ofertowego stawki za roboczogodzinę w wysokości 10,00 zł, zasadnie powziął wątpliwości co do prawidłowości skalkulowania tego elementu ceny oferty. W przekonaniu sądu orzekającego w przypadku zamówień na roboty budowlane koszty pracy mają niebagatelne znaczenie, co też potwierdził w wyjaśnieniach Wykonawca SK, stwierdzając że „Niewątpliwie istotną częścią składową, a zarazem przykładowym elementem oferty mającym wpływ na wysokość ceny lub kosztu, które mogą wydawać się rażąco niskie, mogą w szczególności być koszty pracy (...)” (wyjaśnienia Wykonawcy SK, str. 2). Biorąc pod uwagę powyższe, stanowisko Zamawiającego deprecjonujące znaczenie wystosowanego do Przystępującego wezwania o wyjaśnienia było nieuzasadnione, a argument, jakoby stwierdzenie zaniżenia wartości istotnej części składowej ceny oferty nie mogło prowadzić do jej odrzucenia z uwagi na rażąco niską cenę - przejawem nieprawidłowej wykładni przepisu art. 90 Pzp.

Kolejno Izba stwierdziła, nawiązując do powstałego pomiędzy stronami sporu odnośnie możliwości stosowania przepisów Rozporządzenia do oceny prawidłowości określenia kosztów pracy w ofercie Wykonawcy SK, że kwestię tą wywołał sam Przystępujący, odwołując się w treści wyjaśnień do wyroku Izby, w którym poruszone zostało przedmiotowe zagadnienie. Ta część argumentacji Wykonawcy SK, zdaniem sądu orzekającego, świadczyć miała jakoby o przyjęciu przez niego metodologii obliczenia stawki za roboczogodzinę zgodnej z § 6 Rozporządzenia, czemu przeczą dalsze wywody i wyliczenia zawarte w wyjaśnieniach. Skoro bowiem - w świetle ust. 2 przytoczonego przepisu - godzinowe stawki robocizny powinny obejmować wszystkie składniki zaliczane do wynagrodzenia, w tym w szczególności m.in. obligatoryjne obciążenia płac, to Przystępujący nie mógł następnie stwierdzić, że ujęte zostały one w kosztach pośrednich (wyjaśnienia, str. 3-4). Skoro, jak się wydaje, Wykonawca SK opierał się na przepisach Rozporządzenia, to uszło jego uwadze, że koszty bezpośrednie określone zostały w § 1 ust. 2 pkt 4 Rozporządzenia mianem składników kalkulacyjnych uwzględniających nieujęte w kosztach bezpośrednich koszty zaliczane zgodnie z odrębnymi przepisami do kosztów uzyskania przychodów, w szczególności koszty ogólne budowy oraz koszty zarządu. Powyższe potwierdza również dowód O1, który wprawdzie nie dotyczy bezpośrednio Wykonawcy SK będącego osobą fizyczną prowadzącą działalność gospodarczą, to jednak nie sposób twierdzić, że nie powstają u niego w związku z prowadzoną działalnością określone w treści dowodu koszty pośrednie. Nawet gdyby jednak uznać dopuszczalność ujmowania w kosztach pośrednich kosztów pracy, co pozostaje w sprzeczności z przywołanymi wcześniej regulacjami Rozporządzenia i podważa zasadność odwoływania się do jego treści w złożonych przez Wykonawcę SK wyjaśnieniach, to należałoby stwierdzić, że koszty pracy wymienione przez Przystępującego na str. 3-4 wyjaśnień pochłaniają w całości pulę kosztów pośrednich, co powoduje wątpliwość odnośnie ujęcia w cenie oferty wspomnianych kosztów ogólnych budowy, czy kosztów zarządu, ergo właściwych kosztów pośrednich. W konsekwencji Izba uznała, że wysokość stawki za roboczogodzinę, oparta na przepisach Rozporządzenia, powinna być wyliczona zgodnie z założeniami przedstawionymi w dowodzie O2.

Oceniając negatywnie wiarygodność zaprezentowanych w wyjaśnieniach wyliczeń Izba wzięła pod uwagę, że zarówno przedstawiony w ich treści mechanizm obliczenia ostatecznej wysokości stawki za roboczogodzinę, jak i odnoszące się do niego stanowisko Przystępującego zaprezentowane na rozprawie (protokół rozprawy, str. 5) nie tylko nie znajdują oparcia w treści oferty (kosztorysu), ale nie poddają się w jej świetle jakiegokolwiek weryfikacji. W konsekwencji Zamawiający, rozliczając się z Wykonawcą SK za realizację zamówienia, nie będzie miał pewności, czy rozliczenia te przebiegać będą z uwzględnieniem przepisów Ustawy, ponieważ kwestia ustalenia wysokości przyjętej przez Przystępującego stawki za roboczogodzinę nie została Zamawiającemu należycie wyjaśniona. Brak wiedzy Zamawiającego co do ostatecznej wysokości wypłacanego pracownikowi Przystępującego wynagrodzenia ujawnił się już w toku rozprawy, kiedy to Zamawiający wyliczył je na kwotę niewynikającą z treści wyjaśnień (protokół rozprawy, str. 3).

Powyższą sytuację, tj. przyjęcie za podstawę obliczenia ceny oferty wynagrodzenia w kwocie niższej niż przewidziana w Ustawie, należy również poczytywać za okoliczność uzasadniającą odrzucenie oferty Przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 (niezgodność z Pzp) i pkt 6 Pzp (błąd w obliczeniu ceny), a zatem potwierdziły się zarzuty nr 2 i 4.

W odniesieniu do pierwszej z podstaw Izba wskazuje, że tak sporządzona oferta

uchybia przepisowi art. 90 ust. 1 pkt 1 Pzp, zgodnie z którym przyjęta przez wykonawcę do ustalenia ceny oferty wartość kosztów pracy nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie przepisów Ustawy.

W kwestii błędu w obliczeniu ceny skład orzekający podziela zaprezentowane w doktrynie stanowisko, zgodnie z którym „Weryfikacja prawidłowości wyliczenia ceny lub kosztu powinna dotyczyć również prawidłowego rozumienia przez wykonawcę powszechnie obowiązujących przepisów prawa, zwłaszcza mających wpływ na obliczenie ceny lub kosztu wykonania przedmiotu zamówienia (...) Zatem z błędem w obliczeniu ceny lub kosztu oferty będziemy mieli do czynienia w przypadku nieuwzględnienia (lub uwzględnienia w sposób nieprawidłowy) w wyliczeniu ceny lub kosztu wszystkich elementów ceno- lub kosztotwórczych, wynikających z przepisów prawa (...)” (tak: M. Jaworska: Komentarz do art. 89 Pzp [w:] M. Jaworska (red.): Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2018, Legalis). W przedmiotowej sprawie błąd w obliczeniu przez Wykonawcę SK ceny polegał na nieuwzględnieniu wymagań dotyczących wysokości minimalnego wynagrodzenia, wynikających z przepisów Ustawy.

Pozostałe zarzuty odwołania okazały się nieuzasadnione, wobec czego podlegały oddaleniu, o czym Izba przesądziła w pkt 2 sentencji wyroku.

W kwestii zarzucanej treści oferty Wykonawcy SK niezgodności z SMWZ (zarzut nr 3) skład orzekający wyjaśnia, że w ugruntowanym orzecznictwie KIO wyrażono pogląd, że przesłanka z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp zachodzi w sytuacji, w której oferowane zamawiającemu świadczenie nie odpowiada wymogom opisanym w SMWZ. Ad casum sytuacja taka nie ma miejsca, ponieważ Odwołujący zakwestionował nie tyle przedmiot świadczenia, co jego wycenę. W konsekwencji oferta Przystępującego nie podlegała odrzuceniu w oparciu o wzmiankowaną podstawę prawną.

Nie potwierdził się również zarzut niewykazania przez Wykonawcę SK spełnienia warunku w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej (zarzut nr 5). Prezentowane w tej mierze stanowisko Odwołującego sprowadzało się do uznania, że skoro w treści przedstawionych przez Przystępującego zaświadczeń z banku nie użyto stwierdzenia o posiadaniu zdolności kredytowej, to dokumenty te są nieprawidłowe, a Wykonawca SK winien zostać wezwany do ich uzupełnienia. Odwołujący uzasadnił prezentowane stanowisko definicją zdolności kredytowej, wynikającą z przepisu art. 70 ust. 1 zdanie drugie Prawa bankowego. Uszło jednak uwadze Odwołującego, że posiadanie przez określony podmiot zdolności kredytowej w rozumieniu przywołanego przepisu nie gwarantuje zaciągnięcia zobowiązania pieniężnego w wynikającej z owej zdolności kwocie (nawiasem mówiąc, w świetle przepisu art. 70 ust. 2 Prawa bankowego możliwe jest uzyskanie kredytu nawet bez legitymowania się zdolnością kredytową). Jest tak dlatego, że posiadania zdolności kredytowej w określonej wysokości nie należy utożsamiać ze zobowiązaniem do udzielenia kredytu, co również wynika z treści dowodu O3, za pomocą którego Odwołujący starał się podważyć prawidłowość dokumentów przedstawionych przez Wykonawcę SK do oceny wykazania spełnienia wspomnianego warunku.

Nie zasługiwało na uwzględnienie twierdzenie Odwołującego, jakoby okolicznością przemawiającą za zasadnością zarzutu odwołania było zaniechanie przeprowadzenia przez wystawcę zaświadczenia analizy sytuacji ekonomiczno-finansowej Przystępującego. Należy zauważyć, że zawarte w zaświadczeniach zastrzeżenie miało jedynie na celu podkreślenie, że wydany dokument nie może być traktowany jako promesa kredytowa, tj. oświadczenie rodzące po stronie banku zobowiązanie do zawarcia umowy na kwotę wynikającą z zaświadczenia. Dodać należy, że tożsame w skutkach oświadczenie zawarte zostało również w treści dowodu O3. Nie sposób również twierdzić, że bank w ogóle nie posiada informacji na temat sytuacji ekonomiczno-finansowej Wykonawcy SK. Trzeba mieć bowiem na względzie, że jak na to wskazują zaświadczenia, jego wystawca udzielił Przystępującemu kredytu obrotowego, w związku z czym musi prowadzić jego obsługę, przez co dysponuje choćby podstawowymi informacjami w przedmiotowym zakresie.

Reasumując, użyte w zaświadczeniach stwierdzenie o możliwości ubiegania się o kredyt należało interpretować tożsamo, jak w przypadku pojęcia zdolności kredytowej, zatem kwestionowane dokumenty stanowiły potwierdzenie spełnienia przedmiotowego warunku udziału w Postępowaniu.

O kosztach postępowania (pkt 3 sentencji wyroku) rozstrzygnięto stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz.U.2018.972 j.t.).

Przewodniczący: