

WYROK

z dnia 22 lutego 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Brzeska

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 lutego 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 29 stycznia 2021 r. przez **wykonawcę „Adnes” A. N. i T. N. s.c.** w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego: Zakład Gospodarowania Nieruchomościami w Dzielnicy Bielany m. st. Warszawy**

orzeka:

1. Oddala odwołanie;

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę „Adnes” A. N. i T. N. s.c. i:

- 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr.** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy), uiszczoną przez **wykonawcę „Adnes” A. N. i T. N. s.c.** tytułem wpisu od odwołania,
- 2) zasądza od **wykonawcy „Adnes” A. N. i T. N. s.c.** kwotę **3 600 zł 00 gr.** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) na rzecz **Zamawiającego: Zakładu Gospodarowania Nieruchomościami w Dzielnicy Bielany m. st. Warszawy** tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1919 ze zm.) w zw. z art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2020) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Sygn. akt KIO 310/21

Uzasadnienie

Zamawiający – Zakład Gospodarowania Nieruchomościami w Dzielnicy Bielany m. st. Warszawy prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy Prawo zamówień publicznych (zwanej dalej również „*ustawą Pzp*”), postępowanie o udzielenie zamówienia pn: „*Usługi w zakresie konserwacji, napraw oraz usuwania awarii instalacji elektrycznych w nieruchomościach budynkowych i terenach będących 100% własnością m. st. Warszawy oraz zarządzanych przez ZGN Bielany w okresie od dnia podpisania umowy, nie wcześniej od 01.01.2021 r. do dnia 31.12.2022 r. numer referencyjny 72/KT/2020/W*”.

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

„Adnes” A. N. i T. N. s.c. (zwani dalej: „*Odwołującym*”) w dniu 29 stycznia 2021 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) złożyli odwołanie na czynność odrzucenia oferty *Odwołującego* z postępowania na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp., gdyż wykonawca nie sprostął wymaganiom wskazanym w 90 ust. 2 ustawy Pzp dotyczącym obalenia domniemania, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu.

Odwołujący zarzucił *Zamawiającemu* w odwołaniu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, wskazując, że odrzucenie jego oferty było niezasadne i w konsekwencji wniósł o uwzględnienie odwołania w całości, nakazanie unieważnienia czynności *Zamawiającego* polegających na odrzuceniu oferty *Odwołującego* i wyborze najkorzystniejszej oferty oraz nakazanie *Zamawiającemu* powtórzenie czynności badania i oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowienia SIWZ, ofertę wykonawcy: „Adnes” A. N. i T. N. s.c. jak również oświadczenia i stanowiska stron złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Odwołanie, wobec nie stwierdzenia na posiedzeniu niejawnym braków formalnych oraz w związku z uiszczeniem przez *Odwołującego* wpisu, podlega rozpoznaniu. Ze względu na brak przesłanek uzasadniających odrzucenie odwołania Izba przeprowadziła rozprawę merytorycznie je rozpoznając.

Izba stwierdziła, że *Odwołujący* legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o których stanowi przepis art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba ustaliła również, że wezwanie do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym miało miejsce w dniu 9 lutego 2021 r. Do Izby – w terminie przewidzianym w art. 525 ust. 1 ustawy Pzp – po stronie *Zamawiającego* nie wpłynęło zgłoszenie żadnego z wykonawców.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia są „*Usługi w zakresie konserwacji, napraw oraz usuwania awarii instalacji elektrycznych w nieruchomościach budynkowych i terenach będących 100% własnością m. st. Warszawy oraz zarządzanych przez ZGN Bielany w okresie od dnia podpisania umowy, nie wcześniej od 01.01.2021 r. do dnia 31.12.2022 r. numer referencyjny 72/KT/2020/W*”.

Zamawiający podzielił zamówienie na 2 części:

Część I:

Zamierzenie 1. Usługi w zakresie konserwacji i naprawy instalacji elektrycznych w budynkach mieszkalnych i lokalach zarządzanych przez ZGN Bielany oraz w lokalach mieszkalnych będących własnością m.st. Warszawy w budynkach Wspólnot Mieszkaniowych oraz na terenach nieruchomości gruntowych zarządzanych przez ZGN Bielany wraz z usługą pogotowia elektrycznego w zakresie usuwania awarii elektrycznych na terenie Dzielnicy Bielany.

Zamierzenie 2. Usługi w zakresie konserwacji i naprawy instalacji elektrycznych w budynkach wolnostojących-pawilonach

z lokalami użytkowymi, w lokalach użytkowych stanowiących 100% własności m.st. Warszawy w budynkach Wspólnot Mieszkańczych oraz na terenach nieruchomości gruntowych zarządzanych przez ZGN Bielany wraz z usługą pogotowia elektrycznego w pawilonach w zakresie usuwania awarii elektrycznych na terenie Dzielnicy Bielany.

Cześć II :

Zamierzenie 3. Usługi w zakresie, konserwacji i naprawy instalacji elektrycznych w budynku przy ul. Grębałowskiej 23/25 — siedziba własna ZGN Bielany wraz z usługą pogotowia elektrycznego w zakresie usuwania awarii elektrycznych w tym obiekcie.

Zamawiający w opisie kryteriów, którymi będzie się kierował przy wyborze oferty – w obu częściach – ustanowił kryterium cena 30% - w postaci stawki roboczogodziny.

Wykonawcy w formularzu ofertowym mieli podać kosztorysową stawkę robocizny, koszty pośrednie (Kp) liczone od R, Zysk (Z) liczony od (R+Kp)

Odwołujący złożył ofertę, w której zaproponował kosztorysową stawkę robocizny: 11,50 zł, koszty pośrednie (Kp) liczone od R – 300,00%, 34,50 zł, (dla części I), analogicznie dla części II - kosztorysową stawkę robocizny w kwocie 11,50 zł, koszty pośrednie (Kp) liczone od R – 300,00%, 34,50 zł.

Zamawiający w dniu 12 stycznia 2021 r. wezwał Odwołującego w trybie art. 90 ust. 1a pkt 1 w zw. z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień odnośnie zaoferowanej stawki roboczogodziny tj., „11,50 zł” w odniesieniu do treści Rozporządzenia Rady Ministrów w sprawie minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2019 r. (Dz.U. z 2018 poz. 1794.). Dodatkowo Zamawiający się z prośbą o udzielenie wyjaśnień odnośnie powodów zastosowania/zaoferowania kosztów pośrednich w wysokości 300% przy założeniu, że zgodnie z wykazywanymi przez wydawnictwo Sekocenbud koszty takie oscylują na poziomie 60%-70%.

Wykonawca w dniu 12 stycznia 2021 r. udzielił Zamawiającemu następujących wyjaśnień. Wyjaśnił, że oferowana stawka roboczogodziny 11,50 zł jest niższa niż min. stawka godzinowa określona w 2 Rozporządzenia Rady Ministrów ws. wysokości min. wynagrodzenia za pracę oraz wysokości min. stawki godzinowej w 2019 r. (Dz. U. z 2018 poz. 1794), ponieważ pracownicy przewidziani do realizacji zamówienia zatrudnieni są na podstawie umów o pracę i w związku z tym zaoferowana stawka roboczogodziny nie służy do ustalania ich wynagrodzeń. Zwrócił również uwagę, że min. stawka godzinowa dot. de facto prac najprostszych — żaden elektryk z uprawnieniami nie podjąłby się pracy za 14,70 zł brutto za godzinę. Koszty pośrednie (KP) zostały zaoferowane w wysokości 300% w celu zdobycia jak największej liczby punktów w postępowaniu. Stawki Kp nie należy rozpatrywać w oderwaniu od pozostałych parametrów oferty, np. Zysku niższego niż średni wykazywany przez wydawnictwo Sekocenbud. Ponadto wskazał, że zaoferowana stawka roboczogodziny z narzutami, tj. 46,00 zł w pełni odpowiada warunkom rynkowym. Nie odbiega znacząco od stawek innych oferentów ani od średniej stawki robót elektroinstalacyjnych w Warszawie w IV kwartale 2020 roku, a ma być stosowana przez najbliższe 8 kwartałów, w czasie których należy się spodziewać wzrostu płac.

Zamawiający w dniu 25 stycznia 2021 r. odrzucił ofertę Odwołującego uzasadniając swoje stanowisko w następujący sposób.

Zamawiający wyjaśnił, że wykonawca w udzielonych wyjaśnieniach „Adnes” A. N. i T. N. s.c. wskazał, że oferowana stawka roboczogodziny tj. 11,50 zł”, jest niższa niż stawka godzinowa określona w w/w Rozporządzeniu, ponieważ pracownicy przewidziani do realizacji zamówienia zatrudnieni są na podstawie umów o pracę i w związku z tym zaoferowana stawka roboczogodziny nie służy do ustalania ich wynagrodzeń. Zwrócił uwagę również na okoliczność, że żaden elektryk z uprawnieniami nie podjąłby się pracy za 14,70 brutto za godzinę. Koszty pośrednie zostały zaś zaoferowane w wysokości 300% w celu zdobycia jak największej liczby punktów w postępowaniu. Stwierdził, że stawki Kp nie należy rozpatrywać w oderwaniu od pozostałych parametrów ofert, np. Zysku niższego niż wskazywany przez wydawnictwo Sekocenbud.

Zamawiający po dogłębnej analizie treści oferty, biorąc pod uwagę obowiązujące przepisy prawa, podjął decyzję o odrzuceniu oferty „Adnes” A. N. i T. N. s.c. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. art. 90 ust 3 Pzp.- „Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (. . .) 4) zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia; (. . .) oraz „Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia”.

Zamawiający uznał, że wynagrodzenie Wykonawcy jakie zostanie wypłacone w kwocie netto, tj. nie uwzględniające podatku od towarów i usług VAT - w analizowanym przypadku w wysokości 11,50 zł za roboczogodzinę - stanowi dla Wykonawcy jednocześnie całkowitą kwotę jaką dysponuje na wynagrodzenie brutto pracownika w przeliczeniu na godzinę pracy w ramach umowy o pracę, w tym w szczególności na podatek dochodowy od osób fizycznych oraz składki na ubezpieczenie społeczne. Wobec powyższego, o ile Wykonawca nie posiada refundacji kosztów pracy, a na takie okoliczności nie wskazywał w swoim wyjaśnieniu, stawka robocizny wskazana w Ofercie w kwocie netto (tj. bez podatku od towarów i usług VAT), stanowi równocześnie wartość brutto wynagrodzenia za godzinę pracy w ujęciu przepisów prawa pracy. Zamawiający wymagał, aby pracownicy wykonujący czynności w Części 1 byli zatrudnieni na umowę o pracę, zaś w Części 2 wymagał, aby przedmiot zamówienia był wykonywany za pomocą min 2 osób, które posiadają uprawnienia energetyczne do eksploatacji i dozoru instalacji elektrycznych do 1 kV oraz aby Wykonawca dysponował możliwością wykonywania pomiarów instalacji elektrycznych do 1 kV.

Wynagrodzenie takich osób, a przynajmniej ich minimalny poziom również reguluje przedmiotowe Rozporządzenie. Wykonawca w złożonych wyjaśnieniach, nie wykazał w żaden sposób, iż cena oferty pokrywa koszty wykonanej roboty z uwzględnieniem wszystkich kosztów pracy. Wartość kosztów pracy przyjęta do ustalenia ceny winna uwzględniać minimalne wynagrodzenie za pracę albo minimalną stawkę godzinową, ustaloną na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę oraz konieczne koszty pracodawcy.

W konsekwencji powyższego „Adnes” A. N. i T. N. s.c., udzielając odpowiedzi odnośnie do budzącej wątpliwości Zamawiającego, wskazanej w ofercie stawki w wysokości 11,50 zł, powinien zaprezentować wyjaśnienia, które by referowały do ustalonej przez prawodawcę stawki minimalnej wynoszącej 17 zł — stawki należnej pracownikowi.

Wykonawca nie sprostał wymaganiom wskazanym w art. 90 ust. 2 ustawy Pzp dotyczącym obalenia domniemania, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu, wobec powyższego należało odrzucić ofertę „Adnes” A. N. i T. N. s.c. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. art. 90 ust 3 ustawy Pzp.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, oświadczenia i stanowiska stron przedstawione podczas rozprawy, Izba uznała, iż odwołanie jest niezasadne i nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba - oceniając zarzut dotyczący wadliwego odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp - uznała, że zarzut ten nie potwierdził się w zebranym przez Izbę materiale dowodowym. W ocenie Izby decyzja Zamawiającego w przedmiocie odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp była zasadna.

Zgodzić należało się z Zamawiającym, że wykonawca w złożonych wyjaśnieniach, nie wykazał w żaden sposób, iż cena oferty pokrywa koszty wykonanej roboty z uwzględnieniem wszystkich kosztów pracy. Wartość kosztów pracy przyjęta do ustalenia ceny winna uwzględniać minimalne wynagrodzenie za pracę albo minimalną stawkę godzinową, ustaloną na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę oraz konieczne koszty pracodawcy. Ponadto wykonawca w żaden merytoryczny sposób nie odniósł się do prośby Zamawiającego o udzielenie wyjaśnień odnośnie powodów zastosowania/zaoferowania kosztów pośrednich w wysokości 300%. Wykonawca wprost przyznał się, że powyższy zabieg dokonał celem zdobycia jak największej liczby punktów w postępowaniu.

Izba zgodził się z Zamawiającym, że wykonawca nie sprostował wymaganiom wskazanym w art. 90 ust. 2 ustawy Pzp dotyczącym obalenia domniemania, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu, wobec powyższego należało odrzucić ofertę „Adnes” A. N. i T. N. s.c. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. art. 90 ust 3 ustawy Pzp.

Jak niejednokrotnie podkreśla się w orzecznictwie KIO oraz sądów okręgowych celem złożenia wyjaśnień jest umożliwienie Zamawiającemu zweryfikowania poprawności dokonanej przez wykonawcę kalkulacji ceny, a nie złożenie ogólnego zapewnienia, że wykonawca wykona zamówienie za oszacowaną przez siebie cenę. Wyjaśnienia mają być poddane analizie zmierzającej do ustalenia, czy cena została skalkulowana poprawnie, czy też nosi ona znamiona rażąco niskiej. Z tego powodu powinny być one wyczerpujące, konkretne i przekonujące, ujawniające najważniejsze składniki cenotwórcze, jak przykładowo koszt pracowników, zaangażowania odpowiedniego sprzętu, czy wreszcie marżę wykonawcy. W przeciwnym wypadku wyjaśnienia będą miały charakter jedynie iluzorycznych i nie będą stanowiły wyjaśnienia elementów oferty, mających wpływ na wysokość cen, co może uzasadniać obowiązek zamawiającego odrzucenia oferty jako zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Z tego względu dla zakwalifikowania oferty do dalszego postępowania nie jest wystarczające złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, lecz wyjaśnień, które będą odpowiednio umotywowane, przekonujące, że zaproponowana oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej (tak też: wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 5 stycznia 2007 r., sygn. akt V Ca 2214/06) „*Ogólnikowe twierdzenia zawarte w wyjaśnieniach i brak dokładnych danych co do uzyskiwanej pomocy publicznej uznać należy za niedostateczne i zasługujące na zastosowanie art. 90 ust.3 pzp*”. (por. Wyrok SO w Poznaniu z dnia 21 maja 2008 r., sygn. akt: X Ga 127/08). Z omawianego powodu uznaje się także, że wyjaśnienia, zawierające niekonkretne i ogólnikowe stwierdzenia, należy uznać za niezłożone (tak: wyrok KIO z dnia 26 listopada 2010r. sygn. akt: KIO/2498/10).

Wobec powyższego Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę, jednak nie może tego uczynić, nie poprzedziwszy swojej decyzji w tym względzie przeprowadzeniem procedury wyjaśniającej, o której mowa w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Jeżeli wykonawca nie złożył wyjaśnień bądź ocena złożonych wyjaśnień potwierdza, że zaoferowano rażąco niską cenę, oferta podlega zgodnie z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp odrzuceniu. Jak słusznie wskazano w wyroku z dnia 20 maja 2010 r., sygn. akt KIO 730/10 na równi z przypadkiem niezłożenia w ogóle wyjaśnień, doktryna i orzecznictwo traktuje wyjaśnienia niewystarczające i ogólnikowe. Podobnie stwierdził Sąd Okręgowy w Częstochowie w wyroku z dnia 12 sierpnia 2005 r. sygn. VI Ca 464/05.

Wobec powyższego zgodzić należało się z Zamawiającym, że przyjęta przez Odwołującego stawka roboczogodziny jest niższa niż minimalna stawka wynikająca z przepisów ustawy o minimalnym wynagrodzeniu za pracę a Odwołujący w złożonych wyjaśnieniach nie przedstawił obiektywnych okoliczności ani nie złożył dowodów, które wskazywałyby, że wykonana kalkulacja ma swoje faktyczne uzasadnienie, wykonawca w złożonych wyjaśnieniach, nie wykazał w żaden sposób, iż cena oferty pokrywa koszty wykonanej roboty z uwzględnieniem wszystkich kosztów pracy. Ponadto istotne znaczenie ma również okoliczność – której Odwołujący nie zauważa, że kryterium oceny ofert stanowiła cena 30% - w postaci stawki roboczogodziny, co oznacza, że wykonawca podając stawkę zaniżoną mógł liczyć na uzyskanie większej ilości punktów celem zdobycia zamówienia, a takie działanie można uznać również – w określonych okolicznościach - jako czyn nieuczciwej konkurencji. Co do złożonego przez Odwołującego dowodu w postaci protokołu kontroli oraz referencji – jak potwierdził Zamawiający – nie ma znaczenia okoliczność, że Zamawiający był zadowolony z realizacji zamówienia zrealizowanego przez Odwołującego w latach poprzednich, niemniej jednak w tym postępowaniu nie obalił domniemania rażąco niskiej ceny – wobec wezwania Zamawiającego, zatem oferta Odwołującego podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w związku z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp. Bez znaczenia pozostaje w zaistniałej sytuacji argumentacja Odwołującego oraz złożony dowód odnoszący się do realizacji zamówień historycznych.

Wobec powyższego Izba oddaliła niniejsze odwołanie.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 557 oraz art. 574 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 pkt 1 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 (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Wobec powyższego, o kosztach postępowania orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:

.....