Sygn. akt KIO 1614/21

WYROK
z dnia 23 lipca 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca:Magdalena Grabarczyk
Protokolant:Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 lipca 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 31 maja 2021 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia MURKRAK Sp. z o.o. Sp. Komandytowa w Węgrzcach (Węgrzce) oraz Z. M. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Remontowo-Budowlany M. w Miechowie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gminę Jerzmanowice-Przeginia w Jerzmanowicach

przy udziale wykonawcy J. S. (S.) prowadzącego działalność pod firmą UNI-BUD J. S. w Krakowie zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia MURKRAK Sp. z o.o. Sp. Komandytowa w Węgrzcach (Węgrzce) oraz Z. M. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Remontowo-Budowlany M. w Miechowie izalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10.000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia MURKRAK Sp. z o.o. Sp. Komandytowa w Węgrzcach (Węgrzce) oraz Z. M. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Remontowo-Budowlany M. w Miechowie tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodnicząca:……

Sygn. akt KIO 1614/21

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Jerzmanowice-Przeginia w Jerzmanowicach– prowadzi na podstawie przepisów ustawy z 29 stycznia 2019 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1127.), dalej jako: „ustawa" albo „Pzp", postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym na rozbiórkę budynku Ochotniczej Straży Pożarnej na działce nr 765/1, budowę muru oporowego, budowę budynku Ochotniczej Straży Pożarnej z wewnętrznymi instalacjami: elektryczną, wodno-kanalizacyjną, c.o. i gazową w budynku na działkach 779/2, 765/1, budowę zewnętrznej instalacji elektrycznej od budynku do skrzynki pomiarowej oraz zewnętrznej instalacji kanalizacyjnej od budynku do studni kanalizacyjnej na działce nr 765/1 położonej w Racławicach, jedn. ewid. Jerzmanowice - Przeginia. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 40934/01 z 27 kwietnia 2021 r. Wartość zamówienia jest mniejsza niż progi unijne wskazane w art. 3 ust. 1 Pzp.

31 maja 2021 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia MURKRAK Sp. z o.o. Sp. komandytowa w Węgrzcach oraz Z. M. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Remontowo-Budowlany M. w Miechowie wnieśli odwołanie. Zachowany został termin ustawowy i obowiązek przekazania zamawiającemu kopii odwołania.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 226 ust. 1 pkt 4 ustawy przez zaniechanie odrzucenia ofert: J. S. prowadzącego działalność pod firmą UNI BUD J. S. w Krakowie, dalej jako: „UNI-BUD", oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: „Stambud" Sp. z o. o. w Modlnicy oraz 2K-Budownictwo spółka z ograniczoną odpowiedzialnością sp. k. w Modlnicy, dalej jako „Konsorcjum Stambud" - jako ofert nieważnych na podstawie odrębnych przepisów - ceny ofertowe zostały skalkulowane przez wskazanych wykonawców z naruszeniem obowiązujących przepisów dotyczących minimalnego wynagrodzenia;
2. art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy przez zaniechanie odrzucenia ofert UNI-BUD oraz Konsorcjum Stambud - jako ofert, których treści są niezgodne z warunkami zamówienia, postanowieniami SWZ Rozdz. III pkt 23: „Podstawę do określenia kwoty ofertowej są w równej mierze opis techniczny dokumentacji, rysunki dokumentacji wszystkich branż, specyfikacje techniczne, SWZ, wiedza zawodowa Wykonawcy oraz obowiązujące normy i przepisy;
3. art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy przez zaniechanie odrzucenia ofert UNI-BUD oraz Konsorcjum Stambud jako ofert, z których każda zawiera cenę rażąco niską, wykazując wprost niezgodność z przepisami dotyczącymi 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 oraz z 2019 r. poz. 1564) - art. 224 ust. 3 pkt 4 ustawy;
4. art. 239 ustawy przez dokonanie przez zamawiającego wyboru, jako oferty najkorzystniejszej, oferty UNI-BUD, która podlega odrzuceniu.

Odwołujący wniósł o uwzględnienia odwołania nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienie decyzji o wyborze najkorzystniejszej oferty z 24 maja 2021 r.;
2. dokonanie ponownej oceny ofert i odrzucenie ofert UNI-BUD oraz Konsorcjum Stambud;
3. dokonanie ponownej oceny ofert;
4. dokonanie ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący żądał również zasądzenia od zamawiającego na swoją rzecz kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa prawnego.

W uzasadnieniu odwołujący wywodził, że zarzuty odwołania znajdują oparcie w fakcie, że w załączonych do oferty kosztorysach ofertowych jako podstawy do kalkulacji ceny ofertowej wskazano ceny jednostkowe roboczogodziny, odpowiednio w wysokości:

1)UNI-BUD - 20,60 zł/roboczogodzinę
2)Konsorcjum Stambud - 20,00 zł/roboczogodzinę.

J. S. prowadzący działalność pod firmą UNI BUD J. S. w Krakowie zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego. Przystępujący zachował przesłanki ustawowe i wniósł o oddalenie odwołania.

Wobec stwierdzenia, że odwołanie nie podlega odrzuceniu, Izba skierowała je na rozprawę. Odwołujący i przystępujący podtrzymali dotychczasowe stanowiska. Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła, co następuje:

W Rozdziale XIII SWZ „Opis sposobu przygotowania oferty" w pkt 6) zamawiający żądał od wykonawców złożenia wraz z ofertą kosztorysu ofertowego. W Rozdziale III pkt 21 SWZ zamawiający ustalił, że z uwagi na ryczałtowy charakter wynagrodzenia kosztorys ten będzie materiałem poglądowym, informacyjnym dla zamawiającego. Nie będzie stanowił podstawy do oceny ofert. W Rozdziale III pkt 22 SWZ zamawiający ustalił, że dane z kosztorysu będą podstawą do obliczenia wynagrodzenia wykonawcy należnego mu z tytułu wykonania części przedmiotu zamówienia w sytuacji ewentualnego odstąpienia od umowy, jak również wynagrodzenia za ewentualne zabezpieczenie przerwanych robót, czy wyliczenia wartości robót zaniechanych. W Rozdziale III pkt 23 zamawiający postanowił, że podstawą do określenia kwoty ofertowej (ceny ofertowej) są: opis techniczny dokumentacji, rysunki dokumentacji wszystkich branż, specyfikacje techniczne, SWZ, wiedza zawodowa wykonawcy oraz obowiązujące normy i przepisy.

Zamawiający ustalił wartość zamówienia na 767.742, 79 zł netto (944.323, 63 brutto).

12 maja 2021 r. zamawiający otworzył oferty. Poinformował, że na sfinansowanie zamówienia przeznaczył kwotę 978 687,37 zł (brutto). W postępowaniu złożono pięć ofert:

1	INVEKO s. c. R. G. M. G., ul. Floriańska 50, 32-590 Libiąż	1.064.012,12 zł
2	J. S. UNIBUD, ul. Macieja Słomczyńskiego 2/35, 31-234 Kraków	953.619,50 zł
3	Konsorcjum firm: Lider: MURKRAK Sp. z o.o. Sp. Komandytowa, ul. B2 nr 9, 32-086 Węgrzce Partner: Z. M. Zakład Remontowo-Budowlany M., ul. Racławicka 27/19, 32-200 Miechów	996.014,34 zł
4	Konsorcjum firm: Lider: Stambud Sp. z o. o., ul. Św. Wojciecha 89, 32-085 Modlnica Partner: 2K-Budownictwo spółka z ograniczoną odpowiedzialnością sp. k ul. Św. Wojciecha 89, 32-085 Modlnica	978.185,68 zł
5	GIPS-BUD SP. z o. o. ul. Wielicka 25, 30-552 Kraków	1.270.621,84 zł

W załączonych do oferty kosztorysach ofertowych jako podstawy do kalkulacji ceny ofertowej wskazano ceny jednostkowe roboczogodziny, odpowiednio w wysokości:

1) UNI-BUD - 20,60 zł/roboczogodzinę
2) Konsorcjum Stambud - 20,00 zł/roboczogodzinę.

