

Wyrok

Krajowej Izby Odwoławczej

z dnia 10 września 2024 r.

KIO 2974/24

UZASADNIENIE

Skład orzekający

Przewodnicząca: Elżbieta Dobrenko.

Protokolant: Tomasz Skowroński.

Sentencja

Krajowa Izba Odwoławcza po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 sierpnia 2024 r. przez wykonawcę J. K., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Roboty Drogowo-Budowlane J. K. w postępowaniu prowadzonym przez

Wielkopolski Zarząd Dróg Wojewódzkich w Poznaniu przy udziale po stronie zamawiającego - wykonawcy POL-DRÓG Drawsko Pomorskie Spółka Akcyjna z siedzibą w Drawsku Pomorskim

orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu dotyczącego wyboru oferty najkorzystniejszej w Postępowaniu i uznaniu za taką oferty wykonawcy (...) S.A. pomimo upływu terminu związania ofertą oraz utraty ważności wadium z naruszeniem art. 252 ust. 2 Pzp wobec braku wezwania tegoż wykonawcy do wyrażenia, w wyznaczonym przez Zamawiającego terminie, pisemnej zgody na wybór jego oferty.

2. W pozostałym zakresie oddala odwołanie.

3. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10.000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych 00 groszy), uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

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.

Uzasadnienie faktyczne

Zamawiający Wielkopolski Zarząd Dróg Wojewódzkich w Poznaniu, dalej: "Zamawiający" prowadzi, na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych, dalej: "ustawa Pzp" postępowanie o udzielenie zamówienia pn.: "Wzmocnienie nawierzchni drogi wojewódzkiej nr 188, odc. Klukowo-Krajenka", dalej: "Postępowanie".

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 21 maja 2024 r. pod numerem 2024/BZP 00333336.

W dniu 19 sierpnia 2024 r. wykonawca J. K., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Roboty Drogowo-Budowlane J. K., dalej: "Odwołujący" wniósł odwołanie wobec następujących czynności i zaniechań Zamawiającego, polegających na:

1. odrzuceniu oferty Odwołującego Roboty Drogowo Budowlane J. K., z naruszeniem art. 226 ust. 1 pkt 8 oraz art. 224 ust. 6 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty wykonawcy Roboty Drogowo Budowlane J. K. w sytuacji, gdy oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny a Odwołujący wezwany do udzielenia wyjaśnień ceny udowodnił, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska,
2. wyborze oferty najkorzystniejszej w Postępowaniu i uznaniu za taką oferty wykonawcy (...) S.A. z naruszeniem art. 239 ust. 1 Pzp w zw. z art. 17 ust. 2 Pzp poprzez brak wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej, o czym Odwołujący dowiedział się z zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej w Postępowaniu z dnia 13 sierpnia 2024 r.

Z ostrożności Odwołujący podniósł również, że Zamawiający dokonał następujących czynności i zaniechań: 1. wyboru oferty najkorzystniejszej w Postępowaniu i uznaniu za taką oferty wykonawcy (...) S.A. pomimo upływu terminu związania ofertą oraz utraty ważności wadium z naruszeniem art. 252 § 2 Pzp wobec braku wezwania tegoż wykonawcy do wyrażenia, w wyznaczonym przez Zamawiającego terminie, pisemnej zgody na wybór jego oferty.

W uzasadnieniu powyższego, Odwołujący wskazał nie ma wiedzy, aby Zamawiający wezwał Wykonawcę (...) S.A. do wyrażenia zgody na wybór jego oferty po upływie terminu związania ofertą, na podstawie art. 252 Pzp, a do wyboru oferty doszło po tym terminie. Odwołujący podkreślił, że Zamawiający nie wezwał żadnego z oferentów do przedłużeniu terminu związania oferta i wydłużenia ważności wadium zgodnie z zapisami SWZ. Takie działanie czy zaniechanie Zamawiającego winno doprowadzić do unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty.

W oparciu o przedstawione wyżej zarzuty, na podstawie art. 554 ust. 1 i 3 Pzp. Odwołujący wniósł o:

- * merytoryczne rozpatrzenie oraz uwzględnienie odwołania,
- * dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentacji Postępowania - na okoliczności wskazane niniejszym odwołaniem, a także o dokonanie:
 1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
 2. powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem zarzutów podniesionych w odwołaniu i w jej wyniku dokonanie wyboru oferty Odwołującego.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, że przedmiotem zamówienia jest:

"Wzmocnienie nawierzchni drogi wojewódzkiej nr 188, odc. Klukowo - Krajenka."

Przedmiot zamówienia określony został w Tomie III Specyfikacji Warunków Zamówienia przy pomocy

Szczegółowych Specyfikacji Technicznych Wykonania i Odbioru Robót oraz dokumentacji projektowej. Zgodnie z Tom II SWZ - Projektowane postanowienia umowy przyjęto wynagrodzenie kosztorysowe: § 6.2. Wynagrodzenie o którym mowa w ust. 1 jest wynagrodzeniem kosztorysowym i zostało wyliczone w oparciu o kosztorys ofertowy, metodą kalkulacji uproszczonej. Wynagrodzenie to może być powiększone lub pomniejszone o wartości wynikające z protokołów konieczności, o których mowa w § 2 ust. 5 Umowy. Zamawiający wymagał dokonania wyceny ofertowej przy zastosowaniu kosztorysu ofertowego. Zgodnie z Kosztorysem ofertowym Zamawiający wymagał dokonania w zakresie poz. 6 wyceny następującego zakresu rzeczowego robót: Wykonanie warstwy wiążącej średniej grubości 5cm z betonu asfaltowego AC16W, asfalt 35/50 - wg numeru specyfikacji technicznej D-05.03.05b-w ilości 23180,00 m². Zamawiający, działając na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, zwrócił się 12 lipca 2024 r. i 24 lipca 2024 r. do Odwołującego o udzielenie wyjaśnień w zakresie zaoferowanej w poz. 6 TER ceny jednostkowej i przedstawienie szczegółowej kalkulacji.

Odwołujący dwukrotnie przedłożył stosowne wyjaśnienia w dniu 18 lipca 2024 r. i 29 lipca 2024 r., dokumenty i wyjaśnienia wykazały, że oferowana cena jednostkowa stanowiąca istotną część zamówienia, nie jest rażąco niska.

Pismem z dnia 13 sierpnia 2024 r. Zamawiający poinformował, że w wyniku przeprowadzonego postępowania dokonuje wyboru oferty najkorzystniejszej Wykonawcy: (...) S.A. i odrzucenia oferty Odwołującego, jako zawierającej rażąco niską cenę.

Zamawiający wskazał, że stawki roboczogodziny kształtują się poniżej minimalnej krajowej, która wynosi 28,10 zł/h (Rozporządzenie 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). Odwołujący podkreślił, że stawki roboczogodziny w dniu składania oferty wynosiły 27,70 zł/h, a zmianie na kwotę 28,10 zł/h uległy dopiero od 1 lipca 2024 r. Zamawiający wskazał, że nieuwzględnienie w cenie jednostkowej pełnych kosztów pracy, wbrew wymaganiom SWZ skutkuje bowiem koniecznością uznania, iż cena nosi znamiona rażąco niskiej w stosunku do przedmiotu zamówienia. Jest to bowiem jeden z podstawowych wyznaczników pozwalających na ocenę czy rzetelnie wyceniono wszystkie koszty wykonania zamówienia w cenie oferty.

Odwołujący nie zgodził się ze stanowiskiem Zamawiającego, ponieważ, jak wskazał, celem instytucji wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na cenę jest udowodnienie zamawiającemu, że za daną cenę możliwe jest wykonanie zamówienia z należytą starannością. Wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny mają z punktu widzenia wykonawcy dużą doniosłość prawną.

Wezwanie zamawiającego statuuje domniemanie zaoferowania przez wykonawcę ceny rażąco niskiej, które wykonawca zobowiązany jest obalić. Celem jest również wyeliminowanie z postępowania oferty wykonawcy, który proponuje realizację przedmiotu zamówienia na warunkach nierealnych, niemożliwych do spełnienia. Mając na względzie naczelną zasadę systemu zamówień publicznych, tj. zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, zamawiający nie może dopuścić do powierzenia realizacji zamówienia wykonawcy, którego oferta nie zapewnia jego właściwego wykonania. Odwołujący zaznaczył, że jego wyjaśnienia były szczegółowe i wyczerpujące i - przede wszystkim wskazywały na

możliwość wykonania zamówienia w cenach przedstawionych w ofercie Odwołującego. Zamawiający powoływał się na wymagania SWZ zobowiązujące do uwzględnienia w cenie jednostkowej pełnych kosztów pracy, Odwołujący podkreślił, że w postanowieniach SWZ Zamawiający nie przywołał wprost Rozporządzenia Ministra Infrastruktury w sprawie określenia metod i podstaw sporządzania kosztorysu inwestorskiego, obliczania planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno - użytkowym z dnia 18 maja 2004 r. (Dz. U. Nr 130, poz. 1389).

W zaistniałej w sprawie sytuacji przyjąć należało jako "stawkę roboczogodziny" minimalną kwotę w wysokości netto, a nie 27,70 zł/h (czy 28,10 zł/h) obejmującą również narzuty podstawowe i narzuty dodatkowe, które to narzuty wobec tak sformułowanych postanowień SWZ w tym formularza ofertowego, wykonawcy mieli prawo wkalkulować we wskaźnik narzutu kosztów pośrednich, wskaźnik narzutu kosztów zakupu, wskaźnik narzutu zysku. Reasumując, Odwołujący wskazał, że stawka roboczogodziny podana w jego ofercie i wyjaśnieniach w wysokości 25,23 zł/h jest zgodna z wymogiem minimalnej stawki roboczogodziny. W tym stanie rzeczy zarzuty co do rażąco niskiej ceny nie potwierdziły się, co do kosztów pracy na poziomie niższym niż minimalne wynagrodzenie za prace ustalone na podstawie właściwych przepisów.

Takie stanowisko koresponduje ze stanowiskiem w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 stycznia 2021 r. (KIO 3304/20 wyrok dnia 11 stycznia 2021 r.).

Stawka roboczogodziny podlega narzutom - w kosztorysie jest stawka netto, którą wypłaca się

Pracownikom: - 64,8% kosztów pośrednich, - 11% zysku naliczanego także od KP, więc jej rzeczywista wartość to: $25,230 * 1,648 * 1,11 = 46,1527$ zł/h brutto co w zupełności pokrywa pozostałe koszty stawki netto i uwzględnienia wszelkie obciążenia związane z kosztem pracy.

Odwołujący założył, że 500 ton masy będzie układanie min. 10 godzin, co daje 461,527 zł na robotnika.

Uwzględniając 4 ludzi do układania masy (operator jest w cenie sprzętu) daje 1846,108 zł/dzień.

W tej sytuacji zestawienie cen oferty Odwołującego z wartością prezentowaną przez pozostałych uczestników postępowania w zakresie poz. 6 zamówienia wskazuje na różnice, jednak oferta Odwołującego nie zawiera cen całkowicie oderwanych od wartości faktycznych przedmiotu zamówienia. Skala obniżenia nie ma charakteru rażącego. Poza tym Odwołujący wskazał, iż wadliwe było przyjęcie przez Zamawiającego, że oferta Odwołującego nie uwzględnia w cenie jednostkowej danej pozycji formularza cenowego wszystkich kosztów wykonania przedmiotu zamówienia wskazanych w opisie sposobu obliczenia ceny, co stanowi podstawę nie tylko odrzucenia oferty ze względu na rażąco niską cenę, ale również ze względu na niezgodność z wymaganiami SWZ.

W odpowiedzi na odwołanie - piśmie z 2 września 2024 r. Zamawiający wniósł o:

1. oddalenie odwołania w zakresie zarzutu naruszenia art. 226 pkt 8 oraz art. 224 ust. 6 PZP Pzp poprzez odrzucenie oferty wykonawcy Roboty Drogowo Budowlane J. K. w sytuacji, gdy oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny a Odwołujący wezwany do udzielenia wyjaśnień ceny udowodnił, że zaofferowana cena nie jest rażąco niska,

2. oddalenie odwołania w zakresie naruszenia art. 239 ust. 1 Pzp w zw. z art. 17 ust. 2 Pzp poprzez braku wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej,

3. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentów znajdujących się w aktach postępowania:

1) Specyfikacja Warunków Zamówienia (dalej "SWZ") na fakt opisanego przez Zamawiającego w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, z uwzględnieniem wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty przedmiotu zamówienia oraz wskazania wymagań związanymi z realizacją zamówienia, sposobu obliczania wynagrodzenia Wykonawcy,

2) Opis Przedmiotu Zamówienia w postaci dokumentacji technicznej na fakt opisanego przez Zamawiającego w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, z uwzględnieniem wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty przedmiotu zamówienia oraz sposobu obliczania wynagrodzenia Wykonawcy,

3) Wyjaśnienia Zamawiającego z 14 czerwca 2022 r. na fakt opisanego przez Zamawiającego w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, z uwzględnieniem wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty przedmiotu zamówienia oraz sposobu obliczania wynagrodzenia Wykonawcy, 4) pismo Zamawiającego z 12 lipca 2024 r. na fakt uprawnionego działania Zamawiającego zmierzającego do wyjaśnienia w tym złożenia dowodów dotyczących wyliczenia ceny poz. 6 TER.

