

WYROK

z dnia 19 lipca 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Matecka

Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 lipca 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 czerwca 2022 r. przez odwołującego: wykonawcę Swarco Poland spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Modlnicze w postępowaniu prowadzonym przez: Miejski Zarząd Dróg i Komunikacji z siedzibą w Radomiu działający w imieniu i na rzecz Gminy Miasta Radomia

przy udziale wykonawcy Stangl Technik Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Świdnicy zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129, 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.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Miejski Zarząd Dróg i Komunikacji z siedzibą w Radomiu działający w imieniu i na rzecz Gminy Miasta Radomia prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „Utrzymanie sprawności technicznej, prowadzenie eksploatacji i konserwacja drogowej sygnalizacji świetlnej na terenie miasta Radomia”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało

opublikowane w dniu 16 lutego 2022 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2022/S 033-084949.

I. W dniu 23 czerwca 2022 r. wykonawca Swarco Poland spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Modlniczce wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec:

- 1) czynności zamawiającego, polegającej na dokonaniu wyboru oferty Stangl Technik Polska sp. z o.o. z siedzibą w Świdnicy (dalej także jako: „wykonawca Stangl” lub „przystępujący”), jako oferty najkorzystniejszej, pomimo tego, iż oferta ta podlegała odrzuceniu, jako że zawiera cenę rażąco niską, a wykonawca Stangl w złożonych wyjaśnieniach nie potwierdził, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny;
- 2) zaniechania czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, do której zamawiający był obowiązany na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129, ze zm.), dalej jako „ustawa Pzp”, a mianowicie zaniechania odrzucenia oferty, która zawiera rażąco niską cenę, a także
- 3) zaniechania czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, do której zamawiający był obowiązany na podstawie ustawy Pzp, a mianowicie zaniechania wykonania wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 maja 2022 r., sygn. akt KIO 1107/22.

Odwolujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- 1) art. 226 ust. 1 pkt 8) w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp, poprzez brak odrzucenia oferty z rażąco niską ceną lub kosztem, pomimo tego, że złożone wyjaśnienia nie uzasadniają podanej w ofercie ceny, a wręcz potwierdzają, że w cenie oferty nie wliczono wszystkich elementów cenotwórczych, a także wynikających z Opisu Przedmiotu Zamówienia;
- 2) art. 554 ust. 3 pkt 1) lit. a) ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wykonania wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 maja 2022 r., sygn. akt KIO 1107/22, a mianowicie zaniechanie dokonania ponownej oceny złożonych ofert zgodnie z wytycznymi zawartymi w uzasadnieniu ww. wyroku, co w konsekwencji spowodowało, iż Zamawiający dokonał wyboru jako najkorzystniejszej oferty zawierającej rażąco niską cenę, pomimo tego, że złożone przez wykonawcę Stangl wyjaśnienia nie uzasadniają podanej w ofercie ceny;
- 3) art. 16 pkt 1) oraz art. 17 ust. 2 ustawy Pzp, poprzez niezapewnienie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, poprzez zaniechanie obligatoryjnych działań przez zamawiającego, jak również poprzez dokonanie wyboru wykonawcy z naruszeniem przepisów ustawy Pzp, które to zarzuty stanowią konsekwencję wyżej wskazanych zarzutów.

W związku z podniesionymi zarzutami odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz dokonania ponownej oceny i badania ofert i w konsekwencji tych czynności odrzucenia oferty wykonawcy Stangl.

II. Pismem wniesionym w dniu 7 lipca 2022 r. zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie. Zamawiający uznał zarzuty odwołania za niezasadne i wniósł o jego oddalenie.

III. Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca Stangl Technik Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Świdnicy. Stanowisko w sprawie przystępujący przedstawił w piśmie wniesionym w dniu 13 lipca 2022 r. Przystępujący uznał zarzuty odwołania za niezasadne i wniósł o jego oddalenie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba uznała, że odwołanie nie podlega uwzględnieniu.

Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp.

Zgodnie z przepisem art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zgodnie z przepisem art. 224 ust. 6 ustawy Pzp odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu. Natomiast zgodnie z przepisem art. 224 ust. 1 ustawy Pzp jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych.

Z przywołanych przepisów ustawy Pzp wynika, że jakkolwiek podstawą wezwania do wykonawcy do złożenia wyjaśnień mogą być wątpliwości zamawiającego w zakresie istotnych części składowych ceny, to podstawą odrzucenia oferty występuje co do zasady w sytuacji stwierdzenia rażąco niskiej całkowitej ceny (kosztu) oferty. W przypadku oparcia zarzutu na rażącym zaniżeniu istotnej części składowej ceny konieczne jest wykazanie, że będzie to skutkowało ryzykiem niewykonania całości lub części zamówienia. Okoliczności te winny zostać wykazane przez odwołującego, jeżeli tego rodzaju zarzut stawiany jest w odwołaniu. Powyższe nie dotyczy sytuacji w której odrzucenie oferty następuje z powodu nieudzielenia przez wykonawcę wyjaśnień w wyznaczonym terminie.

Odwołujący wskazał, że wykonawca Stangl przyjął w kalkulacji ceny stawki jedynie na poziomie minimalnego wynagrodzenia za roboczogodzinę brutto oraz pominął pozostałe koszty obciążające pracodawcę. Odnosząc się do powyższego należy stwierdzić, że udzielone przez wykonawcę wyjaśnienia (pismo z dnia 30 marca 2022 r.) nie dotyczyły ceny całkowitej oferty,

lecz jej części składowych - 55 z 130 pozycji wyliczenia ceny ofertowej. Odwołujący nie przedstawił żadnej argumentacji, poprzez odwołanie się do treści dokumentacji postępowania, odnośnie charakteru poszczególnych części składowych ceny w odniesieniu do całkowitej ceny oferty - tj. w kontekście ich rozliczania, jak i które z elementów składowych mają obligatoryjny charakter, tj. wykonawca otrzyma za nie wynagrodzenie, a co do których nie ma tej pewności. Izba nie może w tym zakresie zastępować odwołującego. Jak wynika z treści wyjaśnień wykonawcy Stangl w wyliczeniu ceny uwzględnił on zysk w wysokości 15%. Odwołujący nie wykazał, że ewentualne zaniżenie kosztów pracowniczych będzie skutkowało zaniżeniem ceny oferty w stopniu rażąco niskim - tj. że nie mogły one zostać uwzględnione w kategorii kosztów pośrednich (w tym zakresie odwołujący odwołał się jedynie do niektórych pozycji, w przypadku których koszty pośrednie zostały ustalone na poziomie 1%) lub nie mogły zostać pokryte z zysku, który podlegałby odpowiedniemu zmniejszeniu. Takie samo stanowisko należy przyjąć w przypadku zarzucanego wykonawcy Stangl błędu polegającego na tym, że wartość procentowa za koszty sprzętu, koszty pośrednie i marż, odnosi się nie do ceny z formularza cenowego za daną pozycję, a do wartości 19,7 stanowiącej przyjętą stawkę roboczogodziny netto. Po pierwsze, odwołujący nie wskazał, na czym konkretnie opiera swoje twierdzenie o błędnym wyliczeniu ww. składników ceny. Po drugie, ustalona z tego tytułu nieprawidłowość ceny (zaniżenie) została ustalona na poziomie 11.000 zł. Mając na uwadze z jednej strony całkowitą cenę oferty (2 684 809,07 zł), jak i przewidziany przez wykonawcę poziom zysku (15%), Izba uznała, że wpływ ewentualnej ww. nieprawidłowości na cenę oferty wykonawcy Stangl nie został przez odwołującego wykazany.

W odniesieniu do zarzutu, że wyjaśnienia wykonawcy Stangl były niewystarczające należy stwierdzić, że: 1. Wezwanie wystosowane przez zamawiającego (pismo z dnia 25 marca 2022 r.) miało ogólny charakter. 2. W odpowiedzi na wezwanie zamawiającego wykonawca Stangl przedstawił wyjaśnienia (pismo - 4 str.) wraz z kalkulacją i ofertami (2). 3. W ramach uzasadnienia tego zarzutu odwołujący nie wskazał konkretnych powodów prowadzących do uznania, że wyjaśnienia te są niewystarczające (tj. czego w tych wyjaśnieniach brakuje). Poza przywołaniem orzeczeń Izby odwołujący poprzestał na ogólnym stwierdzeniu o niespełnianiu przez wyjaśnienia wykonawcy Stangl wymogów ustawy Pzp. Jedynie w dalszej części uzasadnienia odwołania odwołujący wskazał, że wykonawca Stangl nie przedstawił uzasadnienia ani dowodów dla poszczególnych cen. W szczególności odwołujący wskazał na brak przedstawienia dowodów potwierdzających koszty pracy. W odniesieniu do powyższego należy wskazać, że przepisy ustawy Pzp nie wskazują konkretnych rodzajów dowodów, którymi winny być poparte wyjaśnienia ceny. Z przepisów ustawy Pzp nie wynika również, że każdy jeden element składowy ceny winien być poparty dowodami. Ponadto, w niektórych

przypadkach za wystarczające uznaje się przedstawienie jako dowodów szczegółowej kalkulacji ceny. Treść udzielonych przez wykonawcę wyjaśnień oraz złożonych dowodów podlega ocenie w zależności od konkretnych okoliczności sprawy. W konsekwencji nie można czynić wykonawcy ogólnego zarzutu, że nie złożył dowodu potwierdzającego każdy element składowy ceny. Ponadto, z przepisów ustawy Pzp nie wynika, że przedstawienie dowodów potwierdzających koszty pracownicze winno mieć miejsce zawsze w przypadku, gdy w kalkulacji ceny zostało przyjęte minimalne wynagrodzenie za pracę. Jeżeli odwołujący uważa, że w danych okolicznościach sprawy takie wynagrodzenie nie jest rynkowe, to winien tę okoliczność udowodnić. Odwołujący jedynie poprzestał na stwierdzeniu, że koszty pracy stanowią główny składnik ceny.

Zarzut niewykonania wyroku Krajowej Izby Odwoławczej.

Jak wskazał sam odwołujący w treści uzasadnienia odwołania wyrokiem z dnia 9 maja 2022 r. (KIO 1107/22) Izba nakazała zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, odrzucenie oferty M. W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą ELWAM Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Usługowe z siedzibą w Radomiu oraz przeprowadzenie ponownego badania i oceny ofert. Również przytoczy przez odwołującego fragment uzasadnienia wyroku odnosi się wyłącznie do ww. wykonawcy. Zarówno sentencja wyroku jak i jego uzasadnienie nie odnosi się do oferty wykonawcy Stangl, a zatem wskazywanie na niewykonanie wyroku przez zamawiającego należy uznać za niezasadne. Dodatkowo wymaga zauważenia, że przepis art. 554 ust. 3 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp, którego naruszenie odwołujący zarzucił zamawiającemu, adresowany jest do Izby, a nie do zamawiających. A zatem zamawiający przepisu tego nie mógł naruszyć.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba orzekła, jak w punkcie pierwszym sentencji, na podstawie art. 553 oraz art. 554 ust. 1 pkt 1 a contrario ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557, 574 i 575 ustawy Pzp oraz § 8 ust. 2 zdanie pierwsze 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).

Przewodniczący: