

Sygn. akt: KIO 2805/24

WYROK

Warszawa, dnia 2 września 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca:

Małgorzata Matecka

Protokolant:

Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 sierpnia 2024 r. przez wykonawcę: H.R. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą ATMA H.R. w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Gminę Pobiedziska

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie zadania 3, 4 oraz 8 i powtórzenie czynności badania i oceny ofert w tych zadaniach, w tym odrzucenie, na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych, ofert złożonych przez: a) wykonawcę A.B. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Instalacje Elektryczne B.A. – w zakresie zadania 3, 4 oraz 8; b) wykonawcę S.S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowo-Handlowe "ELTRANS" S.S. w spadku – w zakresie zadania 3 oraz 4.

2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego i:

2.1. zalicza do kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez odwołującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika;

2.2. zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 13 600 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty

postępowania odwoławczego poniesione przez odwołującego.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca:

Sygn. akt: KIO 2805/24

Uzasadnienie

Zamawiający Gmina Pobiedziska (dalej: „Zamawiający”) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „Budowa, przebudowa i modernizacja systemu oświetlenia w gminie Pobiedziska”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 23 kwietnia 2024 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 2024/BZP 00297378.

I. W dniu 5 sierpnia 2024 r. pani H.R. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą ATMA H.R. (dalej: „Odwołująca”) wniosła do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec:

1. czynności wyboru oferty wykonawcy A.B. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Instalacje Elektryczne B.A. (dalej jako „wykonawca A.B.”), jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu w zadaniach nr 3, 4 i

8,

2. zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy A.B. w ww. zadaniach (3,4,8),
3. zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy S.S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowo-Handlowe "ELTRANS" S.S. w spadku (dalej jako „wykonawca S.S.”) w zadaniach 3 i 4.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (dalej: „ustawa Pzp”):

wobec oferty S.S. (zadanie 3 i 4):

- 1) art. 224 ust. 5 i 6 w związku z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy S.S. w sytuacji, gdy oferta ta zawiera rażąco niską cenę (koszt) w stosunku do przedmiotu zamówienia; stawka godzinowa wskazana przez tego wykonawcę (22 zł i 24 zł) znajduje się poniżej minimalnej stawki godzinowej (28,10 zł), a w związku z tym nie ma możliwości wykonania zadania za cenę wskazaną przez tego wykonawcę, gdyż cena ta nie uwzględnia wszystkich kosztów świadczenia usługi;

wobec oferty A.B. (zadanie 3,4,8)

- 2) art. 224 ust. 5 i 6 w związku z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy A.B., mimo że oferta ta zawiera rażąco niską cenę (koszt) w stosunku do przedmiotu zamówienia, gdyż wykonawca ten nie wykazał i nie udowodnił kosztów jakie będzie ponosił w związku z realizacją umowy.

wobec obydwu ww. ofert:

- 3) art. 16 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasady nakazującej prowadzenie postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców w sposób przejrzysty i proporcjonalny,
- 4) art. 17 ust. 2 ustawy Pzp poprzez udzielenie zamówienia PULS z naruszeniem przepisów ustawy Pzp.

W związku z podniesionymi zarzutami Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienia czynności wyboru oferty wykonawcy A.B. jako najkorzystniejszej w zadaniu 3,4 i 8,
- powtórzenia badania i oceny ofert w zadaniach 3 i 4, a następnie odrzucenie oferty wykonawcy A.B. i oferty wykonawcy S.S. w tych zadaniach i dokonanie wyboru oferty Odwołującej jako najkorzystniejszej w postępowaniu w tych zadaniach,
- powtórzenia badania i oceny ofert w zadaniu nr 8, a następnie odrzucenie oferty wykonawcy A.B. w tym zadaniu i dokonania wyboru oferty Odwołującej jako najkorzystniejszej w postępowaniu w tym zadaniu.

II. Pismem wniesionym w dniu 28 sierpnia 2024 r. Zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie. Zamawiający uznał zarzuty odwołania za niezasadne i wniósł o jego oddalenie.

III. Żaden wykonawca nie zgłosił przystąpienia do postępowania odwoławczego.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba uznała, że Odwołująca posiada interes we wniesieniu odwołania. Odwołująca wniosła odwołania w zakresie zadań, w których złożyła ofertę w postępowaniu. Odwołująca podniosła zarzuty względem wszystkich ofert znajdujących się na pozycjach wyższych w rankingu ofert niż oferta Odwołującej. Należy jednak zauważyć, że co do zasady dla stwierdzenia posiadania przez wykonawcę interesu we wniesieniu odwołania wystarczające jest podniesienie przez niego zarzutów względem oferty wybranej jako najkorzystniejsza.

Na podstawie dokumentacji postępowania Izba ustaliła, że:

- Pismami z dnia 27 czerwca 2024 r. Zamawiający wezwał wykonawców, których ofert dotyczą zarzuty podniesione w odwołaniu, do złożenia wyjaśnień, w tym dowodów, dotyczących wyliczenia ceny oferty lub kosztu oferty.
- Wezwanie wystosowane do wykonawcy A.B. dotyczyło zadań: 1, 3, 4 oraz 8.
- Wezwanie wystosowane do wykonawcy S.S. dotyczyło zadań: 1, 3, 4 oraz 6.
- Wykonawca A.B. udzielił odpowiedzi na ww. wezwanie pismami z dnia 3 lipca 2024 r.
- Wykonawca S.S. odpowiedzi na ww. wezwanie udzielił za pismem z dnia 3 lipca 2024 r.
- Pismem z dnia 11 lipca 2024 r. Zamawiający wezwał wykonawcę S.S. do złożenia wyjaśnień w zakresie

wcześniejszych przedstawionych wyjaśnień rażąco niskiej ceny.

- Odpowiedzi na ww. wezwanie wykonawca S.S. udzielił za pismem z dnia 15 lipca 2024 r.

Dalsze ustalenia faktyczne zostaną przedstawione w ramach stanowiska Izby dotyczącego zarzutów podniesionych w odwołaniu.

Izba uznała, że potwierdziły się podniesione w odwołaniu zarzuty dotyczące oferty złożonej przez S.S..

Izba podzieliła stanowisko Odwołującej, że skalkulowana przez tego wykonawcę stawka roboczogodziny nie uwzględnia aktualnie obowiązujących przepisów o wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę i wysokości minimalnej stawki godzinowej.

W piśmie z dnia 3 lipca 2024 r. wykonawca S.S. stwierdził m.in.:

zadanie 3. Przebudowa drogi związana z poprawą parametrów technicznych związanych z doświetleniem drogi w m. Jerzykowo ul. Diamentowa, Turkusowa, Perłowa, Brylantowa, Szafirowa, Szmaragdowa, Korolowa, Bursztynowa, Topazowa, Rubinowa – 1785,5327 (suma r/h strona 12 kosztorysu ofertowego – plik pdf Jerzykowo zadanie 3 zakreszenie) za kwotę 40817,09 (strona 11 kosztorysu ofertowego – plik pdf Jerzykowo zadanie 3 zakreszenie) co daje kwotę 22,86 netto za 1 roboczogodzinę.

zadanie 4. Przebudowa drogi związana z poprawą parametrów technicznych związanych z doświetleniem drogi w m. Jerzykowo ul. Stroma, Na Stoku, Na Skarpie, Na Wzgórzu, Zielone Wzgórze Widokowa, obręb Jerzykowo gm. Pobiedziska – 1843,1237 (suma r/h strona 14 kosztorysu ofertowego – plik pdf Jerzykowo zadanie 4 zakreszenie) za kwotę 44344,36 (strona 13 kosztorysu ofertowego – plik pdf Jerzykowo zadanie 4 zakreszenie) co daje kwotę 24,06 netto za 1 roboczogodzinę.

Natomiast w piśmie z dnia 15 lipca 2024 r. wykonawca ten stwierdził m.in.:

zadanie 3. Przebudowa drogi związana z poprawą parametrów technicznych związanych z doświetleniem drogi w m. Jerzykowo ul. Diamentowa, Turkusowa, Perłowa, Brylantowa,

Szafirowa, Szmaragdowa, Korolowa, Bursztynowa, Topazowa, Rubinowa – 1785,5327 (suma r/h strona 12 kosztorysu ofertowego – plik pdf Jerzykowo zadanie 3 z narzutami zakreszenie) za kwotę 40817,09 (strona 11 kosztorysu ofertowego – plik pdf Jerzykowo zadanie 3 zakreszenie) co daje kwotę 22,86 netto za 1 roboczogodzinę a winno być 40817,09 + 14270,15+8268,96 co daje sumę 63356,20 a co za tym idzie $63356,20/1785,5327= 35,48$ za jedną roboczogodzinę bez podatku vat (str. 11 kosztorysu ofertowego – plik pdf Jerzykowo zadanie 3 z narzutami)

zadanie 4. Przebudowa drogi związana z poprawą parametrów technicznych związanych z doświetleniem drogi w m. Jerzykowo ul. Stroma, Na Stoku, Na Skarpie, Na Wzgórzu, Zielone Wzgórze Widokowa, obręb Jerzykowo gm. Pobiedziska – 1843,1237 (suma r/h strona 14 kosztorysu ofertowego – plik pdf Jerzykowo zadanie 4 zakreszenie) za kwotę 44344,36 (strona 13 kosztorysu ofertowego – plik pdf Jerzykowo zadanie 4 zakreszenie) co daje kwotę 24,06 netto za 1 roboczogodzinę a winno być $44344,36+15528,97+8987,16=68860,49$ a co za tym idzie $68860,49/1843,1237=37,36$ za jedną roboczogodzinę bez podatku vat (str. 13 kosztorysu ofertowego plik pdf Jerzykowo zadanie 4 z narzutami zakreszenie). Ponadto błędnie zatytułowano kosztorys ofertowy dotyczący przedmiotowego zadania. W załączniku kosztorys z poprawioną omyłką.

Z powyższego wynika, że ww. wykonawca kalkulując cenę oferty w zakresie zadania 3 oraz 4 nie uwzględnił przepisów dotyczących minimalnego wynagrodzenia za pracę. Zgodnie z przepisami rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 14 września 2023 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2024 r. (Dz.U. z 2023 r. poz. 1893) od dnia 1 lipca 2024 r. ustala się minimalne wynagrodzenie za pracę w wysokości 4300 zł (§3) oraz minimalną stawkę godzinową w wysokości 28,10 zł (§4). Minimalna stawka godzinowa w przypadku zatrudnienia na podstawie umowy o pracę nie jest stała, gdyż zależy od liczby godzin do przepracowania w miesiącu. W drugim półroczu 2024 r. kształtuje się na następującym poziomie: lipiec 23,37 zł (184h), sierpień 25,60 zł (168h), wrzesień 25,60 zł (168h) październik 23,37 zł (184h), listopad 28,29 zł (152h) grudzień 26,88 zł (160h). Średnia liczba godzin pracy to 169,33. 4300 zł podzielone przez 169,33 daje wynik 25,40 zł. Należy zauważyć, że podana w rozporządzeniu kwota 4300 zł nie uwzględnia dodatkowych kosztów ponoszonych przez pracodawcę – w szczególności z tytułu składek na ubezpieczenia społeczne (dot. części finansowanej przez pracodawcę), FP oraz FGŚP, ale także innych jak np. koszty urlopu wypoczynkowego. Również do podanej kwoty minimalnej stawki godzinowej należy jeszcze doliczyć kwotę składek na ubezpieczenia społeczne, FP oraz FGŚP finansowanych przez zleceniodawcę (w przypadku zatrudnienia na umowę zlecenia). Należy zauważyć, że w wyjaśnieniach wykonawca S.S.a zawarł następującą informację: „Pracownicy, którzy zostaną oddelegowani do prac związanych z budową oświetlenia drogowego, w tym wykonujący prace elektryczne i energetyczne, osoby wykonujące prace

związane z robotami ziemnymi, operatorzy sprzętu oraz osoby zarządzający procesem są zatrudnieni przez naszą firmę na podstawie umowy o pracę na pełen etat.” Wprawdzie w tym zakresie Odwołująca błędnie odniosła się do minimalnej stawki godzinowej (a nie minimalnego wynagrodzenia za pracę), jednakże Izba uznała, że nie ma to istotnego znaczenia dla oceny zarzutów odwołania.

W ramach drugich wyjaśnień (pismo z dnia 15 lipca 2024 r.) wykonawca S.S. przedstawił nowe obliczenia stawki roboczogodziny w ten sposób, że uwzględnił w niej również koszty pośrednie oraz zysk. Należy stwierdzić, że jest to sztuczny zabieg, a wykonawca w powtórnie złożonych kosztorysach posługuje się tą samą stawką roboczogodziny, co

poprzednio. Zabieg ten nie ma również żadnego znaczenia w kontekście badania, czy sporządzając kalkulację ceny wykonawca przestrzegał przepisów o minimalnym wynagrodzeniu za pracę, gdyż koszty pośrednie oraz zysk stanowią elementy cenotwórcze odrębne od wynagrodzeń wypłacanych pracownikom wykonującym prace składające się na przedmiot zamówienia.

Słusznie stwierdziła Odwołująca, że nie zasługuje na akceptację sytuacji tak znaczącej modyfikacji wyjaśnień ceny, jak ta która miała miejsce w przypadku wyjaśnień ww. wykonawcy. Dokonana przez wykonawcę S.S. modyfikacja wyjaśnień ceny świadczy o nierzetelności dokonanej kalkulacji. W ramach pierwotnie złożonego kosztorysu wykonawca ten nie uwzględnił w ogóle kosztów pośrednich oraz zysku. Elementy te zostały uwzględnione w poprawionych kosztorysach (złożonych w odpowiedzi na drugie wezwanie Zamawiającego), jednakże jednocześnie bardzo znacząco – gdyż prawie o połowę - pomniejszono koszty sprzętu (w przypadku zadania nr 3 z 49.190,12 zł na 26.647,80 zł, w przypadku zadania nr 4 z 48.754,52 zł na 24.879,91 zł).

Jak zauważyła Odwołująca ww. wykonawca w przypadku zadania nr 3 przewidział 1785,5327 roboczogodzin, a w przypadku zadania nr 4: 1843,1237 roboczogodzin. W przedmiarze robót dla zadania 3 przewidziano 4 561,48630 r-g, natomiast w przedmiarze robót dla zadania nr 4 przewidziano 4 122,06130 r-g. Słusznie zauważył Zamawiający, że zgodnie z treścią SWZ przedmiarom robót nadano charakter pomocniczy. Jednakże w przypadku tak znaczącego pomniejszenia liczby roboczogodzin w stosunku do danych z przedmiaru robót wykonawca powinien w ramach wyjaśnień ceny udowodnić, że faktycznie będzie w stanie zrealizować zamówienie uwzględniając takie założenie. W niniejszej sprawie nie miało to miejsca. Bez znaczenia pozostaje okoliczność, że wykonawcy nie mieli obowiązku złożenia kosztorysów w postępowaniu. Jeżeli wykonawca składa taki kosztorys w ramach wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny, to podlega on ocenie tak samo jak pozostałe wyjaśnienia i dowody złożone w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego.

Podsumowując, należy stwierdzić, że złożone przez wykonawcę S.S. wyjaśnienia nie

potwierdzają, że w ramach kalkulacji ceny zostały uwzględnione obowiązujące przepisy o minimalnym wynagrodzeniu za pracę. Wyjaśnienia tego wykonawcy wskazują na odmienny stan rzeczy, tj. że koszty osobowe zostały przewidziane na poziomie niższym niż wynikający z tych przepisów. Ponadto, dokonane modyfikacje wskazują na nierzetelność kalkulacji ceny. Nie wykazano możliwości wykonania zamówienia przy tak znacząco zmniejszonej liczbie roboczogodzin w stosunku do danych z przedmiaru. Nie istnieje możliwość zweryfikowania czy niedoszacowanie ceny oferty mogłoby zostać ewentualnie uzupełnione z założonego zysku, gdyż jest to składnik – w przypadku ceny oferty ww. wykonawcy - wysoce wątpliwy. Zysk w ogóle nie został przewidziany w pierwotnie złożonych kosztorysach, natomiast w kosztorysach złożonych w odpowiedzi na drugie wezwanie zamawiającego kwota zysku została wprawdzie wskazana, jednakże w celu jej uwzględnienia znacznie pomniejszono koszty sprzętu. Powyższe skłania do wniosku, że nawet jeśli uznać, że zysk został przewidziany, to w tej sytuacji niedoszacowana będzie kwota kosztów sprzętu. Dokonane modyfikacje kalkulacji nie zostały przez ww. wykonawcę wyjaśnione.