5) pismo Wykonawcy z 19 lipca 2024 r. na fakt niewyjaśnienia Zamawiającemu wątpliwości przez Wykonawcę,

6) pismo Zamawiającego z 24 lipca 2024 r. na fakt uprawnionego działania Zamawiającego zmierzającego do wyjaśnienia wątpliwości powziętych przez Zamawiającego w zakresie co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia w zakresie poz. 6 TER zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia,

7) pismo Wykonawcy z 30 lipca 2024 r. na fakt złożenia przez Odwołującego wyjaśnień wraz z dowodami nie uzasadniających podanej w ofercie ceny,

W uzasadnieniu pisma Zamawiający poinformował, że zwrócił się do POL-DRÓG

DRAWSKO POMORSKIE S.A. o wyrażenie zgody na wybór jego oferty po terminie związania ofertą, na podstawie art. 252 ust. 2 Pzp. Pismem z 8 sierpnia 2024 r. Wykonawca wyraził pisemną zgodę na wybór jego oferty po upływie terminu związania. W myśl art. 226 ust. 1 pkt 13 ustawy Pzp, Zamawiający wskazał, że odrzuciłby ofertę, gdyby Wykonawca takiej zgody nie wyraził.

Zamawiający wskazał ponadto, że w Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych nr D-05.03.05b dotyczącej warstwy wiążącej pkt 9 Podstawa płatności określił, iż w poz. 6 TER, cena wykonania 1 m² obejmuje:

- prace pomiarowe i roboty przygotowawcze,
- oznakowanie robót,
- zakup i dostarczenie materiałów i sprzętu,
- opracowanie recepty laboratoryjnej,
- wykonanie próby technologicznej i odcinka próbnego,

- zakup lub wyprodukowanie mieszanki betonu asfaltowego i jej transport na miejsce wbudowania,
- posmarowanie lepiszczem lub pokrycie taśmą asfaltową krawędzi urządzeń obcych i krawężników,
- rozłożenie i zagęszczenie mieszanki betonu asfaltowego,
- obcięcie krawędzi i posmarowanie lepiszczem,
- przeprowadzenie pomiarów i badań wymaganych w specyfikacji technicznej, - odwiezienie sprzętu.

Ponadto w ww. STWIORB wskazano, iż do rozliczenia ceny 1 m² należy dodać:

- roboty tymczasowe, które są potrzebne do wykonania robót podstawowych, ale nie są przekazywane Zamawiającemu i są usuwane po wykonaniu robót podstawowych,
- prace towarzyszące, które są niezbędne do wykonania robót podstawowych, niezaliczane do robót tymczasowych, jak geodezyjne wytyczenie robót itd.

Zaoferowana przez Wykonawcę Roboty Drogowo Budowlane J. K., cena jednostkowa w poz. 6 Tabeli Elementów Rozliczeniowych (TER): Wykonanie warstwy wiążącej średniej grubości 5cm z betonu asfaltowego AC16W, asfalt 35/50 - 29,10 zł/m² wzbudziła wątpliwości

Zamawiającego z uwagi na fakt, że pozycja ta, polegająca na wykonaniu warstwy wiążącej średniej grubości 5 cm z betonu asfaltowego AC 16W, asfalt 35/50 jest istotną częścią (ok. 25%) ceny oferty a poprawne ułożenie warstwy wiążącej, uwzględniające reżim technologiczny i dobór pełnowartościowych materiałów, ma kluczowe znaczenie dla konstrukcji jezdni.

W związku z tym, Zamawiający działając na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, zwrócił się 12 lipca 2024 r. i 24 lipca 2024 r. o udzielenie wyjaśnień w zakresie zaoferowanej w poz. 6 TER ceny jednostkowej i przedstawienie szczegółowej kalkulacji.

Przedłożone przez Wykonawcę w dniu 18 lipca 2024 r. i 29 lipca 2024 r. dokumenty i wyjaśnienia nie wykazały, że oferowana cena jednostkowa stanowiąca istotną część zamówienia, nie jest rażąco niska. Wyjaśnienia Wykonawcy były niespójne, między innymi w zakresie stawki roboczogodziny, która w piśmie z dnia 18 lipca 2024 r. wynosi 29,30 zł/h, a w piśmie z dnia 29 lipca 2024 r. wynosi 25,23 zł/h. Pozostałe składowe ceny podane w tych dwóch pismach także różniły się zestawem sprzętu przewidzianego do wbudowania warstwy wiążącej i przyjętymi cenami jednostkowymi. Zamawiający wskazał, że wydaje się, że w trakcie wyjaśnień Wykonawca zorientował się, że zbyt nisko wycenił przedmiotową pozycję TER a następnie próbując zawrzeć wszystkie składowe oferowanej ceny w 29,10 zł/m², zmieniał rodzaje sprzętu przewidzianego do wykonania robót i z tego wynika niespójność składanych wyjaśnień. W ostatnim przesłanym wyjaśnieniu Wykonawca obniżył stawkę roboczogodziny do wartości poniżej minimalnej krajowej, która na dzień składania ofert w postępowaniu wynosiła 27,70 zł/h (Rozporządzenie 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)). Odmienne wyjaśnienia przyjętej stawki w poz. 6 TER przyjął Odwołujący w odwołaniu, wskazując, iż rzeczywista wartość roboczogodziny (czyli jednego z elementów kalkulacji poz. 6 TER) wynosi 46,1527 zł/h.