Zamawiający za najkorzystniejszą uznał ofertę UNI-BUD, jako drugą w kolejności ocenił ofertę Konsorcjum Stambud.

W tym stanie rzeczy odwołujący, którego oferta została oceniona jako trzecia w kolejności, wniósł odwołanie.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 505 ust. 1 Pzp. Jest wykonawcą, który złożył ofertę i ma interes w uzyskaniu danego zamówienia. Zarzucane zamawiającemu naruszenia przepisów powodują, że odwołujący może ponieść szkodę w postaci utraty możliwości uznania jego oferty za najkorzystniejszą.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający nie naruszył art. 226 ust. 1 pkt 4 Pzp. Przepis ten stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę, jeśli jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów. Nieważność oferty jest zatem sankcją, która powinna być wskazana *expressis verbis* w konkretnym przepisie. Uszło uwagi odwołującego, że przepisy Pzp nie zawierają katalogu przesłanek nieważności oferty. Oferta składana w postępowaniu o udzielenie zamówienia stanowi oświadczenie woli wykonawcy. Do oceny ważności takiego oświadczenia, z mocy odesłania zawartego w art. 8 ust. 1 Pzp, zastosowanie znajdą zatem przepisy kodeksu cywilnego. O wadach oświadczeń woli stanowi Dział IV kodeksu cywilnego, który zawiera zamknięty katalog wad stanowiących o nieważności oświadczenia woli. Są nimi: brak świadomości lub swobody powzięcia decyzji i wyrażenia woli, pozorność, błąd oraz groźba. Okoliczności faktyczne wskazane w odwołaniu nie referują do żadnej z tych przesłanek. Odwołujący nie wskazuje przepisu stanowiącego o nieważności oferty, a zarzut nieważności ofert Uni-BUD i Konsorcjum Stambud opiera na przekonaniu, że stawka godzinowa, wskazana w kosztorysach ofertowych przez dwóch wykonawców konkurujących z nim o zamówienie publiczne, jest mniejsza niż minimalna stawka wyliczona przez odwołującego w oparciu o obowiązujące przepisy prawa pracy. Przesłanki odrzucenia oferty, zawarte w przepisach o charakterze eliminacyjnym, podlegają wykładni ścisłej. Okoliczności faktyczne wskazane przez odwołującego nie są powiązane z żadnym przepisem zawierającym sankcje odrzucenia oferty, stąd zarzut odwołania nie może być skuteczny.

Nie doszło również do naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy. Przepis ten nakazuje zamawiającemu odrzucenie oferty, której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy to następca prawny art. 89 ust. 1 pkt 2 poprzednio obowiązującej ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) Oba przepisy regulują ten sam zakres przedmiotowy różniąc się wyłącznie nomenklaturą. Poprzedni przepis stanowił *in initio*, że zamawiający odrzuca ofertę, której treść jest niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Tożsamość obu norm powoduje aktualność myśli orzeczniczej wypracowanej pod rządami poprzedniej

