

## WYROK

z dnia 15 września 2017 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:** Renata Tubisz

**Protokolant:** Marcin Jakóbczyk

**po rozpoznaniu** na rozprawie w dniu 11 września 2017 r. **w W.** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 sierpnia 2017 r. **przez odwołującego:** H. P. Z. U. I. W. sklep wielobranżowy H. P. ul.(...); H. w postępowaniu prowadzonym **przez zamawiającego:** Gmina W.; ul.(...) W.

**przy udziale wykonawcy:** A. K. Z. R. w Z. A. K., ul. (...), Z. zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego **po stronie zamawiającego.**

### orzeka

1. uwzględnia odwołanie oraz nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i odrzucenia oferty odwołującego oraz nakazuje ponowną ocenę i wybór najkorzystniejszej oferty z uwzględnieniem oferty odwołującego.
2. kosztami postępowania obciąża Gminę W.; ul.(...) W. i
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10.000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez H. P. Z. U. I. sklep wielobranżowy H. P. ul. (...) H. tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.2. zasądza od Gmina W. ul. (...) W. kwotę 13.867 zł 29 gr (słownie: trzynaście tysięcy osiemset sześćdziesiąt siedem złotych dwadzieścia dziewięć groszy) na rzecz H. P. Z. U. I.. sklep wielobranżowy H. P. ul. (...) H. stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego oraz kosztów dojazdu na rozprawę.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 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 Lublinie

**Przewodniczący:** .....

### **Uzasadnienie**

Odwołanie wniesiono w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest Budowa sieci wodociągowej dla miejscowości H(1) i H. K. - etap I oraz budowa dwóch oczyszczalni ścieków wraz z siecią kanalizacyjną

Zamówieniu nadano numer referencyjny przez zamawiającego: (...)

Numer ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych(...) z datą zamieszczenia: 17.07.2017 r.

Adres strony internetowej, na której Zamawiający zamieścił ogłoszenie oraz SIWZ :www.W..pl/

Działając na podstawie art. 180 ust. 1 i 2 oraz art. 182 ust. 1 pkt 2 Ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, zwanej dalej „ustawą” złożono odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy czynności podjętych przez zamawiającego w ramach postępowania o zamówienie publiczne opisanego powyżej.

Odwołanie wniesiono w terminie ustawowym zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 2 Ustawy, gdy wartość szacunkowa zamówienia jest mniejsza od kwot określonych przepisami wydanymi na podstawie art., 11 ust. 8 Ustawy. Zamawiający przesłał Odwołującemu informację za pomocą poczty elektronicznej w dniu 24.08.2017 r., tak więc termin upływa 29.08.2017 r.

Odwołujący powołał się na interes w uzyskaniu zamówienia. Odwołujący składając ofertę w przedmiotowym postępowaniu, miał interes w uzyskaniu zamówienia w rozumieniu art. 179 ust. 1 Ustawy oraz poniósł szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów Ustawy. Gdyby Zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty zgodnie z przepisami Ustawy oraz zapisów SIWZ oferta Odwołującego, przedstawiałaby najlepszy bilans punktowy wg kryteriów określonych przez Zamawiającego, i zajęłaby pierwsze miejsce w rankingu ofert, a on uzyskałby przedmiotowe zamówienie. Odwołujący został narażony na szkodę w postaci poniesionych kosztów przygotowania i złożenia oferty oraz utraty możliwości uzyskania kontraktu pozwalającego na prowadzenie działalności z zyskiem.

Odwołujący powołał się na art. 179 ust. 1 Ustawy.

Jako niezgodne z ustawą odwołujący powołał następujące czynności zamawiającego: odrzucenie oferty odwołującego, wybór jako najkorzystniejszej oferty A. K. to jest przystępującego po stronie zamawiającego, zaniechanie wyboru, jako najkorzystniejszej oferty odwołującego

Odwołujący przedstawił zarzuty: przedstawione powyżej czynności/zaniechania, zamawiającego, naruszają przepisy ustawy oraz zapisy postanowień SIWZ, a w szczególności naruszają dyspozycje art. 7 ust. 1 i 3, art. 89 ust.1 pkt 4, art. 90 ust. 3 ustawy.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy przystępującego po stronie zamawiającego, unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego, dokonanie ponownej oceny złożonych ofert ewentualnie ponowny wybór oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu przedstawił następujące okoliczności faktyczne i prawne.

Zamawiający wszczął przedmiotowe postępowanie w dniu 17.07.2017 r. Termin złożenia ofert został ustalony przez zamawiającego na dzień 04.08.2017 r. W dniu 07.08.2017 r. Zamawiający wezwał Odwołującego, na podstawie art. 90 ust. 1a pkt. 1 Ustawy do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny zaproponowanej w złożonej przez Odwołującego ofercie. W dniu 09.08.2017 r. Odwołujący złożył wyjaśnienia, w których w wyczerpujący sposób uzasadnił zaproponowaną cenę odnosząc się do poszczególnych zagadnień wskazanych przez Zamawiającego w piśmie wzywającym do wyjaśnień.

W dniu 24.08.2017 r. Zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty. Jednocześnie poinformował Odwołującego o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 4 Ustawy. Podstawą odrzucenia był fakt uznania jego oferty jako oferty zawierającej rażąco niską cenę. Jako uzasadnienie faktyczne Zamawiający podał:

1. Zastosowana stawka roboczogodziny w wysokości 12,00 zł jest stawką niedopuszczalną oraz sprzeczną ustawą z dnia 10 października 2002 roku o minimalnym wynagrodzeniu za pracę od 1 stycznia 2017 roku. Według opinii Zamawiającego stawka minimalna wynosi 13 zł;

2. Odwołujący w złożonym kosztorysie nie zastosował kosztów pośrednich np. koszty transportu, amortyzacji, koszty wyposażenia zaplecza, opłaty za zajęcie pasa drogowego, koszty kierownika budowy;

3. Zastosowanie bardzo niskich cen materiałów i sprzętu tzn. kosztu pracy koparki na poziomie 25 zł/mg. W opinii Zamawiającego są to koszty zaniżone i nierealne;

1. Odnosząc się do zarzutów Zamawiającego oraz przedstawionego ich uzasadnienia należy stwierdzić, że nie znajdują one oparcia w zaistniałej sytuacji faktycznej i prawnej. W zakresie zarzutu rażąco niskiej ceny w uzasadnieniu swojej decyzji Zamawiający twierdzi, że złożona przez Odwołującego oferta zawiera stawkę za jedną roboczogodzinę tj. 12 zł, która to stawka jest niezgodna z obowiązującymi w tym zakresie przepisami. Według Zamawiającego, Wykonawca naruszył przepisy ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę gdyż jego zdaniem, minimalna stawka wynosi 13 zł. Dokonując analizy obowiązujących w tym zakresie przepisów prawa, stanowisko Zamawiającego uznać należy za błędne. Zgodnie z art. 7 ust. 2 ustawy z dnia 22 lipca 2016 r. o zmianie ustawy o minimalnym wynagrodzeniu za pracę oraz niektórych innych ustaw, wysokość minimalnej stawki godzinowej, podlega ogłoszeniu w Dzienniku Urzędowym Rzeczypospolitej Polskiej "Monitor Polski", w drodze obwieszczenia Prezesa Rady Ministrów, w terminie do dnia 30 września każdego roku. W dniu 21 września 2016 r., opublikowano obwieszczenia Prezesa Rady Ministrów ustalając wysokość minimalnej stawki godzinowej na poziomie 13 zł. Zgodnie z obowiązującymi przepisami, pojęcie stawki godzinowej należy interpretować wg. definicji zawartej w art. 1 ust. 1a ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym

wynagrodzeniu. Zgodnie z przytoczonym przepisem, przez stawkę godzinową należy rozumieć minimalną wysokość wynagrodzenia za każdą godzinę wykonania zlecenia lub świadczenia usług, przysługująca przyjmującemu zlecenie lub świadczącemu usługi. Należy więc stwierdzić, że stawka godzinowa, w rozumieniu przytoczonych przepisów, na którą powołuje się Zamawiający, dotyczy świadczenia usług/pracy na podstawie innej niż umowa o pracę.

Do świadczenia pracy na podstawie stosunku pracy w rozumieniu ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. Kodeks Pracy zastosowanie ma Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 9 września 2016 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę w 2017r. wydane na podstawie art. 2 ust. 5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę. Zgodnie z przytoczonym rozporządzeniem, minimalne wynagrodzenie, w roku 2017, osób zatrudnionych na podstawie umowy o pracę wynosi 2 000 brutto. W celu zbadania minimalnej stawki godzinowej takich osób należy dokonać działania matematycznego. Zgodnie z danymi znajdującymi się na stronie <http://www.gofin.pl>. ilość dni roboczych w roku 2017 wynosiła a w roku

2018 będzie wynosiła:

- > 2 000 godzin - rok 2017
- > 2 008 godzin - rok 2018

W związku z powyższym, że średnio miesięczna ilość godzin roboczych przedstawia się następująco:

- > po zaokrągleniu w górę 167 godzin - rok 2017 (2 000 : 12 )
- > po zaokrągleniu w górę 168 godzin - rok 2018 (2 008 : 12 )

Jeżeli więc, minimalne miesięczne wynagrodzenie wynosi 2000 zł brutto, to dzieląc tą kwotę przez średnio miesięczną ilość godzin w roku 2017 otrzymujemy stawkę 11,98 zł za jedną godzinę. Przyjmując taki sam poziom wynagrodzenia minimalnego na rok 2018 otrzymujemy minimalną stawkę godzinową w wysokości 11,90 zł za jedną godzinę.

Zamawiający dokonał błędnej interpretacji przepisów. Odniósł minimalną stawkę godzinową, ustaloną przez ustawodawcę dla usług i zleceń świadczonych na innej podstawie niż stosunek pracy w rozumieniu Kodeksu Pracy, do minimalnego wynagrodzenia wynikającego z przytoczonych przepisów dla osób zatrudnionych na podstawie umowy o pracę. Biorąc pod uwagę okoliczność, że Odwołujący będzie zatrudniał osoby, potrzebne do wykonania robót zgodnie ze złożonym kosztorysem wg. stawki 12 zł za godzinę, na podstawie umowy o pracę, nie naruszył on przepisów o minimalnym wynagrodzeniu. Na marginesie należy również zaznaczyć, że nie należy stawki godzinowej podanej w kosztorysie ofertowym utożsamiać z stawką wynikającą z minimalnego wynagrodzenia osób zatrudnionych na podstawie umowy o pracę. Nie są to definicje tożsame. W celu stwierdzenia prawidłowości poziomu wynagrodzenia pracownika zatrudnionego na podstawie umowy o pracę należy

brać pod uwagę jego miesięczne wynagrodzenie w całości oraz ilość przepracowanych godzin.

Zamawiający błędnie, bez żadnej podstawy przyjął, że osoby niezbędne do wykonania zamówienia świadczyły będą prace na rzecz odwołującego na innej podstawie niż umowa o pracę, co doprowadziło go do błędnych wniosków, że Odwołujący naruszył przepisy o minimalnym wynagrodzeniu.

Należy również nadmienić, że w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający zastosował wynagrodzenie ryczałtowe. Na etapie składania ofert nie żądał on żadnych szczegółowych danych dotyczących kalkulacji ceny, w tym również kosztorysu. Z zapisów SIWZ oraz wzoru umowy wynika, że takie kosztorysy miały być złożone dopiero przed podpisaniem umowy, przez wykonawcę, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą. W związku z okolicznością, że wraz z ofertą wykonawcy nie przedstawiali szczegółowych danych dotyczących sposobu kalkulacji ceny Zamawiający, który chciał dokonać oceny kalkulacji ceny, wzywając wykonawców do złożenia wyjaśnień powinien nie tylko poprzestać na przepisaniu stosownego artykułu Ustawy, ale w sposób szczegółowy zawrzeć w piśmie jakie wyjaśnienia i jakie konkretnie informacje oczekuje od wykonawcy. Zastosowanie wynagrodzenia ryczałtowego implikuje sytuacje, gdzie Zamawiający ma pewną, ograniczoną, ilość informacji dotyczących sposobu kalkulacji ceny. Prawdą jest, że wezwanie wykonawcy do wyjaśnienia ceny przerzuca na niego ciężar dowodowy jednak tylko w granicach sformułowanego wezwania. Odwołujący w sposób wyczerpujący udzielił odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego. Odniósł się do wszystkich kwestii zawartych w wezwaniu. Jeżeli więc Zamawiający miał wątpliwości co do podstawy świadczenia pracy przez osoby współpracujące z Odwołującym, powinien on żądać dalszych wyjaśnień, na podstawie art. 87 ust. 1 Ustawy.

Biorąc powyższe pod uwagę należy stwierdzić, że Odwołujący udzielił odpowiedzi na pytania zawarte w wezwaniu skierowanym do niego przez Zamawiającego w zakresie sposobu kalkulacji ceny. Zamawiający dokonał błędnej oceny tych wyjaśnień oraz błędnej interpretacji przepisów prawa dotyczących minimalnego wynagrodzenia.

2. Drugą podstawą uznania przez Zamawiającego oferty Odwołującego jako oferty zawierającej rażąco niską cenę, był brak przedstawienia w kosztorysach kosztów pośrednich. Jak już wspomniane było wcześniej, Zamawiający nie żądał kosztorysów na etapie składania ofert. Należy nadmienić, że również w samym wezwaniu do wyjaśnień z dnia 07.08.2017 r., nie żądał on złożenia kosztorysów. W piśmie tym, Zamawiający opcjonalnie zaznaczył, że Odwołujący może takie kosztorysy złożyć jednak nie ustanowił on w tym zakresie obowiązku. Zamawiający nie zawarł również w SIWZ oraz w wezwaniu do wyjaśnień ceny, żadnych wymagań co do rodzaju kosztorysów lub sposobu przedstawienia kosztów pośrednich. W związku z powyższym, Zamawiający nie ma podstaw do twierdzenia,

że kosztorysy złożone przez Odwołującego są błędne. Przytoczone przez Zamawiającego, w piśmie uzasadniającym czynności odrzucenia oferty, koszty pośrednie ujęte zostały w cenie ryczałtowej oraz w poszczególnych pozycjach kosztorysu i tak np. koszty transportu materiałów są wliczone w ceny materiałów, co jest zwykłą praktyką handlową przy umowach kupna materiałów i ich dostawy loco plac budowy. Koszty kierownika budowy również uwzględnione są w złożonej ofercie, co już było wyjaśnianie na etapie wezwania do wyjaśnień, gdyż kierownikiem będzie H. P., mąż prowadzącej działalność gospodarczą i występującej jako Odwołujący w tym postępowaniu, posiadający wszystkie potrzebne uprawnienia. Również koszty zaplecza technicznego, czy amortyzacji są ujęte w zaproponowanej cenie ryczałtowej. Zamawiający w piśmie wzywającym do złożenia wyjaśnień, nie żądał takich szczegółowych danych, więc Odwołujący nie przedstawiał ich ani w ofercie ani w wyjaśnieniach.

3. Zamawiający w piśmie z dnia 24.08.2017 r., jako trzeci element uzasadniający uznanie oferty Odwołującego, za ofertę zawierającą rażąco niską cenę, podał koszt pracy koparki. Według Zamawiającego koszt ten jest zaniżony, a podane normy paliwa są nie wiarygodne. W tym miejscu należy podnieść, że o ile w przypadku wezwania do wyjaśnień ceny z powołaniem się na przepisy o rażąco niskiej cenie, ciężar udowodnienia prawidłowości kalkulacji spoczywa na wykonawcy, to w przypadku dokonania czynności odrzucenia oferty, ciężar udowodnienia zaistnienia podstaw odrzucenia spoczywa na Zamawiającym. Zamawiający nie może tylko twierdzić, że wyjaśnienia wykonawcy są nie prawidłowe lub niewiarygodne, bez przytoczenia dowodów na poparcie swoich twierdzeń. Nie czyni to zadość obowiązkowi udowodnienia okoliczności, z których wywodzi się dane skutki prawne. Odwołujący oświadcza, że podane koszty pracy koparki są prawdziwe i znajdują oparcie zarówno w parametrach fabrycznych tego sprzętu jak i w doświadczeniu związanym z dotychczasowym jego użytkowaniem. Na poparcie powyższych twierdzeń, Odwołujący złożył na rozprawie stosowne dokumenty.

W opinii Odwołującego czynności dokonane przez Zamawiającego są sprzeczne z przepisami ustawy Prawo Zamówień Publicznych. Zarówno złożona przez Odwołującego oferta jak i wyjaśnienia, były zgodne z wymaganiami zawartymi w SIWZ oraz zawartymi w piśmie z dnia 07.08.2017 r, tj. w wezwaniu do wyjaśnień zaproponowanej ceny. Fakt występującej różnicy pomiędzy cenami poszczególnych wykonawców oraz pomiędzy kwotą przeznaczoną przez Zamawiającego na wykonanie przedmiotowego zamówienia, nie dają podstaw do automatycznego uznania oferty Odwołującego, za zawierającą rażąco niską cenę. W opinii Odwołującego, Zamawiający nie dołożył należytej staranności w szacowaniu wartości przedmiotu zamówienia i znacznie zawyżył jego wartość w stosunku do realnych kosztów przedmiotowej inwestycji. Odwołujący oświadcza, że w ostatnim okresie czasu

wykonywał podobne inwestycje na rzecz tego samego Zamawiającego po zbliżonych cenach. Zamawiający nie kwestionował proponowanych cen.

W związku z powyższym Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania.

### **Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła co następuje**

#### **Izba ustaliła**

Odwołanie wniesiono w związku z odrzuceniem oferty z powodu rażąco niskiej ceny i po zastosowaniu procedury z art.90 ustawy.

Wykonawca więc był wezwany przez zamawiającego do wyjaśnienia ceny oferty i zamawiający dokonał stosownej oceny złożonych wyjaśnień odwołującego. Dokonana ocena złożonych wyjaśnień według zamawiającego potwierdziła wystąpienie rażąco niskiej ceny w ofercie odwołującego. W tym stanie faktycznym i prawnym sprawy odwołujący wniósł odwołanie przedstawiając zarzuty jak i podnosząc żądania opisane powyżej w części wstępnej uzasadnienia niniejszego wyroku.

Zamawiający w dniu 24.08.2017 r. na podstawie art.92 ust. 1 ustawy za pismem ozn. RIP.271.6.2017.AN powiadomił o wyborze najkorzystniejszej oferty w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego to jest zadaniu pn. Budowa sieci wodociągowej dla miejscowości H(1) i H. K. - etap I oraz budowa dwóch oczyszczalni ścieków wraz z siecią kanalizacyjną, w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego.

Z treści zawiadomienia wynika, że w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jako najkorzystniejszą zamawiający uznał ofertę złożoną przez A. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Z. R. w Z. A. K. będący przystępującym po stronie zamawiającego z punktowanymi elementami oferty jak: ceną oferty brutto: 3.071.310,00 zł.; z udzielonym terminem gwarancji na okres 6 lat; doświadczeniem kierownika budowy - na 4 zadaniach.

W piśmie tym zamawiający przedstawił co do dokonanego wyboru jak i czynności odrzucenia niektórych ofert następujące uzasadnienie.

Najkorzystniejsza oferta wybrana została zgodnie z art. 91 ust.1 ustawy, na podstawie kryteriów oceny ofert określonych przez zamawiającego zarówno w Ogłoszeniu o zamówieniu jak i w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia - TOM 1 pkt 19, która uzyskała najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów.

Oferta złożona przez tego wykonawcę, sporządzona została prawidłowo i zgodnie z wymogami określonymi w SIWZ oraz uzyskała największą ilość punktów.



Zamawiający przedstawił nazwy, siedziby i adresy wykonawców, którzy złożyli oferty a także punktację przyznaną ofertom w każdym kryterium tj. cena - 60%; udzielony okres gwarancji- 30 %, doświadczenie Kierownika budowy-10% oraz łączną punktację.

Ranking złożonych ofert przedstawił zamawiający następująco:

1. E.T., E. i M. P. B. T. – H. E. E.T. E. i M. P. Sp. J. P. jako oferta odrzucona;
2. K. M. Z. B. K. M. S. Z. również oferta odrzucona;
3. W. Sp. z o.o K. z punktacją 47,34 – cena, 30,00 – gwarancja 10,00 - doświadczenie kierownika budowy co dało łącznie- 87,34pkt;
- 4 S.K. I. sanitarne S. K.; W.; Z. z punktacją 51,66 – cena 30,00- gwarancja 10,00 co łącznie dało 91,66pkt;
5. A. K. Z. w Z A. K. Z. przystępujący po stronie zamawiającego z punktacją 60,00 – cena; 30,00 – gwarancja -10,00 co łącznie dało 100,00 pkt;
- 6 H. P. Z. U. I.H. P. H. odwołujący -oferta odrzucona.

Zamawiający dokonując odrzucenia ofert przedstawił następujące uzasadnienie co do podjętych czynności.

W niniejszym postępowaniu Zamawiający w oparciu o art.89 ust.1 pkt.4 ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 29 stycznia 2004 roku (tekst jedn. Dz.U. z 2015 r. poz. 2164 z późn. zm.) w wyniku okoliczności o których mowa w art. 90 ust.3 ustawy pzp odrzucił oferty złożone przez następujących Wykonawców:

- 1) E. M. P. B.,E. " E. M. P. Sp. J. P.;
- 2) K. M.Z. K. M.S. Z.;
- 3) H. P. Z. U. I.H. P. H.. |

Niniejsze postępowanie Zamawiający prowadził z zastosowaniem procedury o której mowa w art. 24 aa ustawy Prawo zamówień publicznych. Z tych też względów badanie wszystkich ofert Zamawiający przeprowadził wyłącznie pod względem zgodności oferowanego przedmiotu zamówienia z wymogami SIWZ, w tym dokonał czynności wynikających z przepisów art.87 ust.1 i ust.2 art.90 oraz art.26 ust.3 a ustawy Prawo zamówień publicznych oraz pod względem prawidłowości złożenia wadium.

W wyniku tej oceny zamawiający stwierdził, że oferta Z. U.I. H. P. H. zawiera cenę niższą o 34,86 % od średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert oraz niższą o 58,36% od ustalonej przez Zamawiającego wartości zamówienia powiększonej o podatek VAT Pozostałe oferty nie zawierały cen niższych niż 30 % od średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert. Natomiast trzy inne oferty zawierały ceny niższe więcej niż 30% licząc od wartości zamówienia ustalonej przez Zamawiającego powiększonej o podatek VAT, i były to oferty złożone przez:

- 1) E. M. P. B., E.", E. i M. P. Sp. J. P. o 41,36%;
- 2)K. M. Z. K. M.S. Z. o 38,09 %;

3) A. K. Z. w Z. A. K. Z. o 35,46%.

Zgodnie z art. 90 ust.1 pkt 1-4 ustawy Pzp w celu ustalenia, czy wymienione wyżej oferty nie zawierają rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia, Zamawiający zwrócił się do Wykonawców z prośbą o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny oferty w zakresie:

- 1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych (dotyczy projektowanych oczyszczalni ścieków), wyjątkowo sprzyjających warunków wykonania zamówienia dostępnych wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust.3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 roku o minimalnym wynagrodzeniu za pracę ( Dz.U. nr 200, poz. 1679, z późn. zm.);
- 2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów;
- 3) wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązującym w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;
- 4) wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska.

Ponadto z uwagi na to, że prowadzone postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest zamówieniem ryczałtowym, aby wyjaśnić wątpliwości rażąco niskiej ceny zamawiający dodatkowo oprócz żądań wykazanych w punktach 1-4 żądał złożenia niżej wymienionych dowodów

- 1) Szczegółowej kalkulacji ceny oferty np. kosztorysu ofertowego sporządzonego w oparciu o przedmiar robót dołączony do SIWZ w zakresie sieci i przyłączy wodociągowych z wyszczególnieniem cen materiałów, robocizny, sprzętu, kosztów pośrednich oraz zysku;
- 2) w zakresie zadania opisanego w pkt. 5.2 SIWZ - szczegółowego opisu kosztu opracowania dokumentacji projektowej z uwzględnieniem kosztów uzgodnień i pozwoleń na budowę, ceny projektowanych oczyszczalni ścieków, ceny kanalizacji sanitarnej oraz ceny robocizny i sprzętu.

W wyznaczonym przez Zamawiającego terminie do złożenia wyjaśnień i złożenia dowodów, wyjaśnienia złożyli następujący Wykonawcy:

- 1) H. P. Z. U. I.H. P. H.;
- 2) K. M.Z. K. M.S. Z.;
- 3) A. K.Z. w Z. A. K.Z..

Natomiast E. M. P. B., E. " E. i M. P. Sp. J. P., pomimo skierowanego przez Zamawiającego wezwania nie przedłożyło żadnych wyjaśnień i dokumentów.

Wyjaśnienia Wykonawców i ocena Zamawiającego przedłożonych dokumentów przedstawiała się następująco:

1 H. P. Z. U. I.H. P. H. przedłożyła szczegółowy kosztorys ofertowy opracowany w oparciu o przedmiar robót udostępniony przez zamawiającego oraz złożyła obszerne wyjaśnienia.

Zamawiający po dokonaniu szczegółowej analizy dostarczonych przez Wykonawcę dokumentów stwierdził, że oferta złożona przez tego Wykonawcę zawiera rażąco niską cenę i podlega odrzuceniu. Najważniejsze elementy szacowania przez Wykonawcę ceny oferty które zdaniem Zamawiającego wpłynęły na uznanie oferty jako z rażąco niską ceną to:

a) zastosowana przez Wykonawcę do ustalenia ceny oferty stawka roboczo-godziny w wysokości 12,00 zł jest niedopuszczalna. Wysokość minimalnej stawki godzinowej zgodnie z ustawą z dnia 10 października 2002 roku o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz.U. z 2015 r. poz. 2008r. oraz z 2016 r. poz. 1265) od 1 stycznia 2017 roku wynosi 13 zł.;

b) brak zastosowania kosztów pośrednich, przy 2% zysku od robocizny i sprzętu, w ocenie Zamawiającego przy tak dużej i czasowo rozłożonej inwestycji dowodzi tylko o niewłaściwym oszacowaniu ceny oferty. Koszty pośrednie nie są bezpośrednio kalkulowane w kosztorysie i winny być uwzględnione w wyliczeniu ceny jako jeden z narzutów. Koszty pośrednie to koszty transportu, koszty amortyzacji, koszty wyposażenia zaplecza, opłat za zajęcie pasa drogowego (co przy tej inwestycji ma bardzo duże znaczenie), koszty kierownika budowy itp.

c) bardzo niskie ceny materiałów i sprzętu.

Wyliczenia Wykonawcy w przedłożonym wyjaśnieniu w zakresie ustalenia kosztu pracy sprzętu - koparki na kwotę 25 zł/m-g przy ujęciu do kalkulacji wyłącznie ceny paliwa i normy zużycia w ilości 7l /m-g, w ocenie Zamawiającego są niewiarygodne i znacznie zaniżone w stosunku do kosztów pracy sprzętu działającego na lokalnym rynku usług. Wykazane przez Wykonawcę wyjaśnienia i dowody tylko potwierdzają, że zaproponowana przez Wykonawcę cena oferty jest ceną rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia, ceną nierealistyczną, nie adekwatną do zakresu i kosztów prac składających się na przedmiot zamówienia.

2. K. M.Z.K. M.S. Z. złożył wyłącznie oświadczenie, że po ponownej analizie zakresu przedmiotu zamówienia, cena jego oferty jest rażąco niska aby móc wykonać przedmiot zamówienia w sposób rzetelny.

W tym stanie orzeczono o odrzuceniu tych ofert.

Informuję, że po zbadaniu dowodów i wyjaśnień złożonych przez A. K.Z. w Z. A. K. Z., Zamawiający uznał, że cena oferty tego Wykonawcy nie jest rażąco niska, jest ceną realną w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W ten sposób zamawiający odniósł się do wyjaśnień wezwanych wykonawców w trybie art.90 ustawy a w szczególności w powyższy sposób odniósł się do oferty odwołującego.

Izba rozpatrując odwołanie wzięła pod uwagę również wyjaśnienia odwołującego na wezwanie zamawiającego jak i dowody złożone na rozprawie przez odwołującego w zakresie kwestionowanych kosztów pracy sprzętu.

W dniu 9 sierpnia 2017 roku odwołujący na wezwanie zamawiającego złożył następujące wyjaśnienia to jest Wyjaśnienia do sposobu kalkulacji ceny złożonej oferty. Odwołujący oświadczył między innymi iż, zaproponowana cena za realizację przedmiotu zamówienia jest ceną rynkową i gwarantującą należyte wykonanie przedmiotu postępowania.

Wartość kosztorysu inwestorskiego w/w inwestycji została opracowana na podstawie średnich krajowych cen :1.materiałów2. pracy sprzętu3.średniej krajowej stawce roboczogodziny4.Wskaźników kosztów pośrednich i zysku. Natomiast nasza wycena opiera się na rzeczywistych kosztach dla danego miejsca w konkretnym terminie. W odniesieniu do art. 90 ust. 1 pkt 1 wyjaśniamy co następuje :1. W zakresie oryginalności projektu wykonawcy

Zadanie inwestycyjne opisane w pkt. 5.1 i 5.3 SIWZ zostanie wykonane w oparciu o projekt budowlany opracowany przez Zamawiającego Zamawiający nie zakłada uczestnictwa Wykonawcy w jego opracowaniu. Zadanie inwestycyjne opisane w pkt. 5. 2 SIWZ zostało określone do wykonania w trybie zaprojektuj i wybuduj w oparciu o program funkcjonalno-użytkowy opracowany przez Przedsiębiorstwo Urzędzeń Ochrony Środowiska ul. (...) Z.. W toku powadzonych przygotowań do złożenia oferty, wiedząc, iż kwestia prawidłowego doboru urządzeń będzie na długo determinowała eksploatację oczyszczalni zwróciliśmy się do autora programu funkcjonalno-użytkowego Przedsiębiorstwa Urzędzeń Ochrony Środowiska ul. (...) Z. o wycenę prac projektowych tj. Wykonania dokumentacji projektowej z uwzględnieniem kosztów uzgodnień i pozwoleń na budowę. Wycena prac projektowych została określona na kwotę 20.000 zł. netto. Projekt wstępnie zakłada zastosowanie urządzeń firmy P.P.H. "C." Sp. z o.o B. M. a szczegółowo oczyszczalnie typu (...) za cenę 12.600.00 zł. netto za dwie oczyszczalnie. Przepompownia ścieków została przyjęta jako urządzenie firmy H. Sp. z o.o. L. ul. G (...) w ofercie za kwotę 11 000.00 zł. Wartość naszej oferty za zakres opisany w pkt. 5.2 SIWZ wynosi 112.000,00 zł. netto Koszty robocizny za zakres opisany w pkt 5.2 SIWZ zostały przyjęte na kwotę 23.577 zł. co jest zgodne z zapisami Ustawy PZP art 90 ust 1a pkt 1 w zakresie kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U.Nr 200, poz. 1679, z późn. zm.) Kalkulacja kosztów pracy zakłada zatrudnienie 3 pracowników fizycznych na okres 2 miesięcy jaki został zaplanowany do wykonania kanalizacji sanitarnej i dwóch oczyszczalni ścieków. Wartość pracy sprzętu określonej w kalkulacji przyjęto na kwotę 9.000 zł. netto. Kalkulacja pracy sprzętu zakłada koszty pracy operatora i koszty obsługi maszyn. Wartość materiałów przyjętych w kalkulacji do wykonania sieci kanalizacji sanitarnej wyniosła 30.000 zł. netto Wartość robót elektrycznych do wykonania przy instalacji oczyszczalni ścieków został przyjęta na kwotę 3.200 zł. netto 2. W zakresie oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych

rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy.

Miejsce realizacji inwestycji na terenie Gminy W. w bezpośrednim sąsiedztwie siedziby firmy minimalizuje koszty zatrudnienia tj. koszty dojazdów, delegacji czy zakwaterowania. Praca w naszej firmie opiera się na własnym parku maszynowym bez obciążeń amortyzacyjnych, sprzęt jest nowoczesny i nie pociąga kosztów remontów i kosztownych przestojów. Całość inwestycji realizujemy we własnym zakresie a koszty pracy sprzętu praktycznie ograniczają się do kosztów paliwa, (koszt pracy operatora został uwzględniony w wartości robocizny kosztorysu szczegółowego jako załącznik) co przekłada się na cenę prac ziemnych. Inwestycja na miejscu nie pociąga za sobą dużych kosztów transportu sprzętu.

Praca sprzętu tak kalkulowana nie daje możliwości zarabiania na tym elemencie ale daje możliwość zarabiania na budowie jako całości. Aby obniżyć koszty wykonania prac związanych z przewiertami sterowanymi nie utrzymujemy kosztownego sprzętu ale wynajmujemy maszynę na czas ich wykonania za określoną kwotę ryczałtową i w tym czasie ma być wykonany dany zakres. Oferta od firmy „ H(1) ” J. Ż. jako załącznik.

Przykładowe wyliczenia:

Koszt pracy koparki ustalony na 25 zł / mg wynika z następującej kalkulacji zużycie paliwa 7 litrów/ mg razy 3,3 zł. netto cena oleju napędowego daje 23,1 zł. netto/mg (koszt pracy operatora w naszej kalkulacji zawarty jest pozycji robocizna kosztorysu.)

Przykładowy koszt pracy dźwigu przy robotach zabezpieczających poz. 12 kosztorysu ofertowego przyjęty jest jako analogia co wg. naszej oceny daje tylko pogląd co ma być wykonane. Obudowa typu (...) jest przemieszczana przez koparkę w miarę postępu prac ziemnych i nikt nie dopuści aby na jego posesji dodatkowo ustawiać dźwig więc praca dźwigu jest tylko dodatkiem do pracy koparki i jako taki dodatek została skalkulowana. Jest to przykład oszczędności metody wykonania który został opracowany w toku wieloletnich doświadczeń przy budowie sieci wodociągowych. Takie rozwiązanie obniża koszty tej pozycji o 80 % Innym sposobem oszczędnej metody wykonania prac jest zastosowanie w miejscach gdzie jest grunt o słabej nośności i nawodniony przewiertu sterowanego gdzie przy zaprojektowanych parametrach rur możemy ograniczyć konieczność odwadniania wykopów i wzmocnienia podłoża co oprócz kosztów materiałowych ogranicza czas realizacji inwestycji. Skala realizowanych przedsięwzięć ugruntowała naszą pozycję na rynku co zapewniło dość znaczne upusty na dostarczane materiały. W toku zbierania ofert na tę okoliczność wystąpiliśmy do firm :

1. N. Sp zoo ul. (...) w L.
2. B. ul. (...) S.
3. P. S. A. ul.(...) K.
4. B. (...) L.

o przedstawienie ofert na materiały na w/w inwestycję w cenach po uwzględnieniu przysługujących nam rabatów. Oferty jako załączniki. Dostawę kruszywa będzie realizował Pan J. K. Usługi sprzętowo-transportowo-handlowe ul. (...) H. jako dostawca własnego kruszywa oraz jako przewoźnik piasku który będzie pozyskiwany podczas prac przy modernizacji zbiornika p/poż w miejscowości Przewalę na działce która jest udostępniona przez mojego syna R. P.. Posiadamy również znaczne zapasy w pełni wartościowych nowych materiałów które w myśl strategii firmy są gromadzone w chwili gdy ich cena jest najlepsza a więc w okresie zimowej przerwy w pracach a nie w okresie największego popytu czyli w okresie lata. Przykłady o ile zostają zmniejszone koszty w stosunku do cen katalogowych. Proponowane przez dostawców ceny z ofert są np. w przypadku kształtek z żeliwa sferoidalnego niższe o 55-60 % od cen katalogowych. Również ceny rur są niższe min. o 50 % w stosunku do cen katalogowych. Musimy podkreślić że zaproponowane ceny są cenami ofertowymi ale gdy przyjdzie do sfinalizowania dostawy ceny zakupu będą jeszcze niższe. Koszty materiałów przedstawia kosztorys szczegółowy sporządzony na podstawie otrzymanych ofert. Kosztorys jako załącznik.

Firma nasza jest firmą regionalną bez rozbudowanego zaplecza gdzie koszty są stale dostosowywane do realiów rynkowych i zyski są zawsze prognozowane realistycznie a nie na spekulacyjnym poziomie.

Cała gama bardzo sprzyjających uwarunkowań dostępnych dla nas jako wykonawcy miejscowego daje nam przewagę nad konkurencją i wpływa znacząco na oszczędność wykonania.

3. W zakresie kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U.Nr 200, poz. 1679, z późn. zm.37). Zgodnie z zapisami w/w ustawy oraz" zgodnie z § 17 ust. 1 umowy koszty pracy których wartość przyjęto do ustalenia ceny realizacji przedmiotu zamówienia opisanego w pkt 5.1 i 5.3 SIWZ zostały określone na kwotę 573. 949 zł. przy założeniu zatrudnienia 5 osób na stanowiskach monterów instalacji sanitarnych 2 operatorów sprzętu budowlanego i jednej osoby na stanowisku kierownika budowy przez cały okres realizacji przedmiotu zamówienia tj. od dnia podpisania umowy do dnia zakończenia prac. Kalkulacja ta spełnia wszystkie przepisy prawa pracy i przepisy zabezpieczenia społecznego obowiązujących w miejscu realizacji zamówienia. Kwota powyższa jest naszym zdaniem gwarantem poprawności kalkulacji i spełnienia warunków obowiązującego prawa. Oświadczam, że wszelkie prace a w szczególności prace związane z realizacją budowy dwóch oczyszczalni ścieków i kanalizacji sanitarnej uwzględniają wszystkie przepisy prawa ochrony środowiska. 4. W zakresie pomocy

publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów Oświadczam, że nie korzystam z pomocy publicznej. Pragniemy zwrócić uwagę Państwa na fakt nowego zjawiska które pojawiło się po nowelizacji ustawy PZP. Polega ono na tym iż, aby uniknąć podejrzeń o nieprawidłowości wyceny określane jako rażąco niska cena co ustawodawca określił iż przesłanka jest spełniona w przypadku gdy wartość oferty jest niższa o 30 % od wartości zamówienia, oferenci znając kwotę przeznaczoną na sfinansowanie inwestycji dopasowują swoją ofertę nie do rzeczywistej wartości kosztów ale do kwoty która była założona na ten cel przez Inwestora. Zjawisko to widać ksiązkowo na przykładzie złożonych ofert oferta oznaczona nr 1 cena ofert stanowi 65 % wartości zamówienia oferta oznaczona nr 2 cena ofert stanowi 69 % wartości zamówienia oferta oznaczona nr 5 cena ofert stanowi 72 % wartości zamówieni Oferty oznaczone nr 3 i 4 są ofertami spekulacyjnymi i były złożone w myśl zasady może się uda. Nasza oferta była odzwierciedleniem dogłębnej analizy projektu budowlanego czego dowodem są złożone tylko przez moją firmę zapytania do siwz.

Argumentem który powinien ugruntować Państwa przekonanie co do wiarygodności naszej Firmy jest fakt dotychczasowej współpracy gdzie w roku 2012 i 2013 zrealizowaliśmy lustrzaną inwestycję Budowa sieci wodociągowej z przyłączami w miejscowościach D. P. W. o długości sieci 15072 mb za kwotę 1497211 zł. brutto oraz inwestycję Budowa sieci wodociągowej z przyłączami w miejscowościach Ł. T. S. W. o długości sieci 14373 mb za kwotę 1342278 zł. brutto. Pomimo realizowania inwestycji w bardziej pracochłonnej technologii były one zrealizowane po niższych cenach. Ma nadzieję, że złożone wyjaśnienia w pełni przekonają Państwa co do poprawności naszej kalkulacji, a co z tym związane i co do zapewnienia gwarancji prawidłowego i terminowego wykonania przedmiotu zamówienia.

Do wyjaśnień załączono: 1.Kosztorys ofertowy sieć wodociągowa; 2.Kosztorys ofertowy przyłącza wodociągowej;3. Oferta P. S.A.;4.Oferta B. 2 szt.;5.Oferta K. M. GEODEZJA usługi geodezyjne;6.Oferta K. J. usługi sprzętowo-transportowo-handlowe7.Oferta B. L. ul.(...); 8.Oferta N. Hurtownia instalacyjna ul. (...) L.; 9.Oferta H(1)J.Ż. ul. (...) C.; 10. Oferta H. ul. (...) L(1); 11.Oferta B(1) Przedsiębiorstwo Urządzeń Ochrony Środowiska ul. (...) Z..

Na rozprawie pełnomocnik odwołującego złożył dokumenty zapowiedziane w odwołaniu. i tak: 1) Oświadczenie J.A. zam. K. H. gmina W., pismo bez daty, oświadczenie o bezpłatnym użyczeniu pomieszczeń na zaplecze budowy na jego posesji.;2) Informacja o zużyciu paliwa koparko-ładowarki „H(2)” H(2) złożona przez Pana P. D. Dyrektor Regionalnego Biura Sprzedaży Maszyn Budowlanych S. W. T. Sp. z o.o., sprzedawca z dnia 09.09.2017 r. - email. Z oświadczenia wynika kopanie - od 5,5l. do 6l. godz. pracy i od 6,5 l. do 7,5 l. /godz. pracy ładowanie łyżką. Z zaznaczeniem, że zużycie paliwa jest

zależne od warunków pracy to jest twardość gleby, obroty silnika na jakich się pracuje itd.

3) Dowód zakupu koparko-ładowarki (...) rok produkcji 2010 tj. faktura VAT nr FS – (...) data wystawienia 29 listopada 2010 r. przez W. T. Sp. z o.o. dla Pani H.P.. W tym miejscu oświadcza, że Pan P. D. jest przedstawicielem „W. T. sp. z o.o.”

4) Zestawienie pracy koparki (...), wewnętrzny dokument wystawiony przez właściciela Panią H. P., obrazujący zużycie paliwa z datą za okres od 28.03.2017 do 11.09.2017r.(25 pozycji), również podnosi, że załącza 18 kart pracy – Raport dzienny pracy sprzętu wystawiony przez operatora K. D. z zaznaczeniem godzin pracy i zużycia paliwa.

5) Oświadczenie I. Sp. z o.o. T. ul.(...) – oświadczenie z dnia 07.09.2017r. o zużyciu paliwa w maszynie – (...) w warunkach normalnej pracy winno mieścić się między 1,8 a 2,2 litra na godzinę pracy i nie powinno przekroczyć ok.2,5 – 2,7 litra przy pracy z dużym obciążeniem, oświadczenie bez podpisu, wraz z fakturą zakupu z datą 13 marca 2013r. mała czytelność dokumentu.

Z kolei zamawiający jak i przystępujący przedstawili stanowiska w sprawie i tak zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 10 września 2017 roku wniósł o oddalenie odwołania przedstawiając stanowisko w sprawie oraz załączając opinię techniczną z dnia 6 września 2017 roku inż. Pana S. S. Usługi projektowe Z. oraz stanowisko Przystępującego reprezentujący inż. Pan E. F. L., którzy kategorycznie w swoich stanowiskach odmawiają możliwości realizacji zadania za cenę podaną w ofercie odwołującego podając szczegółową argumentację.

### **Izba zważyła**

Izba dokonując oceny zgromadzonego materiału dowodowego w sprawie w tym dowodu z dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jak i dowodów przedstawionych w pismach stron i uczestnika oraz na rozprawie w oparciu o które Izba dokonała ustaleń jak powyżej stwierdza, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Przy czym rozważania Izby na podstawie tak zgromadzonego materiału w sprawie odnoszą się do zasadności czynności zamawiającego odrzucenia oferty odwołującego w oparciu o uzasadnienie tejże decyzji zamawiającego zawartej w jego piśmie z dnia 24 sierpnia 2017 roku to jest w Informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty.

Zamawiający w piśmie tym następująco uzasadnił czynność odrzucenia oferty odwołującego opierając się o art.90 ust.1 pkt 1-4 ustawy to jest zastosowania niedopuszczalnej stawki



12,00 zł jako stawki roboczo- godziny, braku zastosowania kosztów pośrednich oraz bardzo niskich cen materiałów i sprzętu.

Izba oceniając zasadność czynności zamawiającego odrzucenia oferty odwołującego w szczególności wzięła pod uwagę zakres wezwania zamawiającego do złożenia wyjaśnień to jest powyżej przedstawione pismo zamawiającego z dnia 7 sierpnia 2017 roku oraz udzieloną na to wezwanie odpowiedź odwołującego z dnia 9 sierpnia 2017 roku również przedstawioną powyżej w ustaleniach Izby.

Dokonując oceny wezwania jak i udzielonej odpowiedzi na to wezwanie Izba nie znajduje podstaw do odrzucenia oferty odwołującego z powodu zarzutu rażąco niskiej ceny. Zamawiający jasno i precyzyjnie określił swoje żądania co do zakresu wyjaśnień jak i przedstawienia dowodów na twierdzenia. Z kolei odwołujący udzielając odpowiedzi odniósł się do wszystkich zagadnień przedstawiając stosowną argumentację jak również dowody w postaci ofert jak i kosztorysu sporządzonego na podstawie przedmiaru robót.

Odnosząc się kolejno do podstaw odrzucenia oferty odwołującego wyrażonych w przywołanym już powyżej piśmie zamawiającego z dnia 24 sierpnia 2017 roku należy stwierdzić kolejno co następuje.

To odwołujący w złożonym odwołaniu wyliczył prawidłowo stawkę roboczogodziny to jest w wysokości 11,90 zł. na godzinę pracy pracownika a nie zamawiający twierdząc, że wynosi ona 13 złotych („Jeżeli więc, minimalne miesięczne wynagrodzenie wynosi 2000 zł brutto, to dzieląc tą kwotę przez średnio miesięczną ilość godzin w roku 2017 otrzymujemy stawkę 11,98 zł za jedną godzinę. Przyjmując taki sam poziom wynagrodzenia minimalnego na rok 2018 otrzymujemy minimalną stawkę godzinową w wysokości 11,90 zł za jedną godzinę”).

Tak więc Izba podziela stanowisko odwołującego, przedstawione szczegółowo w odwołaniu a odzwierciedlone w części wstępnej uzasadnienia wyroku, co do sposobu obliczenia stawki godzinowej osoby zatrudnionej na podstawie umowy o pracę.

(„Zamawiający dokonał błędnej interpretacji przepisów. Odniósł minimalną stawkę godzinową, ustaloną przez ustawodawcę dla usług i zleceń świadczonych na innej podstawie niż stosunek pracy w rozumieniu Kodeksu Pracy, do minimalnego wynagrodzenia wynikającego z przytoczonych przepisów dla osób zatrudnionych na podstawie umowy o pracę”).

Z tego powodu Izba nie uznaje za zasadne odrzucenie oferty odwołującego, z powodu zastosowania przez niego w złożonej ofercie, niewłaściwej stawki wynagrodzenia, to jest stawki poniżej obowiązującego minimalnego wynagrodzenia.

Słuszne jest również stanowisko odwołującego co do braku podstaw żądania zamawiającego, sporządzenia kalkulacji przez odwołującego na podstawie przedmiaru robót, w związku z wezwaniem do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny.

Skoro zamawiający określił w SIWZ, na jakim etapie postępowania żądać będzie kosztorysu, to jest na etapie przed zawarciem umowy, to żądanie takiego kosztorysu do oceny ofert jest nieuprawnione bo przedwczesne.

Izba podziela w tym zakresie stanowisko odwołującego, który między innymi w odwołaniu podnosi „Należy również nadmienić, że w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający zastosował wynagrodzenie ryczałtowe. Na etapie składania ofert nie żądał on żadnych szczegółowych danych dotyczących kalkulacji ceny, w tym również kosztorysu. Z zapisów SIWZ oraz wzoru umowy wynika, że takie kosztorysy miały być złożone dopiero przed podpisaniem umowy, przez wykonawcę, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą”. Izba odnosząc się do argumentacji zamawiającego co do kwestii braku ujęcia w odrębnych pozycjach przedstawionego kosztorysu kosztów pośrednich nie podziela jego argumentacji co do skutków z tego wynikających. Bowiem według obowiązującego SIWZ cena ofertowa ma charakter ryczałtowy a nie kosztorysowy a przedmiar robót zgodnie z SIWZ ma charakter pomocniczy a nie obowiązujący do sporządzenia oferty. Natomiast wiążący charakter do ustalenia ceny oferty ma dokumentacja projektowa w oparciu o którą wykonawcy zobowiązani byli do wyliczenia ceny oferty ( 15.1. cena oferty zostanie wyliczona przez Wykonawcę w oparciu o projekt budowlany(...) Dokumentem pomocnym do obliczenia ceny oferty (...) może być przedmiar robót dołączony do SIWZ. Ponadto Wykonawca przy obliczeniu ceny uwzględnia koszty zorganizowania zaplecza, obsługi geodezyjnej, opłat za zajęcie pasa drogowego na czas prowadzenia robót, opłat za nadzór archeologiczny itp.(...)15.4. Cena określona przez wykonawcę w ofercie nie będzie zmieniana w toku realizacji zamówienia”). W związku z powyższym zarzut co do rażąco niskiej ceny nie może być oparty o zarzut co do kosztorysu i braku w nim pozycji kosztów pośrednich, ponieważ jest to zarzut formalny a nie merytoryczny. Bowiem zagadnienie sposobu kalkulacji należy do wykonawcy, który ma prawo ująć koszty pośrednie w cenie materiału. Tym bardziej, że racjonalna jest argumentacja odwołującego w wyjaśnieniach do zamawiającego, że koszty związane z zaopatrzeniem to jest transportem, magazynowaniem materiałów przy uwzględnieniu dostawy na miejsce budowy jak również udostępnienia nieodpłatnie zaplecza budowy (oświadczenie pisemne złożone na rozprawie w związku z uzasadnieniem odrzucenia oferty odwołującego) nie występują. Zgodnie ze złożonym wyjaśnieniem odwołującego na wezwanie zamawiającego - odwołujący wyjaśnił „przytoczone przez zamawiającego, w piśmie uzasadniającym czynności odrzucenia oferty, koszty pośrednie ujęte zostały w cenie ryczałtowej oraz w poszczególnych pozycjach kosztorysu i tak np.

koszty transportu materiałów są wliczone w ceny materiałów, co jest zwykłą praktyką handlową przy umowach kupna materiałów i ich dostawy loco plac budowy”(...) „Również koszty zaplecza technicznego, czy amortyzacji są ujęte w zaproponowanej cenie ryczałtowej. Zamawiający w piśmie wzywającym do złożenia wyjaśnień, nie żądał takich szczegółowych danych, więc Odwołujący nie przedstawiał ich ani w ofercie ani w wyjaśnieniach”.

Tak więc zarzut braku kosztów pośrednich w ocenie Izby został wyczerpująco wyjaśniony w piśmie do zamawiającego z dnia 9 sierpnia 2017 roku gdzie odwołujący wskazuje między innymi, że przy trybie w jakim prowadzi działalność koszty kształtują się w zależności od zamówienia a firma prowadzona jest na zasadach firmy rodzinnej to jest z udziałem żony, męża i syna. Ponadto w wyjaśnieniach przywoływane są podobne zamówienia już zrealizowane o podobnej wysokości wynagrodzenia, które wymienione zostają w wyjaśnieniach jak i w wykazie wykonanych robót załączonych do oferty odwołującego.

Trzecim elementem stanowiącym w piśmie zamawiającego z dnia 24.08.2017 r., podstawę odrzucenia oferty odwołującego jako zawierającej rażąco niską cenę były koszty pracy sprzętu a konkretnie koszty pracy koparki. Zamawiający koszt podany przez odwołującego w wysokości 25 zł/m-g a obejmujący tylko koszt paliwa przy normie 7l/m-g uznał za niewiarygodny i znacznie zaniżony w stosunku do cen na rynku lokalnym. Odwołujący wyjaśniając koszty pracy koparki przywołał parametry fabryczne jak i doświadczenie związane z jego użytkowaniem. Na rozprawie złożył powyżej opisane dokumenty to jest faktury zakupu sprzętu, oświadczenia sprzedawców sprzętu o zużyciu paliwa jak i karty pracy operatora koparki. Izba wobec braku przedstawienia dowodów przeciwnych uznała je za wiarygodne. Odwołujący przywołał okoliczność wykonywania w ostatnim okresie czasu podobnych inwestycji na rzecz tego samego zamawiającego po zbliżonych cenach i wówczas zamawiający nie kwestionował proponowanych cen.

Reasumując ocena rażąco niskiej ceny przez zamawiającego w przedmiotowej sprawie winna odnosić się nie do stawek wynagrodzenia, materiałów czy sprzętu jak to uczynił zamawiający w odrzuceniu oferty ale do wykazania niezgodności ceny oferty z zakresem dokumentacji projektowej a czego zamawiający nie uczynił. Natomiast analiza wyjaśnień odwołującego na wezwanie zamawiającego wskazuje na zgodność oferty w kontekście obowiązującej dokumentacji projektowej w związku ze wskazaniem w wyjaśnieniach na takie elementy jak np. dokonane przez odwołującego uzgodnienie z projektantem urządzeń i materiałów przewidzianych w dokumentacji, ilości i kategorii przewidzianych do prac pracowników, posiadanego sprzętu własnego, okolicznością sąsiedztwa przewidzianych robót a siedzibą firmy odwołującego. Tym samym w ocenie Izby odwołujący składając

wyjaśnienia wykazał zamawiającemu, że zarzut rażąco niskiej ceny w stosunku do jego oferty jest nieuzasadniony.

W tym stanie rzeczy Izba uznała wyjaśnienia odwołującego jako wiarygodne, wyczerpujące i nie wskazujące na potwierdzenie zarzutu rażąco niskiej ceny, uwzględniając odwołanie w związku z treścią art.192 ust.2 ustawy. Stwierdzone naruszenia art.89 ust.1 pkt 4 jak i art.90 ust.3 ustawy w sytuacji obowiązujących kryteriów oceny ofert mają wpływ na wynik postępowania, ponieważ oferta odwołującego jest ofertą najkorzystniejszą.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy zgodnie z art. 192 ust.9 i 10 ustawy oraz § 3 pkt 1 w związku z § 5 ust.2 pkt 1) Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. 2010r. nr 41 poz.238 zm. Dz.U. 2017r.) zaliczając uiszczony wpis przez odwołującego w kwocie 10.000,00 zł. w koszty postępowania odwoławczego i zasądzając od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 10.000,00 złotych jako koszty obejmujące uiszczony wpis odwołującego oraz wynagrodzenie dla pełnomocnika odwołującego w kwocie 3.600,00zł oraz koszty dojazdu w kwocie 267,29 zł. według załączonej faktury VAT.

**Przewodniczący:** .....