Prawodawca nie zdefiniował "rażąco niskiej ceny" i stanowi ono pojęcie subiektywne, które należy odnosić do danego przedmiotu zamówienia. Za rażąco niską cenę przyjmuje się ofertę, której cena jest nierealna, odbiega od rzeczywistej wartości zamówienia i wskazuje na fakt wykonania zamówienia poniżej jego

kosztów.

Co za tym idzie, badanie oferty pod kątem rażąco niskiej ceny powinno być zindywidualizowane, zależne od realiów danego postępowania.

Celem instytucji wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na cenę jest udowodnienie zamawiającemu, że za daną cenę możliwe jest wykonanie zamówienia z należytą starannością. Wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny mają z punktu widzenia wykonawcy dużą doniosłość prawną.

Wezwanie zamawiającego statuuje domniemanie zaoferowania przez wykonawcę ceny rażąco niskiej, które wykonawca zobowiązany jest obalić. Celem jest również wyeliminowanie z postępowania oferty wykonawcy, który proponuje realizację przedmiotu zamówienia na warunkach nierealnych, niemożliwych do spełnienia.

Mając na względzie naczelną zasadę systemu zamówień publicznych, tj. zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, zamawiający nie może dopuścić do powierzenia realizacji zamówienia wykonawcy, którego oferta nie zapewnia jego właściwego wykonania.

Zamawiający wskazał, że w świetle przedłożonych wyjaśnień i dowodów, jak również treści obowiązujących przepisów prawa nie budzi wątpliwości, iż oferta podlegała odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp, art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy

Pzp w zw. z art. 3 oraz 15 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, ponieważ Wykonawca nie wykazał, że złożone wyjaśnienia wraz z dowodami uzasadniają podaną w ofercie cenę lub koszt.

Wyjaśnienia Odwołującego każdorazowo wskazywały inne sposoby kalkulacji, inne kwoty. Co więcej, nawet w odwołaniu Wykonawca wskazał inne wyjaśnienia. Nieuwzględnienie w cenie jednostkowej pełnych kosztów pracy, wbrew wymaganiam SWZ skutkuje bowiem koniecznością uznania, iż cena nosi znamiona rażąco niskiej w stosunku do przedmiotu zamówienia. Jest to bowiem jeden z podstawowych wyznaczników pozwalających na ocenę czy rzetelnie wyceniono wszystkie koszty wykonania zamówienia w cenie oferty.

Nie sposób natomiast tej wartości wykazać w ramach ceny jednostkowej opiewającej na 29,10 zł (poz. 6 TER). Ustawodawca zobowiązuje zamawiających do odrzucania ofert wykonawców, którzy nie respektują zasad wynagradzania za pracę ustalonych w przepisach powszechnie obowiązujących.

Przepis nie ingeruje w podstawy zatrudniania osób przez wykonawców ubiegających się o zamówienie. Nakazuje jedynie respektowanie poziomu wynagrodzenia wynikającego z przepisów o płacy minimalnej przy kalkulacji kosztorysów w ofertach. Oznacza to, że nawet przy zatrudnianiu osób na podstawie umowy cywilnoprawnej do obliczenia ceny oferty muszą być przyjęte kwoty wynagrodzeń minimalnych.

Rozwiązanie to nie ingeruje w umowy wykonawców z zatrudnianymi osobami, odnosi się wyłącznie do kształtowania ceny oferty i eliminacji nierealnie niskich cen. Przepis ma charakter powszechny i nie zwalnia z obowiązku kształtowania cen ofert z uwzględnieniem minimalnych kosztów pracy w Polsce, także wykonawców, którzy będą wykonywać przedmiot zamówienia poza granicami RP. Taka regulacja musi być jednak interpretowana przez zamawiającego z uwzględnieniem stanowiska wyrażonego przez Trybunał Sprawiedliwości w wyroku z 3 kwietnia 2008 r., C-346/06,

Rechtsanwalt Dr. Dirk Ruffert als Insolvenzverwalter über das Vermögen der Objekt und

Bauregie GmbH

& Co. KG v. Land Niedersachsen, EU:C:2008:189.

W wyroku tym wskazano, że "zaniżenie tych kosztów samoistnie jest czynnością sprzeczną z prawem konkurencji" (Dzierżanowski Włodzimierz i in., Prawo zamówień publicznych. Komentarz Opublikowano: WKP 2021).

Zamawiający podkreślił, że mając na uwadze powyższe nie budzi wątpliwości, iż jednym z elementów nieuwzględnionych przez wykonawcę w cenie jednostkowej są koszty pracy wynikające z obowiązujących przepisów prawa, w tym koszty ubezpieczenia.

Stanowisko takie zajęła m.in. KIO w wyroku KIO 1020/22, gdzie jednoznacznie stwierdziła, iż nieuwzględnienie w cenie jednostkowej danej pozycji formularza cenowego wszystkich kosztów wykonania przedmiotu zamówienia wskazanych w opisie sposobu obliczenia ceny stanowi podstawę nie tylko odrzucenia oferty ze względu na rażąco niską cenę (jeśli zarzut ten się potwierdzi), ale również ze względu na niezgodność z wymaganiami SWZ.

Element ten ma o tyle istotne znaczenie, że w sytuacji, gdy Odwołujący nie uwzględnił w cenie jednostkowej wszystkich kosztów wymienionych w SWZ, jego oferta i tak podlega odrzuceniu jako sporządzona niezgodnie z warunkami zamówienia. Tym samym - skoro nie budzi wątpliwości, że kalkulacja ceny oferty Odwołującego nie zawiera wszystkich kosztów realizacji zamówienia wymienionych w SWZ - to uwzględnienie niniejszego odwołania nie mogłoby mieć żadnego wpływu na wynik postępowania, albowiem podlega odrzuceniu z uwagi na wystąpienie co najmniej jednej z powiązanych wzajemnie przesłanek odrzucenia oferty.

W przytaczanym orzeczeniu KIO 1020/22 KIO stwierdziła: "Nie jest jednak tak, że na podstawie wyjaśnień ceny oferty nie mogą ujawnić się podstawy do odrzucenia oferty w oparciu o inne przepisy ustawy Pzp, w tym np. art. 226 ust. 1 pkt 5. Nie można również wykluczyć sytuacji, w której zostaną spełnione łącznie przesłanki określone art. 226 ust. 1 pkt 5 oraz 8 ustawy Pzp".

Także pokrywanie przez Wykonawcę ewentualnych strat wynikających z zaniżenia ceny zyskami z innych źródeł, stanowi czyn nieuczciwej konkurencji (KIO 337/22) i stanowi dowód na zaoferowanie rażąco niskiej ceny.

W ocenie Zamawiającego, wykonawca w swoich wyjaśnieniach nie wykazał, że jest w stanie zrealizować roboty po cenie jednostkowej wskazanej w ofercie z zachowaniem wszystkich wymogów specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych nr D-05.03.05b. W związku z powyższym Zamawiający uznał, że ceny jednostkowe, które są w przedmiotowym postępowaniu cenami samodzielnymi za wykonanie wyodrębnionych prac, są cenami rażąco niskimi.

Ponadto Zamawiający nadmienił, że Odwołujący błędnie interpretował przywołany przez siebie wyrok (KIO 3304/20 z 11 stycznia 2021 r.), który nie odzwierciedlał sposobu obliczenia ceny narzuconego przez Zamawiającego. W przywołanym wyroku cena jednostkowa zawiera tylko cenę roboczogodziny, natomiast Zamawiający przyjmuje cenę jednostkową za m² ułożenia warstwy wiążącej nawierzchni a robocizna jest jedną z części składowych ceny jednostkowej.

Rzeczywista wartość robocizny to, nie jak twierdzi Odwołujący wartość z narzutami kosztów pośrednich i

zyskiem, tylko wyjściowa (kalkulacyjna) stawka za roboczogodzinę pracy.

Z przytoczonych powyżej powodów Zamawiający stwierdził, że zarzuty naruszenia przez Zamawiającego przepisów PZP w zakresie wskazanym przez Odwołującego są bezzasadne.

Uzasadnienie prawne

Po przeprowadzeniu rozprawy, uwzględniając dokumenty zamówienia, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron i uczestnika postępowania zawarte w odwołaniu i odpowiedzi na odwołanie, a także wyrażone ustnie na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła:

Izba stwierdziła, że nie wystąpiła żadna z przesłanek wskazanych w art. 528 ustawy Pzp, których skutkiem jest odrzucenie odwołania.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał spełnienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, zarówno posiadania interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy.

Do postępowania odwoławczego, w terminie przewidzianym w art. 525 ust. 1 ustawy Pzp, po stronie Zamawiającego przystąpienie zgłosił wykonawca POL-DRÓG Drawsko Pomorskie Spółka Akcyjna z siedzibą w Drawsku Pomorskim, dalej: "Przystępujący".

Zgłoszenie spełniało warunki określone w art. 525 ust. 1 ustawy Pzp.

Przystępujący w piśmie z 23 sierpnia 2024 r. - Przystąpienie do postępowania odwoławczego, wniósł o oddalenie odwołania i przedstawił swoje stanowisko.

Na podstawie przekazanej dokumentacji postępowania Izba ustaliła, że Zamawiający Wielkopolski Zarząd Dróg Wojewódzkich w Poznaniu prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia pn.: "Wzmocnienie nawierzchni drogi wojewódzkiej nr 188, odc. KlukowoKrajenka".

Zamawiający, w związku z wątpliwościami dotyczącymi zaoferowanej przez Odwołującego ceny jednostkowej w poz. 6 Tabeli Elementów Rozliczeniowych, dalej: "TER", która stanowiła ok. 25% ceny oferty, zwrócił się do Odwołującego - pisma z dnia 12 i 24 lipca 2024 r., na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, o wyjaśnienie ceny poz. 6 TER i przedstawienie szczegółowej kalkulacji.

Odwołujący złożył wyjaśnienia dwukrotnie: w dniu 18 oraz 29 lipca 2024 r.

Następnie Zamawiający, na podstawie art. 252 ust. 2 ustawy, Pzp zwrócił się do (...) S.A. o wyrażenie zgody na wybór jego oferty po terminie związania ofertą. Pismem z 8 sierpnia 2024 r. ww. wykonawca wyraził pisemną zgodę na wybór jego oferty po upływie terminu związania.

W dniu 13 sierpnia 2024 r. Zamawiający wybrał jako najkorzystniejszą ofertę POL-DRÓG Drawsko Pomorskie Spółka Akcyjna z siedzibą w Drawsku-Pomorskim, a ofertę Odwołującego, na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z 224 ust. 6 ustawy Pzp, odrzucił - Informacja z 13 sierpnia 2024 r.

W dniu 19 sierpnia 2024 r. od powyższych czynności Odwołujący wniósł odwołanie.

Izba rozpoznając odwołanie uwzględniła akta sprawy odwoławczej, które zgodnie z § 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 30 grudnia 2020 r. w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz. U. z 2020 r. poz. 2453) stanowią odwołanie wraz z załącznikami oraz dokumentacja postępowania o udzielenie zamówienia w postaci elektronicznej lub kopia dokumentacji, o

której mowa w § 7 ust. 2, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma kierowane przez Izbę lub Prezesa w związku z wniesionym odwołaniem.

Izba zaliczyła do materiału dowodowego sprawy dokumenty pochodzące z akt sprawy odwoławczej, a także złożone na rozprawie w dniu 6 września 2024 r. przez Odwołującego. Izba umorzyła postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu, podniesionego z ostrożności przez Odwołującego, a dotyczącego wyboru oferty najkorzystniejszej w Postępowaniu i uznaniu za taką oferty wykonawcy (...) S.A. pomimo upływu terminu związania ofertą oraz utraty ważności wadium z naruszeniem art. 252 ust. 2 Pzp wobec braku wezwania tegoż wykonawcy do wyrażenia, w wyznaczonym przez Zamawiającego terminie, pisemnej zgody na wybór jego oferty, w związku z jego cofnięciem na rozprawie w dniu 6 września 2024 r.

Stosownie do art. 520 ust. 1 ustawy Pzp, odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy.

Odwołujący na rozprawie w dniu 6 września 2024 r. cofnął ww. zarzut odwołania, wobec powyższego w powyższym zakresie postępowanie odwoławcze podlegało umorzeniu.

Po zapoznaniu się z argumentacją stron i uczestnika postępowania odwoławczego, wyrażoną we wniesionych w nim pismach oraz przedstawioną w trakcie rozprawy Izba uznała, że odwołanie w pozostałej części podlegało oddaleniu.

Zgodnie z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp, odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu.

Stosownie do art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, Zamawiający odrzuca ofertę, zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Stosownie do art. 17 ust. 2 ustawy Pzp, zamówienia udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.

Na podstawie art. 239 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.

Wyjaśnienia w zakresie wyliczonej ceny lub kosztu, a także istotnych części składowych ceny oferty, złożone przez wykonawcę, należy oceniać w kontekście skierowanego do niego wezwania. Co do zasady, sposób przedstawienia wyjaśnień cenowych oraz założeń kalkulacyjnych pozostaje w gestii wykonawcy, natomiast stopień szczegółowości wyjaśnień determinuje wezwanie zamawiającego.

Przez rażąco niską cenę należy rozumieć cenę niewiarygodną, nierealistyczną, która w znaczny sposób odbiega od warunków rynkowych, cenę, która nie pozwala na realizację zamówienia zgodnie z wymogami zamawiającego. Za rażąco niską cenę nie można uznać ceny oferty z powodu zakwestionowania elementu lub kilku elementów cenotwórczych składających się na tę cenę, jeśli nie jest możliwe wykazanie, że wartość tych elementów jest tak duża, iż ich zaniżenie powoduje rażąco niski charakter ceny całej oferty. Jeśli wysokość cen jednostkowych wpływa całą cenę oferty, to wówczas istnieje podstawa do odrzucenia oferty.

Zgodnie z art. 224 ust. 5 ustawy Pzp, obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.

Izba uznała, że decyzja o odrzuceniu oferty Odwołującego była prawidłowa.

W dniu 12 lipca 2024 r. Zamawiający zwrócił się do Odwołującego o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenia dowodów dotyczących wyliczenia ceny poz. 6 TER, w szczególności w zakresie:

(...); 4) zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie; (...).

W odpowiedzi Odwołujący w pierwszym złożonym piśmie (z 18 lipca 2024 r.) wskazał stawkę roboczogodziny w wysokości 29,30 zł/roboczogodzinę, w drugim piśmie (z 29 lipca 2024 r.), wskazana stawka to 25,23 zł/roboczogodzinę. W obu wyjaśnieniach można zauważyć również różnicę w wykazanym przez wykonawcę sprzęcie oraz cenach jednostkowych. W odwołaniu Odwołujący stawkę roboczogodziny wskazał jeszcze w innej wysokości - 46,1527 zł/h brutto.

Nie ulega wątpliwości, że wskazana przez Odwołującego stawka roboczogodziny w wysokości 25,23 zł/h jest niższa minimalnej stawki godzinowej, o której mowa w Rozporządzeniu Rady Ministrów z dnia 14 września 2023 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2024 r. Stawka powyższa od dnia 1 lipca 2024 r. została ustalona w wysokości 28,10 złotych.

Wskazana przez Odwołującego kwota stawki roboczogodziny nie obejmowała wszystkich kosztów pracy wynikających z obowiązujących przepisów prawa.

Odwołujący, na mocy art. 224 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, zobowiązany był do wykazania w wyjaśnieniach zgodności przyjętej przez siebie ceny w poz. 6 TER z przepisami dotyczącymi kosztów pracy.

Wyjaśnienia Odwołującego nie były jasne oraz spójne, nie mogły usunąć wątpliwości co do zaoferowanej przez Odwołującego ceny.

Izba przy rozpoznaniu odwołania nie uwzględniła złożonych przez Odwołującego dokumentów w postaci kosztorysów ofertowych, mając na uwadze fakt, iż wszelkie dowody przedstawione w celu wykazania, iż cena kwestionowanej pozycji nie zawiera rażąco niskiej ceny powinny być składane w celu usunięcia wątpliwości Zamawiającego w prowadzonym przez niego postępowaniu.

Mając na uwadze powyższe okoliczności, w ocenie Izby, Odwołujący nie udowodnił, że cena istotnej części składowej ceny oferty - cena poz. 6 Tabeli Elementów Rozliczeniowych nie jest rażąco niska.

Ponieważ pozycja 6 dotyczyła wykonania warstwy wiążącej średniej grubości 5 cm z betonu asfaltowego AC16W, asfalt 35/50 - istotnej dla konstrukcji jezdni, a Odwołujący nie obalił domniemania faktycznego, że ta pozycja cenowa nie zawiera rażąco niskiej ceny, to w ocenie Izby, Odwołujący nie wykazał również, że będzie w stanie wykonać zamówienia za zaoferowaną cenę.

Wobec powyższego, odwołanie w powyższym zakresie podlegało oddaleniu.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 557 i art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania.

Wobec oddalenia odwołania w całości, koszty ponosił Odwołujący.