ustawy. Treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia, czyli aktualnie warunków zamówienia, to opisane w dokumentach zamówienia wymagania zamawiającego o charakterze merytorycznym dotyczące ilości, jakości, terminu lub innych warunków mających znaczenie dla wykonania przedmiotu zamówienia. W badanym postępowaniu kosztorys ofertowy nie stanowi, ani o spełnieniu wymagań zamawiającego opisanych w SWZ, ani o treści oferty, która podlega badaniu pod kątem przesłanek odrzucenia oferty. Zamawiający wyraźnie ustalił w Rozdziale III pkt 21 i 22 SWZ pomocniczy charakter kosztorysu. Kosztorys może być użyteczny w określonych sytuacjach wynikłych przy wykonaniu umowy, z czym spójne jest stwierdzenie, że kosztorys nie będzie stanowił podstawy do oceny ofert. Postanowienia SWZ mają charakter wiążący zarówno dla zamawiającego, jak i dla wykonawców. Odstąpienie od przestrzegania reguł postępowania opisanych w SWZ nie jest możliwe bez obrazy zasad prowadzenia postępowania. W konsekwencji zarzut zaniechania odrzucenia oferty jako niezgodnej z warunkami zamówienia wywodzony z SWZ, która wyraźnie ustala, że kosztorys ofertowy nie może być podstawą oceny oferty, nie może znaleźć potwierdzenia.
Zamawiający nie naruszył również art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy. Przepis ten nakazuje odrzucenie oferty, która zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. O nietrafności tego zarzutu świadczy już samo porównanie cen ofert UNI-BUD i Konsorcjum Stambud z wartością zamówienia oraz kwotą przeznaczoną przez zamawiającego na sfinansowania zamówienia. Odwołujący dąży do wyjaśnienia jednego elementu składającego się na cenę ofert konkurentów, stawki za roboczogodzinę. Pomija jednak całkowicie, że wyjaśnienie ceny oferty zgodnie z art. 224 ust. 1 Pzp powinno mieć miejsce wyłącznie w sytuacji, gdy cena oferty lub koszt, lub ich istotne części składowe wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia Uszło uwadze odwołującego, że nieznaczna różnica między wynagrodzeniem godzinowym wynikającym z powołanych przez niego przepisów, a stawką wskazaną w kosztorysach UNI-BUD oraz Konsorcjum Stambud (odpowiednio 10% i 11%) nie wpływa na zaniżenie ceny ofert jako całości. Dowodu na twierdzenie przeciwne odwołujący nie powołał. Tymczasem należy uwzględnić, że różnica w stawkach może wynikać nie tylko z faktu zatrudniania osób defaworyzowanych lub uzyskanego dofinansowania, jej źródłem może być również system pracy i rozliczenia przyjęte u danego pracodawcy.
Izba uwzględniła, że celem badania ceny oferty jest ustalenie, czy wysokość tej ceny daje racjonalne podstawy do uznania, że przedmiot zamówienia zostanie zrealizowany stosownie do wymagań zamawiającego z należytą starannością. Odwołujący nie wykazał w żaden sposób, że cena podania w ofertach przez konkurentów jest niewystarczająca dla osiągnięcia tego celu. Brak jest zatem podstaw do uznania, że zamawiający miał uzasadnione powody, by badać ceny ofert wskazanych wykonawców, w tym również pod kątem kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny, zgodnie z art. 224 ust. 3 pkt 4 ustawy, 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 oraz z 2019 r. poz. 1564). Odwołujący całkowicie pomija przy tym, że art. 224 ust. 3 pkt 6 ustawy stanowi o zgodności z przepisami prawa pracy i zabezpieczenia społecznego obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie.
W odniesieniu do tego zarzutu aktualne pozostają również oceny wywodzone z postanowienia Rozdziału III pkt 21 i 22 SWZ. Zamawiający postanowił wprost, że kosztorys ofertowy nie stanowi podstawy do badania oferty, zatem w okolicznościach sporu, przy badaniu ceny oferty, powinna być brana pod rozwagę całkowita cena oferty, a ta nie jest ceną rażąco zaniżoną.
Skoro oferty UNI-BUD i Konsorcjum Stambud nie podlegają odrzuceniu, nie doszło również do naruszenia art. 239 Pzp. Czynność wyboru najkorzystniejszej oferty została dokonana przez zamawiającego zgodnie z ustawą.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 553 ust. 1 i art. 554 ust. 1 pkt 1 Pzp orzekła, jak w pkt 1 sentencji. O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 557 i art. 574 Pzp uwzględniając wynikającą z art. 575 Pzp zasadę ponoszenia kosztów stosownie do odpowiedzialności za wynik postępowania. W rozpoznawanej sprawie stroną odpowiedzialną w całości za wynik postępowania był odwołujący.

Przewodnicząca:.....