

WYROK
z dnia 21 grudnia 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk
Protokolant: Konrad Wyrzykowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 grudnia 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 listopada 2020 r. przez wykonawcę ERBUD S.A. w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Komendę Stołeczną Policji w Warszawie

przy udziale wykonawcy Przedsiębiorstwo Budownictwa Ogólnego "Kartel" S.A. w Jędrzejowie zgłaszającego swoje przystąpienie do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża ERBUD S.A. w Warszawie i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20.000 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez ERBUD S.A. w Warszawie tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 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 Warszawie.

Przewodniczący:.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Komenda Stołeczna Policji w Warszawie – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), dalej jako: „PZP” lub „Pzp” postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest budowę nowej siedziby Komendy Powiatowej Policji w Mińsku Mazowieckim, przy ul. Jana Łupińskiego 42. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 11 września 2020 r. pod numerem 470877 – 2020. Wartość zamówienia jest większa niż kwota wskazana w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

30 listopada 2020 r. wykonawca ERBUD S.A. w Warszawie wniósł odwołanie w związku z ponownym wezwaniem go przez zamawiającego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp. Zachowany został termin ustawowy i obowiązek przekazania zamawiającemu kopii odwołania.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- art. 90 ust. 1 PZP (a ewentualnie art. 87 ust. 1 PZP) przez uzupełniające wezwanie ERBUD S.A. do udzielenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny mimo braku podstaw do wystosowania takiego wezwania;
- art. 90 ust. 1a PZP w zw. z art. 90 ust. 1 PZP przez uzupełniające wezwanie ERBUD S.A. do udzielenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny mimo braku podstaw do wystosowania takiego wezwania;
- art. 7 ust. 1 PZP przez uzupełniające wezwanie ERBUD S.A. do udzielenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny mimo braku podstaw do wystosowania takiego wezwania;
- art. 90 ust. 1 PZP (a ewentualnie art. 87 ust. 1 PZP) przez wezwanie ERBUD S.A. do udzielenia wyjaśnień w przedmiocie ceny w niedopuszczalny sposób, tj. przez żądanie od ERBUD S.A. przedstawienia wyliczeń w oparciu o przedmiary oraz wskazanie zastosowanych narzutów, w zakresie instalacji elektrycznych i teletechnicznych oraz w zakresie wykonania wewnętrznych i zewnętrznych instalacji branży sanitarnej oraz w zakresie robót „DFA, śmietnik, maszt radiowy”, którymi odwołujący nie jest zobowiązany dysponować i których nie posiada na tym etapie postępowania przetargowego;
- naruszenie art. 90 ust. 1a PZP w zw. z art. 90 ust. 1 PZP przez wezwanie ERBUD S.A. do udzielenia wyjaśnień w przedmiocie ceny w niedopuszczalny sposób, tj. przez żądanie od ERBUD S.A. przedstawienia wyliczeń w oparciu o przedmiary oraz wskazanie zastosowanych narzutów, w zakresie instalacji elektrycznych i teletechnicznych oraz w zakresie wykonania wewnętrznych i zewnętrznych instalacji branży sanitarnej oraz w zakresie robót „DFA, śmietnik, maszt radiowy”, którymi odwołujący nie jest zobowiązany dysponować i których nie posiada na tym etapie postępowania przetargowego;
- art. 7 ust. 1 PZP przez wezwanie ERBUD S.A. do udzielenia wyjaśnień w przedmiocie ceny w niedopuszczalny sposób, tj. przez żądanie od ERBUD S.A. przedstawienia wyliczeń w oparciu o przedmiary oraz wskazanie zastosowanych narzutów, w zakresie instalacji elektrycznych i teletechnicznych oraz w zakresie wykonania wewnętrznych i zewnętrznych instalacji branży sanitarnej oraz w zakresie robót „DFA, śmietnik, maszt radiowy”, którymi odwołujący nie jest zobowiązany dysponować i których nie posiada na tym etapie postępowania przetargowego;
- art. 90 ust. 1 PZP oraz art. 87 ust. 1 PZP i art. 7 ust. 1 PZP przez żądanie przedstawienia strategii na okres trwania inwestycji w związku z sytuacją pandemiczną, podczas gdy zamawiający nie wskazał w SIWZ takiego wymogu w niniejszym postępowaniu, a wskazane żądanie wykracza poza dozwoloną możliwość żądania wyjaśnienia ceny oferty oraz jej treści;
- art. 90 ust. 1 PZP oraz art. 87 ust. 1 PZP i art. 7 ust. 1 PZP przez żądanie przedstawienia planowanego wzrostu płacy minimalnej i wyjaśnienia czy został on założony przy wycenie prac, podczas gdy zamawiający nie wskazał w SIWZ takiego wymogu w niniejszym postępowaniu, a wskazane żądanie wykracza poza dozwoloną możliwość żądania wyjaśnienia ceny oferty oraz jej treści;
- art. 7 ust. 1 PZP przez prowadzenie postępowania w sposób, który nie jest zgodny z przepisami PZP, nie zapewnił równego traktowania wykonawców w postępowaniu, przejrzystości postępowania i zachowania uczciwej konkurencji.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wezwania Wykonawcy ERBUD S.A. do udzielenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny z dnia 19 listopada 2020 r..

Wykonawca Przedsiębiorstwo Budownictwa Ogólnego "Kartel" S.A. w Jędrzejowie przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz obowiązek przekazania kopii przystąpienia

zamawiającemu i odwołującemu. Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania.

Zamawiający w odpowiedzi z 21 grudnia 2020 r. wniósł o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła, że odwołanie nie podlega odrzuceniu i przeprowadziła rozprawę, podczas której strony podtrzymały dotychczasowe stanowiska.

Izba ustaliła, co następuje:

Pismem z 30 października 2020 r. zamawiający zwrócił się do odwołującego o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów dotyczących ceny złożonej oferty - w szczególności w zakresie:

- 1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2018 r. poz. 2177);
- 2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów;
- 3) wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;
- 4) wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska;
- 5) powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy;
- 6) czy wykonawca uwzględnił w ofercie wszystkie koszty bezpośrednie i pośrednie, jakie poniesie z tytułu prawidłowego i terminowego wykonania całości przedmiotu zamówienia, zysk oraz wszelkie wymagane przepisami podatki i opłaty;

Zamawiający powołał treść art. 90 ust. 3 Pzp i zobowiązał odwołującego do złożenia wyjaśnień i dowodów w wyznaczonym terminie. Zamawiający wskazał, że uzna dochowanie przez wykonawcę terminu, w przypadku, gdy żądane wyjaśnienia i dowody wpłyną do zamawiającego do upływu wyznaczonego dnia.

Odwołujący w wyznaczonym terminie udzielił wyjaśnień, które zastrzegł jako tajemnicę swego przedsiębiorstwa.

Po ocenie wyjaśnień oraz złożonych dowodów zamawiający pismem z 19 listopada 2020 r. wezwał do uzupełnienia wyjaśnień w zakresie:

- instalacji elektrycznych i teletechnicznych przez przedstawienie wyliczeń w oparciu o przedmiary oraz wskazanie zastosowanych narzutów;
- w zakresie wykonania wewnętrznych i zewnętrznych instalacji branży sanitarnej przez przedstawienie wyliczeń w oparciu o przedmiary oraz wskazanie zastosowanych narzutów,
- w zakresie „DFA, śmietnik, maszty radiowy” przez przedstawienie wyliczeń w oparciu o przedmiary oraz wskazanie zastosowanych narzutów,
- przedstawienia strategii na okres trwania inwestycji w związku z sytuacją pandemiczną, planowanego wzrostu płacy minimalnej (w 2021 wzrost o 7,7%) tzn. czy w przedstawionych materiałach przy wycenie prac założony został średnioroczny wzrost cen towarów i usług konsumpcyjnych?

W tym stanie rzeczy odwołujący wniósł odwołanie.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Z uwagi na zastrzeżenie przez odwołującego wyjaśnień ceny oferty z 9 listopada 2020 r. jako tajemnicy przedsiębiorstwa i uznanie tego zastrzeżenia przez zamawiającego nie jest możliwe odniesienie się do podanych w nich szczegółowych informacji, a wywody uzasadnienia muszą być sformułowane w sposób ogólny.

Izba zważyła, że zamawiający był uprawniony do żądania od odwołującego wyjaśnień uzupełniających.

Po pierwsze, za wyjątkiem żądania opisanego w pkt 6) zamawiający powielił w treści wezwania z 30 października 2020 r. treść przepisu art. 90 ust. 1 Pzp. Wezwanie to miało zatem charakter ogólny i zamawiający działając w granicach określonych treścią tych wyjaśnień mógł żądać wyjaśnień uzupełniających. Zamawiający był również uprawniony do tego, aby domagać się wyjaśnień w tych aspektach przedmiotu zamówienia, które nie były konkretnie wskazane w wezwaniu i żądania informacji, których odwołujący nie podał w wyjaśnieniach. Takie działania zamawiającego mieści się w dyspozycji art. 90 ust. 1 Pzp, zatem działanie zamawiającego było prawidłowe *de iure*.

Po drugie, Izba przeanalizowała wyjaśnienia udzielone przez odwołującego i podzieliła pogląd zamawiającego, że w zakresie elementów przedmiotu zamówienia wskazanych przez zamawiającego w wezwaniu z 19 listopada 2020 r. był on uprawniony do żądania wyjaśnień doprecyzowujących. W udzielonych wyjaśnieniach odwołujący skoncentrował się na wycenie realizacji części prac tj. robót ziemnych oraz konstrukcji żelbetowych i murowanych. Zamawiający był zatem uprawniony w okolicznościach sporu, wobec ogólnej treści pierwszego wezwania, do żądania wyjaśnień dotyczących tych elementów przedmiotu zamówienia, które nie zostały szczegółowo omówione przez odwołującego w pierwszych wyjaśnieniach.

Po trzecie, zamawiający nie narzucił odwołującemu żadnego wzorca, ani modelu wyjaśnień. Zamawiający jedynie przedmiotowo wskazał, wycenę których elementy wchodzących w skład przedmiotu zamówienia odwołujący powinien opisać bardziej szczegółowo. Nie został więc wskazany sposób złożenia wyjaśnień, a jedynie ich zakres. Zamawiający nie żądał też od odwołującego złożenia kosztorysu szczegółowego, albo podania danych objętych tym kosztorysem. Żądanie wskazania narzutów, wyrażone w wezwaniu z 19 listopada 2020 r. Izba interpretuje jako nawiązanie do pkt 6) pierwszego wezwania, w którym zamawiający żądał odpowiedzi na pytanie, czy wykonawca uwzględnił w ofercie wszystkie koszty bezpośrednie i pośrednie, jakie poniesie z tytułu prawidłowego i terminowego wykonania całości przedmiotu zamówienia, zysk oraz wszelkie wymagane przepisami podatki i opłaty. Odwołujący nie kwestionował zakresu pierwszego wezwania, co uprawnia zamawiającego do żądania wyjaśnień doprecyzowujących mieszczących się w jego granicach.

Po czwarte, ryczałtowy charakter wynagrodzenia nie jest przeszkodą w podaniu przez wykonawcę szczegółowych informacji dotyczących przedmiotu zamówienia i jego wyceny. Zamawiający opisał przedmiot zamówienia m.in. za pomocą przedmiarów, zatem obliczenie ceny oferty przez wykonawcę działającego z należytą starannością oczekiwaną od rzetelnego uczestnika rynku zamówień publicznych, powinno uwzględniać wszystkie pozycje przedmiaru.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp orzekła, jak w pkt 1 sentencji.

O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, uwzględniając koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego w kwocie 3.600 zł, zgodnie z § 3 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 poz. 972).

Przewodniczący:.....