Sygn. akt: KIO 3107/24

WYROK

Warszawa, dnia 23 września 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Izabela Niedziałek-Bujak
Protokolant: Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 września 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 sierpnia 2024 r. przez Odwołującego – Wykonawcę Light On Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Zygmunta Krasińskiego 18/97, 01-581 Warszawa, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Gmina Tyczyn, ul. Rynek 18, 36020 Tyczyn

przy udziale przystępującego po stronie Zamawiającego – Wykonawcy Energosieci Podkarpackie Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Św. Maksymiliana Kolbego 28, 36-060 Głogów Małopolski

orzeka:

1 Oddala odwołanie

2 Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Odwołującego – Wykonawcę Light On Sp. z o.o. i:

2.1 zalicza w poczet 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) stanowiącą koszty wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego;

2.2 zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3.600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy) stanowiącą koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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:

KIO 3107/24

U z a s a d n i e n i e

W postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – Gminę Tyczyn, w trybie podstawowym bez negocjacji na rozbudowę oświetlenia ulicznego na terenie Gminy Tyczyn – etap 2 (nr postępowania: SIP.271.9.2024), ogłoszonym w Biuletynie Zamówień Publicznych 09.07.2024 r., nr 2024/BZP 00403131, wobec czynności oceny i wyboru oferty najkorzystniejszej, wniesione zostało 26.08.2024 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wykonawcy Light On Sp. z o.o. z/s w Warszawie (‚KIO 3107/24).

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1) art. 226 ust. 1 pkt 8 w związku z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp przez zaniechanie

czynności odrzucenia oferty wykonawcy Elektrosieci, podczas gdy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a wykonawca złożył

wyjaśnienia, które nie wykazały, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny;

2) art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy El-

Sek, podczas gdy oferta tego wykonawcy została złożona w warunkach czynu

nieuczciwej konkurencji, tj. wykonawca sporządził kosztorysy ofertowe dołączone do oferty z wykorzystaniem nielegalnego oprogramowania.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej, nakazanie powtórzenia badania i oceny ofert, w tym odrzucenie ofert wykonawców Elektrosieci i El-Sek.

Zamawiający poinformował odwołującego o wyborze oferty najkorzystniejszej 19.08.2024 r.

W uzasadnieniu zarzutów dotyczących oferty wybranej odwołujący zakwestionował ocenę złożonych w postępowaniu wyjaśnień dotyczących ceny z 07.08.2024 r. Odwołujący wskazał na uchybienia wynikające z braku zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy oraz przepisami z zakresu prawa pracy i ubezpieczenia społecznego, braku przedstawienia kalkulacji kosztów wykonania zamówienia, zaniżenia drastycznego poszczególnych pozycji i niedostatecznych dowodów dla istotnych elementów kosztowych. W szczególności, odwołujący odniósł się do kalkulacji kosztów zatrudniania 4 osób (w tym kierownika budowy), w których uwzględniono wyłącznie kwotę wynagrodzenia brutto bez pozostałych kosztów związanych z zatrudnieniem pracowników, których łączna wysokość wyniesie 20,48% wynagrodzenia (koszty pracodawcy).

Ponadto wskazał na błąd matematyczny przy wyliczaniu kosztów zatrudnieni, prowadzący do dalszych błędów i różnicy kosztów na poziomie 23.535,88 zł., której nie pokryje zysk przyjęty

na poziomie 17.634,76 zł. Koszty zatrudnienia zostały zdaniem odwołującego drastycznie zaniżone z uwagi na przyjętą liczbę godzin roboczych (168 w miesiącu). Jako zaniżone wskazał również koszty geodezji, koszty skrzynek energetycznych i koszty przycisków.

W odniesieniu do oferty wykonawcy El-Sek odwołujący wskazał na wykorzystanie nielegalnego oprogramowania przy sporządzaniu kosztorysu.

Do postępowania odwoławczego przystąpił w terminie po stronie zamawiającego wykonawca – Energosieci Podkarpackie Sp. z o.o. z/s w Głogowie Małopolskim. Uczestnik wniósł pismo procesowe, w którym odniósł się do postawionych zarzutów (pismo z 05.09.2024 r.).

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o jego oddalenie (pismo z 06.09.2024 r.).

Stanowisko izby.

Do rozpoznania odwołania zastosowanie znajdowały przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązujące w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, (tekst jednolity Dz. U. z 2023 r., poz. 1605 ze zm.), dalej jako Ustawa.

Rozpoznając odwołanie izba miała na uwadze stan faktyczny ustalony w oparciu o dokumentację postępowania złożoną do akt sprawy, a także stanowiska stron i uczestnika prezentowane ustnie na rozprawie i w pismach procesowych.

W poczet materiału dowodowego włączona została dokumentacja postępowania przekazana w wersji elektronicznej przez zamawiającego.

Izba ustaliła i zważyła.

Okoliczności sprawy sprowadzały się do treści wyjaśnień dotyczących ceny oferty wybranej i ich oceny przez zamawiającego jako rozwiewających podejrzenie zaoferowania rażąco niskiej ceny. Ponadto, zarzut nr 2 dotyczy oferty wykonawcy El-Sek, która miała być przygotowana z wykorzystaniem nielegalnego oprogramowania przy sporządzaniu kosztorysu.

W rozdziale XV swz zamawiający określił wynagrodzenie jako ryczałtowe ustalane na podstawie projektu i specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót. Załączony przedmiar robót miał charakter pomocniczy i nie stanowił podstawy wyceny robót. Zamawiający zalecił dołączyć do oferty uproszczony kosztorys ofertowy, który służyć będzie w celach poglądowych jako materiał pomocniczy i informacyjny, który nie stanowi treści oferty i nie będzie służył do jej oceny. W formularzu oferty wykonawcy wskazywali cenę ryczałtową netto i brutto, w tym podatek VAT.

Zamawiający przeznaczył na realizację zamówienia 1 701 000,00 zł.

W postępowaniu złożonych zostało siedem ofert z cenami brutto: 1 463 700,00 zł (ELBRES), 1 400 000,00 zł (Light On), 1 119 300,00 zł (Linter), 1 090 026,00 zł (El-Sek), 1 187 138,30 zł (FHU INSIDE), 953 000,00 zł (Energosieci), 1 981 707,96 zł (El-Mar).

Do oferty Energosieci załączony został uproszczony kosztorys.

Wykonawca El-Sek załączył kosztorysy uproszczone dla wskazanych lokalizacji.

Zamawiający wezwał czterech wykonawców do złożenia wyjaśnień, w tym do uczestnika Energosieci. W wezwaniu z 31.07.2024 r. zamawiający oczekiwał wyjaśnień w zakresie:

1. Wyjątkowo korzystnych warunków dostaw i usług związanych z realizacją robót budowlanych – przez wskazanie warunków dostaw i usług kształtujących cenę przedstawionej oferty.

2. Zgodności 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 lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie;

3. Zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie – przez wskazanie jaka podstawa będzie przyjęta do wypłaty wynagrodzenia pracownikom i odprowadzona składka na ubezpieczenia społeczne.

W wyjaśnieniach z 07.08.2024 r. wykonawca wskazał i wykazał cenę materiałów potwierdzoną ofertami handlowymi, które zostały dodatkowo w ofercie obłożone marżą i wycenione w wyższej kwocie. Koszty robocizny i sprzętu zostały przyjęte uwzględniając własny sprzęt wskazany w wyjaśnieniach. Cena w kosztorysie została zawyżona do poziomu średnich cen rynkowych najmu. Koszty robocizny zostały wyliczone dla czterech osób zatrudnionych na podstawie umowy o pracę, dla których wskazana została kwota wynagrodzenia 5 384 zł brutto (dla pracownika) i 6 850,14 zł brutto (dla 1 kierownika). Wykonawca wskazał również na przyjęte koszty pośrednie w łącznej wysokości 60 425,21 zł, uwzględniające zysk 17 634,76 zł. Wykonawca przyjął mniejszą ilość roboczogodzin od wskazanej w kosztorysie inwestorskim.

Izba oddaliła odwołanie w całości.

Rozstrzygającą o wyniku odwołania była ocena wyjaśnień dotyczących ceny oferty wybranej. Odwołujący nie wykazał zasadności zarzutu błędnej oceny wyjaśnień przez zamawiającego. Okoliczności podniesione w odwołaniu nie przekonały do stwierdzenia, iż wyjaśnienia były

niedostateczne, obarczone błędami i brakami uniemożliwiającymi uznanie kalkulacji za rynkową, usprawiedliwioną kosztami, jakie przyjął wykonawca.

Na wstępie izba podkreśla, iż zakres wyjaśnień podyktowany został wezwaniem, w którym zamawiający zakreślił wątpliwości jakie uzasadniać miały podejrzenie zaoferowania rażąco niskiej ceny. Skład orzekający uznał, iż żądanie sformułowane w wezwaniu pozwoliło w wystarczającym stopniu wyjaśnić istotne składowe ceny, tj. koszty materiałów, robocizny i zatrudnienia dedykowanego dla tego zamówienia personelu. Wykonawca przedstawił rzetelne informacje, oparte na wyliczeniach i ofertach handlowych, co dowiodło poważnego charakteru oferty i pozwoliło rozwiać wątpliwości towarzyszące wezwaniu. Prowadzona procedura wyjaśniająca nie ma na celu przekonania konkurentów o rzetelności kalkulacji. Zmierzać ma natomiast do rozwiania wątpliwości w sposób obiektywnie weryfikowalny okolicznościami podniesionymi w wyjaśnieniach, które mają mieć odniesienie do zakomunikowanego przez zamawiającego zakresu. Stanowi mechanizm dodatkowej weryfikacji oferty, który nie musi być odniesiony do wszystkich uczestników postępowania, co wymaga zachowania zasad przejrzystości w badaniu i ocenie. W szczególności nie można akceptować automatyzmu w odrzucaniu ofert opartego na samym kryterium matematycznym. Wykonawca wezwany może przedstawić bowiem przekonujące argumenty i dowody, które uzasadnią w stopniu zadawalającym niższy poziom kosztów lub ceny. Nie można również formułować kategorycznego zakazu ponownego wezwania do złożenia dalszych wyjaśnień elementów kalkulacji, jeżeli zamawiający posiada wątpliwości, które można nadal wyjaśnić. Zasada jednokrotności wezwania nie jest bowiem opisana w Ustawie, w szczególności nie ma w niej wytycznych co do ustalenia w jaki sposób należy ją stosować. Została wypracowana w orzecznictwie w oparciu o różne stany faktyczne i wielokrotnie nie stanowi o jej naruszeniu fakt ponownego wezwania do wyjaśnień.

W badanej sprawie ocenie zamawiającego podlegały wyjaśnienia z 07.08.2024 r., których punktem odniesienia była cena ryczałtowa obejmująca całość zamówienia i to w odniesieniu do tej ceny na odwołującym spoczywał ciężar przedstawienia takich argumentów, które pozwoliłyby uznać, że okoliczności wskazane w odwołaniu prowadzić muszą do uznania, iż cena całkowita nie pokryje wszystkich kosztów świadczenia (jest rażąco niska).

Tymczasem odwołujący skupił uwagę na wybranych aspektach kosztowych, w jego ocenie znacząco zaniżonych, bez odniesienia ich znaczenia dla ceny ryczałtowej. Ponadto, przedstawiając wyliczenia kosztów pracy przyjął jako punkt odniesienia wysokość wynagrodzenia powiększając ją o składki obciążające pracodawcę, opierając na własnych wyliczenia wniosek o niezgodności z przepisami prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, co nie miało odzwierciedlenia w wyjaśnieniach (wykonawca nie wskazał tych składek). Podobnie rzekome drastyczne zaniżenie poszczególnych pozycji, nie uwzględniało

indywidualnych założeń wykonawcy, odbiegających od ilości zakładanej do wyliczenia wartości kosztorysu inwestorskiego (ilość roboczogodzin).

Izba oceniła wyjaśnienia, jako konkretne osadzone w realiach zamówienia, w którym zasadniczym elementem kosztowym jest cena materiałów i robocizny. Wskazane w odwołaniu nieścisłości, w szczególności odnoszone do kosztów pracy, które odwołujący powiększył o obowiązkowe składki ponoszone przez pracodawcę, nie prowadziły do podważenia kalkulacji ceny stanowiącej cenę ryczałtową. Uwzględnia ona założoną marżę na samych materiałach, jak również zysk, znacząco przekraczające wyliczoną w odwołaniu różnicę na poziomie 23 535,88 zł. Odwołujący pominął również możliwość pokrycia tej różnicy kwotą wskazaną w kosztach pośrednich (60 425,21 zł łącznie z zyskiem). Samo matematyczne wyliczenie kosztów pracowniczych, bez ich odniesienia do elementów kosztowych pozwalających na ich pokrycie w cenie ryczałtowej, nie mogło uzasadniać twierdzenia o nierzetelności kalkulacji ceny ofertowej.

Ponownie należy podkreślić, iż dla stwierdzenia podstawy do odrzucenia oferty, jako zawierającej rażąco niską cenę, odwołujący powinien był wykazać w jaki sposób okoliczności przez niego wywodzone miały znaczenie dla ceny całkowitej oferty. Tymczasem prezentował on w sposób wybiórczy wybrane elementy kalkulacyjne, nie odnosząc się do ceny jako całości, co obrazują jego wyliczenia. Oceniając wyjaśnienia należało również uwzględnić okoliczność pominiętą w odwołaniu a dotyczącą wielkości kosztów pośrednich, które również stanowią składową ceny, pozwalającą przyjąć możliwość korekty tej części kalkulacji kosztów, które odnosiły się do kosztów pracy, w tym składek pracodawcy, wprost nie ujętych w wyjaśnieniach. Jako element kalkulacji możliwy do ustalenia przy znajomości wysokości

wynagrodzenia wskazanej w wyjaśnieniach, jego pominięcie w wyjaśnieniach nie mogło automatycznie przesądzać o ocenie. Zamawiający miał możliwość oceny realności kalkulacji ceny, w tym możliwości pokrycia kosztów pracy, dokonując samodzielnie analizy, tak jak uczynił to odwołujący. Odwołujący również nie odniósł się do marży, wykazanej w wyjaśnieniach, uwzględnionej w cenie materiałów, która również powiększa zysk wskazany odrębnie w wyjaśnieniach.

Podsumowując, izba uznała, że wykonawca podał najważniejsze dane i przedstawił dowody pozwalające zamawiającemu ocenić wyjaśnienia w tym przede wszystkim rozwiać jego wątpliwości. Izba pominęła nowe okoliczności podnoszone w piśmie procesowym odwołującego (str. 6-8), wykraczające poza podstawę zarzutów, w którym nie kwestionował poszczególnych pozycji kosztorysu uproszczonego, jako zaniżonych.

Odnosząc się natomiast do drugiej oferty, jej ocena w tych okolicznościach miała wtórne znaczenie w sytuacji, gdy oddalony został zarzut dotyczący oferty wybranej. Niezależnie

bowiem od oceny zarzutu nr 2, wybór oferty najkorzystniejszej nie ulegnie zmianie. Już tylko na tej podstawie odwołanie podlegałoby oddaleniu (art. 554 ust. 1 pkt 1 Ustawy).

W ocenie składu orzekającego, zarzut nie mógł również być uwzględniony z uwagi na kwestie merytoryczne. Przede wszystkim, dla stwierdzenia że oferta El-Sek powinna podlegać odrzuceniu należałoby odnieść się do znaczenia kosztorysów uproszczonych dla oceny ofert i ich treści. Zamawiający wprost w rozdziale XV swz wyłącznie zalecił dołączyć do oferty uproszczony kosztorys ofertowy, w celach poglądowych jako materiał pomocniczy i informacyjny, który nie stanowi treści oferty i nie będzie służył do jej oceny. Przy takim znaczeniu dokumentu, przy którego sporządzaniu miało dojść do naruszenia praw autorskich, okoliczności te nie mogły rzutować na ocenę merytoryczną oferty.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 575 Ustawy Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 2 w zw. z § 8 ust. 2 pkt 1 oz. 2437).

Izba zaliczyła do kosztów postępowania wpis w wysokości 10.000 zł oraz uzasadnione koszty pełnomocnika zamawiającego wykazane rachunkiem złożonymi przed zamknięciem rozprawy i obciążyła nimi w całości odwołującego.

Przewodnicząca: ……...….