Za zasadne Izba uznała również zarzuty podniesione w odniesieniu do wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny złożonych przez wykonawcę A.B..

W odniesieniu do każdego zadania (3, 4, 8) wykonawca ten podał jedynie ogólną cenę (jedną kwotę) towarów i materiałów niezbędnych do wykonania zadania i wskazał, że pozostała część zaoferowanej kwoty to wynagrodzenie pracowników, koszty obsługi geodezyjnej oraz szacowany zysk. Ponadto, w wyjaśnieniach zawarł następujące oświadczenie: „Oświadczam jednocześnie iż dysponujemy własnym sprzętem do wykonania zadania w pełnym zakresie (tj. koparka, maszyna do przycisków, auto z żurawiem hds, podnośnik kosztowy) oraz, że wszystkie osoby biorące udział w wykonaniu zadania otrzymają wynagrodzenie nie niższe niż najniższa krajowa.” Do wyjaśnień dotyczących każdego ww. zadania załączono ofertę na towary.

Należy zatem stwierdzić, że na podstawie wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny przedstawionych przez wykonawcę A.B. w żaden sposób nie da się dokonać oceny prawidłowości sporządzonych kalkulacji. Podanie jedynie ogólnej kwoty tytułem kosztów towarów oraz materiałów i nieprzedstawienie jakichkolwiek wyjaśnień w zakresie pozostałych elementów cenotwórczych, a w szczególności w zakresie kosztów osobowych, nie pozwala na dokonywanie oceny, czy cena zaoferowana przez tego wykonawcę nie jest rażąco niska.

W związku z powyższym Izba uznała, że w odniesieniu do ofert obydwu ww. wykonawców zastosowanie winny znaleźć przepisy art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp. Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Natomiast 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. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem jako nieudzielenie przez wykonawcę wyjaśnień traktuje się również sytuację niezłożenia wystarczająco konkretnych i rzetelnych wyjaśnień.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba orzekła, jak w punkcie pierwszym sentencji, na podstawie art. 553 oraz art. 554 ust. 1 pkt 1 oraz ust. 3 pkt 1 lit. a) i b) ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557, 574 i 575 ustawy Pzp oraz § 7 ust. 1 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).

Izba nie uwzględniła wniosku Odwołującej o zasądzenie na jej rzecz kosztów dojazdu na posiedzenie i rozprawę, gdyż Odwołująca wraz z tym wnioskiem nie złożyła rachunku ani spisu kosztów. Natomiast zgodnie z § 5 pkt 2 lit. a) do kosztów postępowania odwoławczego, zwanych dalej „kosztami”, zalicza się: uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego, a w okolicznościach, o których mowa odpowiednio w § 7 ust. 2 pkt 2 i 3, ust. 3 i 4, § 8 ust. 2 pkt 2 i 3 oraz § 9 ust. 1 pkt 3 lit. b i pkt 4, koszty uczestnika postępowania odwoławczego, który przystąpił po stronie zamawiającego i wniósł sprzeciw, w wysokości określonej na podstawie rachunków lub spisu kosztów, złożonych do akt sprawy, obejmujące koszty związane z dojazdem na wyznaczone posiedzenie lub rozprawę. Z przepisu tego wynika, że warunkiem zasądzenia na rzecz strony lub uczestnika kosztów dojazdu na posiedzenie lub rozprawę jest złożenie do akt sprawy rachunku lub spisu kosztów potwierdzających wysokość tych kosztów. W niniejszej sprawie rachunek lub spis kosztów nie został złożony.

Przewodnicząca: