

WYROK
z dnia 23 lipca 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Matecka

Protokolant: Piotr Kur

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 lipca 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 czerwca 2020 r. przez odwołującego - LIRECO Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdyni w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Komenda Portu Wojennego Gdynia

przy udziale wykonawcy M. K. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą M. K. VEGATECH zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym wezwanie wykonawcy M. K. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą M. K. VEGATECH na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny oferty, w tym przedstawienia szczegółowych informacji i wyliczeń kosztów uwzględnionych w ramach zaoferowanej stawki roboczogodziny tytułem dokonywania napraw i usuwania awarii.
2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego, i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu 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 Gdańsku.

Przewodniczący:
Uzasadnienie

Zamawiający - Komenda Portu Wojennego Gdynia prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na konserwację i serwis hydroforni z ujęciem wody oraz dokonywanie napraw i usuwanie awarii związanych z realizacją niniejszej umowy na terenie kompleksów wojskowych administrowanych przez Komendę Portu Wojennego Gdynia. Wartość ww. zamówienia nie przekracza kwoty, od której uzależniony jest obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej zgodnie z przepisami wydanymi na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843, ze zm.), dalej jako „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 11 maja 2020 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 537423-N-2020.

I. W dniu 8 czerwca 2020 r. wykonawca LIRECO Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdyni wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie na czynności i zaniechania podjęcia czynności przez zamawiającego w ww. postępowaniu, zarzucając zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- 1) art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz udzielenie zamówienia wykonawcy, który nie został wybrany zgodnie z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych;
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w związku z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wybranego wykonawcy, pomimo że jej złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji polegający na zaniżeniu

stawki roboczogodziny poniżej kosztów wynikających z obowiązujących przepisów prawa;

3)art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty zawierającej rażąco niską cenę, dokonanie wadliwej oceny oferty złożonej przez wybranego wykonawcę - Vegatech M. K., polegającej na zaniechaniu zbadania ceny roboczogodziny napraw objętych przedmiotem zamówienia, zaniechaniu wezwania wybranego wykonawcy do złożenia wyjaśnień odnośnie zaproponowanej stawki jednej roboczogodziny napraw objętych przedmiotem zamówienia oraz uznaniu, że stawka za jedną roboczogodzinę napraw została skalkulowana z uwzględnieniem obowiązujących przepisów.

4)art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty, która jest niezgodna z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia („SIWZ”);

5)art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty, która podlega odrzuceniu.

W związku z podniesionymi zarzutami odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1)unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;

2)powtórzenia czynności badania i oceny ofert; dokonania czynności polegającej na wykluczeniu wykonawcy Vegatech M. K. i odrzuceniu jego oferty;

3)dokonania wyboru jako najkorzystniejszej oferty odwołującego.

Uzasadniając podniesione zarzuty odwołujący przedstawił argumentację uzasadniającą w jego ocenie stwierdzenie, iż zaoferowana przez wykonawcę M. K. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą M. K. VEGATECH stawka roboczogodziny tytułem dokonywania napraw i usuwania awarii, stanowiąca jedno z kryteriów oceny ofert, nie uwzględnia wszystkich kosztów związanych z realizacją zamówienia zgodnie z wymaganiem postawionym przez zamawiającego w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Odwołujący przedstawił wyliczenia uwzględniające wysokość minimalnej stawki godzinowej oraz minimalnej wysokości wynagrodzenia za pracę zgodnie z rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 10 września 2019 r., a także stawkę podatku VAT.

II.Pismem wniesionym do Prezesa Izby w dniu 20 lipca 2020 r. zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie. Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

Uzasadniając swoje stanowisko w sprawie zamawiający w szczególności stwierdził, że oferty złożone przez wszystkich trzech wykonawców we wszystkich kryteriach można uznać za porównywalne, wobec czego nie można tu mówić o manipulacji kryteriami oceny ofert w celu zdobycia zamówienia. W jego ocenie zastosowanie regulacji art. 90 ust. 1 ustawy Pzp zależy wyłącznie od decyzji zamawiającego prowadzącego postępowanie. Ponadto wskazał, że M. K. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą M. K. VEGATECH aktualnie realizuje identyczny przedmiot zamówienia za stawkę roboczogodziny wynoszącą 14 zł.

III.Pismem wniesionym do Prezesa Izby w dniu 15 czerwca 2020 r. wykonawca M. K. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą M. K. VEGATECH (dalej jako „wykonawca M. K. VEGATECH”) zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

Wykonawca M. K. VEGATECH poparł stanowisko zamawiającego i wniósł o oddalenie odwołania. Nie przedstawił wyliczeń zaoferowanej stawki roboczogodziny tytułem dokonywania napraw i usuwania awarii, lecz wskazywał na niewielki koszt realizacji tej części przedmiotu zamówienia.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron i uczestnika postępowania, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba ustaliła, co następuje:

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba stwierdziła, że odwołujący jest legitymowany, zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, do wniesienia odwołania.

Na podstawie dokumentacji postępowania Izba ustaliła w szczególności, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest konserwacja i serwis hydrofoni z ujęciem wody oraz dokonywanie napraw i usuwanie awarii związanych z realizacją umowy na terenie kompleksów wojskowych administrowanych przez Komendę Portu Wojennego Gdynia. Zamawiający

ustalił następujące kryteria oceny ofert: 1) Cena usługi konserwacji i serwisu (Pc) - waga 60% oraz 2) Stawka Rbg - Cena brutto za 1 roboczogodzinę naprawy objętej przedmiotem zamówienia w zł (Rbg*) - waga 40%. W odniesieniu do drugiego kryterium oceny ofert zamawiający zawarł w SIWZ następujące postanowienia: Stawka RBG - cena 1 roboczogodziny brutto musi:

-zawierać wszelkie koszty związane z realizacją zamówienia;

-zostać obliczona z uwzględnieniem przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz.U. 2002 Nr 200 poz. 1679 z późn. zm) oraz Rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 10 września 2019 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2020 r. (Dz.U. z 2019 r. poz. 1778).

Zgodnie z istotnymi postanowieniami umowy do wyceny kosztów dotyczących usuwania awarii bądź dokonywania napraw zostaną zastosowane następujące stawki, zgodnie ze złożoną

ofertą: 5.1. Stawka Rbg - cena brutto 1 (jednej) roboczogodziny* wynoszą (słownie:),

zgodnie ze złożoną ofertą. Stawka ta uwzględnia wszystkie koszty i składniki wraz z niezbędnymi narzutami, związanymi z wykonaniem przedmiotu zamówienia.

* stawka roboczogodziny brutto musi:

-zawierać wszelkie koszty związane z realizacją zamówienia;

-zostać obliczona z uwzględnieniem przepisów ustawy z dnia 10 października 2002r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz.U. 2002 Nr 200 poz. 1679 z późn. zm) oraz

Rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 10 września 2019 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2020 r. (Dz. U. z 2019 r. poz. 1778) (§ 5 ust. 5).

Zgodnie z przepisami ww. rozporządzenia od dnia 1 stycznia 2020 r. ustala się minimalne wynagrodzenie za pracę w wysokości 2600 zł (§ 1); od dnia 1 stycznia 2020 r. ustala się minimalną stawkę godzinową w wysokości 17 zł (§ 2).

Oferty wykonawców, którzy wzięli udział w postępowaniu, zawierały następujące ceny [1) - cena usługi konserwacji i serwisu brutto; 2) - cena brutto za 1 roboczogodzinę naprawy objętej przedmiotem zamówienia w zł]:

-wykonawca M. K. VEGATECH - 1) - 200 640,00 zł; 2) 17,00 zł;

-odwołujący - 1) 252 000,00 zł; 2) 25,10 zł;

-GRANIMEX W. G. Sp. J. - 1) 296 430,00 zł; 2) 26,44 zł.

Jak wynika z powyższego, wbrew twierdzeniom zamawiającego i wykonawcy M. K. VEGATECH stawka roboczogodziny tytułem dokonywania napraw i usuwania awarii nie stanowi marginalnego składnika zaoferowanej ceny, lecz jej istotną część składową - odnoszącą się do części przedmiotu umowy podlegającego osobnym zasadom wynagradzania - a wręcz podniesioną do rangi kryterium oceny ofert o wadze aż 40%, a więc mającą bardzo istotny wpływ na wybór oferty najkorzystniejszej. Mając zatem na uwadze wysokość zaoferowanej przez wykonawcę M. K. VEGATECH stawki roboczogodziny tytułem dokonywania napraw i usuwania awarii (17 zł), a z drugiej strony przepisy ww. rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 10 września 2019 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2020 r., Izba ustaliła, iż w stosunku do oferty wykonawcy M. K. VEGATECH ziszczy się przesłanka wezwania tego wykonawcy do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny oferty, w tym przedstawienia szczegółowych informacji i wyliczeń kosztów uwzględnionych w ramach zaoferowanej stawki roboczogodziny tytułem dokonywania napraw i usuwania awarii, zgodnie z przepisem art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba zważyła, co następuje:

W tak ustalonym stanie faktycznym, wobec ustalenia, iż względem oferty wykonawcy M. K. VEGATECH zachodziła podstawa do wystosowania wezwania do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny oferty, w tym przedstawienia szczegółowych informacji i wyliczeń kosztów uwzględnionych w ramach zaoferowanej stawki roboczogodziny tytułem dokonywania napraw i usuwania awarii, zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 90 ust. 1 ustawy Pzp Izba uznała za zasadny. Należy w tym miejscu dodatkowo wyjaśnić, że jakkolwiek regulacja art. 90 ust. 1 ustawy Pzp odwołuje się do „wątpliwości zamawiającego”, to istnieje możliwość skutecznego podniesienia zarzutu naruszenia przez zamawiającego ww. przepisu w sytuacji wykazania występowania obiektywnych okoliczności, które zamawiający winien wziąć pod uwagę i w konsekwencji wezwać danego wykonawcę do udzielenia wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu. W ocenie składu orzekającego Izby takie obiektywne okoliczności w niniejszej sprawie występowały (o czym powyżej).

Ocena oferty M. K. VEGATECH pod kątem występowania ewentualnych przesłanek do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp lub art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp lub art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp powinna mieć

miejsce po przedstawieniu przez tego wykonawcę wyjaśnień w odpowiedzi na wezwanie z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. W odniesieniu do ostatniej z wymienionych powyżej podstaw do odrzucenia oferty należy przypomnieć, iż za czyn nieuczciwej konkurencji stanowiący podstawę do odrzucenia oferty uważa się sytuację, w której wykonawca nie uwzględnił w ramach wyceny elementu składowego ceny oferty, stanowiącego jeden z kryteriów oceny ofert, wszystkich kosztów realizacji odpowiadającej mu części przedmiotu zamówienia, dokonując „przeniesienia” tych kosztów na inny lub inne elementy składowe ceny, celem uzyskania w postępowaniu wyższej punktacji od tej, którą otrzymałby w przypadku dokonania prawidłowej wyceny. W takim przypadku zachodzi podstawa do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp bez względu na to czy całkowita cena oferty nosi znamiona ceny rażąco niskiej.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba orzekła, jak w punkcie pierwszym sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 3 pkt 1 i § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r. poz. 972), stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący: