Sygn. akt: KIO 2200/24

WYROK

Warszawa, dnia 15 lipca 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ernest Klauziński

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 24 czerwca 2024 r. przez odwołującego: Highway sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku
w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Rejonowy Zarząd Infrastruktury
w Zielonej Górze z siedzibą w Zielonej Górze
przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego: Wojskowego Biura Projektów Budowlanych S.A. z siedzibą we Wrocławiu

orzeka:

1. Uwzględnia zarzut nr 1 odwołania i nakazuje zamawiającemu:
   1.1 unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
   1.2 dokonanie ponownego badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty wykonawcy Wojskowe Biuro Projektów Budowlanych S.A. z siedzibą we Wrocławiu.
2. W pozostałym zakresie oddala odwołanie.
3. Kosztami postępowania obciąża po 1/2 zamawiającego i odwołującego:
   3.1 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,
   3.2 zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) tytułem proporcjonalnego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego poniesionych przez odwołującego z tytułu wpisu od odwołania,
   3.3 w pozostałym zakresie znosi koszty między stronami.

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.

Przewodniczący …….....

Sygn. akt: KIO 2200/24

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

Rejonowy Zarząd Infrastruktury w Zielonej Górze z siedzibą w Zielonej Górze (dalej: Zamawiający) prowadzi na podstawie przepisów ustawy z 11 września 2019 r. — Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605, dalej: Pzp) przetarg nieograniczony
pn.: „Opracowanie dokumentacji projektowo-kosztorysowej na budowę i rozbudowę kompleksów koszarowych w m. Żagań dla Instytutu Rodzajów Wojsk Akademii Wojsk Lądowych w Żaganiu” (Numer referencyjny: 1/PO/25024/2024) zwane dalej postępowaniem.
Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej
22 stycznia 2024 r. pod numerem 00042820-2024.

24 czerwca 2024 r. wykonawca Highway sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku (dalej: Odwołujący), wniósł odwołanie wobec czynności Zamawiającego i zarzucił mu naruszenie:

1. art. 226 ust. 1 pkt 8 w związku z art. 224 ust. 6 Pzp przez zaniechanie czynności odrzucenia oferty wykonawcy Wojskowego Biura Projektów Budowlanych S.A.
   z siedzibą we Wrocławiu (dalej: Przystępujący), podczas gdy oferta tego wykonawcy zawierała rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a wykonawca złożył wyjaśnienia, które nie wykazały, że oferta nie zawierała rażąco niskiej ceny;
2. art. 226 ust. 1 pkt 8 w związku z art. 224 ust. 6 Pzp przez zaniechanie czynności odrzucenia oferty wykonawcy Przedsiębiorstwo Wielobranżowe, podczas gdy oferta tego wykonawcy zawierała rażąco niską cenę w stosunku

do przedmiotu zamówienia, a wykonawca złożył wyjaśnienia, które nie wykazały, że oferta nie zawierała rażąco niskiej ceny.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1.unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;

2.dokonania ponownego badania i oceny ofert, w tym:

a)odrzucenie oferty Przystępującego;

b)odrzucenie oferty wykonawcy Przedsiębiorstwo Wielobranżowe.

W uzasadnieniu zarzutów odwołania Odwołujący wskazał m. in.:

Zarzut nr 1

6 czerwca 2024 r. Zamawiający wezwał Przystępującego do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny. W treści wezwania Zamawiający zaznaczył że wymaga złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów. Wskazał, że wyjaśnienia powinny dotyczyć szeregu elementów, wśród których wskazana została również zgodność z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2023 r. poz. 1667) oraz zgodność z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie.

Podniósł, że wyjaśnienia powinny zawierać potwierdzenie, że zaoferowana cena uwzględnia wszelkie koszty, jakie poniesie wykonawca z tytułu należytej oraz zgodnej z obowiązującymi przepisami realizacji przedmiotu zamówienia obejmującego wszystkie prace i czynności wynikające ze wzoru umowy i jakiegokolwiek dokumentu załączonego do SWZ.

Wśród kosztów, które należy uwzględnić wyodrębnił koszty kilkukrotnego przejazdu na spotkania w Zielonej Górze oraz do m. Żagań, wykonania mapy wieloformatowej dla rozległego terenu, uzyskanie uzgodnień i opinii, wykonania inwentaryzacji zieleni, badań geologicznych, odbywania nadzorów autorskich na etapie robót budowlanych.

Przystępujący udzielił wyjaśnień w dniu 12 czerwca 2024 r. Wyjaśnienia składają się z krótkiej części opisowej oraz arkuszy kalkulacji. W części opisowej:

a)Wykonawca wskazał na powszechnie (jego zdaniem) używane sposoby obliczenia ceny w zamówieniach tego rodzaju, tj. oparcie się na cennikach, np. „Środowiskowych Zasadach Wycen Prac Projektowych" lub na odniesieniu się do wartości robót budowlanych. Jednak następnie wyjaśnił, że oferowaną cenę przyjął w oparciu o kalkulację własną, która ma polegać na własnym doświadczeniu.

b)Wykonawca wskazał również na kilka ogólnych okoliczności (między innymi posiadane doświadczenie w realizacji podobnych zamówień, znajomość kompleksów wojskowych, dysponowanie zespołem pracowników), jednak bez wskazywania żadnych konkretnych wartości dotyczących możliwych oszczędności z tego tytułu.

Natomiast w arkuszach kalkulacji wykonawca wskazał jakie konkretnie opracowania musi wykonać w ramach realizacji zamówienia. Do każdego opracowania podał jego cenę jednostkową. Brak było jednak wyjaśnienia, w jaki sposób została ustalona cena poszczególnych opracowań. Do wyjaśnień nie zostały dołączone żadne dowody.

Tego samego dnia, tj. 12 czerwca 2024 r., Przystępujący udzielił kolejnych wyjaśnień, w których zapewnił, że koszty zatrudnienia pracowników wykonujących czynności przy realizacji zamówienia przekraczają wartość najniższego wynagrodzenia za pracę. Nie wskazał jednak konkretnej wysokości wynagrodzeń. Wskazał na ogólne okoliczności pozwalające mu zaproponować tak niską cenę. Uzupełnił też początek wcześniej złożonego arkusza kalkulacyjnego o pozycje wynagrodzenie pracowników oraz kilkukrotny przyjazd do inwestora na teren inwestycji, jednakże nie zawarł jakiejkolwiek informacji dotyczącej sposobu dojścia do zaproponowanej przez siebie kalkulacji.

Przystępujący umieścił w swoich wyjaśnieniach arkusze kalkulacyjne, dzieląc zaoferowaną cenę na ceny poszczególnych opracowań. Jednakże miały one bardzo uproszczony charakter. Przystępujący wskazał na opracowania, które zostaną wykonane, oraz ich łączną cenę. Brak natomiast rozbicia tych cen na szczegóły, które umożliwiłyby weryfikację poczynionych założeń. Nie wiadomo było więc skąd wynika którakolwiek z podanych cen, stanowiących przypadkowe liczby, niemożliwe do ustalenia i weryfikacji.

Przystępujący jako swój główny koszt wskazał wynagrodzenie projektantów, tj. 2 400 000 zł netto. Jednakże nie wiadomo:

a)Ilu projektantów wykonawca zatrudnia.

b)Ile zarabiają projektanci zatrudniani przez wykonawcę.
c)W jakim zakresie będzie konieczne zaangażowanie projektantów (czy będą oddelegowani tylko do realizacji tego zamówienia, czy może będą równolegle realizować kilka przedsięwzięć).
d)Przez jaki czas (ile miesięcy) projektanci będą zaangażowani w realizację zamówienia.

Dopiero podanie tych wartości pozwoliłoby zweryfikować, czy założona na wynagrodzenie projektantów wartość 2 400 000 zł netto jest realna. Nie znając jednak tych danych nie sposób dokonać weryfikacji. Wyjaśnienia Przystępującego nie wykazały, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Do wyjaśnień nie zostały dołączone żadne dowody. Kalkulacje składają
się z podania nieweryfikowalnych ekonomicznie liczb, bez jakichkolwiek wyjaśnień dotyczących tego, skąd się wzięły.
Wyjaśnienia nie zawierały wytłumaczenia zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy oraz zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego. Wyjaśnienia miały ogólny charakter. W tych okolicznościach oferta Przystępującego podlegała odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w związku z art. 224 ust. 6 Pzp. Zamawiający zaniechał odrzucenia, czym naruszył wskazane wyżej przepisy. Jednocześnie naruszenie
to miało wpływ (mogło mieć istotny wpływ) na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.
Zarzut nr 2
W zakresie wyjaśnień ceny udzielonych przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Wielobranżowe Odwołujący wskazał:
W części opisowej Wykonawca początkowo skupił się na przedstawieniu oszczędności, które są dla niego dostępne, takie jak: korzystanie z pomocy asystentów projektantów (którzy pomimo otrzymywania niższego wynagrodzenia mogę wykonywać część prac), korzystania
z dofinansowania z PFRON, dublowanie stanowisk, posiadanie urządzeń wielofunkcyjnych
i samochodów. Wykonawca policzył oszczędności, jakie wygeneruje z tego tytułu, a następnie doliczoną kwotę dodał do zaoferowanej przez siebie ceny. W ten sposób otrzymał wartość, która jest niższa od ubruttowionej wartości zamówienia o 23,15%, co zdaniem wykonawcy Przedsiębiorstwo Wielobranżowe nie jest już tak dużą dysproporcją. Z części opisowej wyjaśnień wynika, że asystent projektanta otrzymuje wynagrodzenie w wysokości 4 242 zł brutto, natomiast projektant w wysokości 9 000 zł brutto. Następnie wykonawca przedstawił kalkulację kosztów, jakie musi ponieść w związku z realizacją zamówienia.
Wykonawca w ogóle nie uwzględnił w kalkulacji obowiązku zapłaty podatku od towarów i usług (VAT). Przedsiębiorstwo Wielobranżowe kalkulując koszty, jakie musi ponieść w związku
z realizacją zamówienia, jako punkt wyjścia powinien przyjąć kwotę netto, tj. 4 248 800,00 zł.
Wykonawca otrzyma wprawdzie od Zamawiającego kwotę brutto, czyli 5 226 024,00 zł, jednakże z tej kwoty zobowiązany będzie odprowadzić 977 224,00 zł tytułem należnego podatku od towarów i usług (VAT). Tym samym kwota, za którą będzie musiał ponieść wszystkie koszty związane z realizacją zamówienia (i jeszcze wypracować zysk) to kwota
4 248 800,00 zł.
Wykonawca Przedsiębiorstwo Wielobranżowe pominął fakt, że będzie musiał zapłacić podatek od towarów i usług (VAT) w wysokości 977 224,00 zł, a nie wszystkie koszty, jakie poniesie, spowodują obniżenie tego podatku o podatek naliczony. Kalkulacja wykonawcy była zupełnie nieczytelna i utrudniała Zamawiającemu weryfikację, czy przy kosztach, jakie wykonawca musi ponieść, możliwe jest zrealizowanie zamówienia za zaoferowaną cenę. Żeby ustalić właściwe kwoty konieczne jest dokonanie samodzielnych obliczeń.
Zamawiający w treści wezwania do wyjaśnień rażąco niskiej ceny wskazał, że wyjaśnienia muszą dotyczyć szeregu elementów, wśród których wskazane zostało również (i wyróżnione graficznie poprzez podkreślenie) 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 (Dz. U. z 2020 r.
poz. 2207) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie oraz zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie. Tymczasem wykonawca Przedsiębiorstwo Wielobranżowe wskazał, że projektanci otrzymują wynagrodzenie w wysokości 9 000 zł brutto, a asystencji projektantów w wysokości 4 242 zł brutto (tj. minimalne wynagrodzenie za pracę). Wykonawca pominął, że w aktualnym stanie prawnym, poza kwotą wynagrodzenia brutto, pracodawca/zleceniodawca ponosi dodatkowe koszty, m. in. wynikające z ustawy z dnia 13 października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych (tekst jednolity Dz. U. z 2021 r. poz. 423, z późn. zm.).
Wyjaśnienia wykonawcy nie wykazały, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.
Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z 8 lipca 2024 r. wniósł o jego oddalenie.

W uzasadnieniu swojego stanowiska wskazał m. in., że wyjaśnienia złożone przez obu ww. wykonawców w należyty sposób obrazowały sposób kalkulacji cen ofert. Zamawiający zaprzeczył twierdzeniom Odwołującego.

Po przeprowadzeniu rozprawy Izba, uwzględniając dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności
treść SWZ, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron
i Przystępującego zawarte w odwołaniu i pismach procesowych, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 Pzp.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 Pzp, tj. istnienie po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez niego szkody w wyniku kwestionowanych czynności zamawiającego.

Mając na uwadze powyższe Izba merytorycznie rozpoznała złożone odwołanie, uznając,
że zasługuje ono na uwzględnienie.

Rozpoznając odwołanie Izba przeprowadziła dowód z dokumentacji postępowania,
ze szczególnym uwzględnieniem SWZ wraz z załącznikami oraz wszystkich wnioskowanych przez uczestników postępowania dowodów z dokumentów, nie znajdując podstaw faktycznych do pominięcia któregokolwiek z nich na podstawie art. 541 Pzp.

Izba ustaliła, co następuje:

6 czerwca 2024 r. Zamawiający zwrócił się do Przystępującego oraz do wykonawcy Przedsiębiorstwo Wielobranżowe z wezwaniem do wyjaśnienia cen ofert:

„(…) zwracam się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny w prowadzonym postępowaniu (…). Zamawiający żąda udzielenia wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych, gdyż zaoferowana przez Państwa cena, wydaje się zamawiającemu rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia, budzi wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia (…). Państwa wyjaśnienia mogą dotyczyć w szczególności:

1)oszczędności metody wykonania zamówienia, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla Wykonawcy, kosztów pracy, które
nie mogą być niższe od minimalnego wynagrodzenia za pracę, ustalonego
na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2023 r. poz. 1667);
2)udzielonej pomocy publicznej na podstawie odrębnych przepisów;
3)wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązującym w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie
4)kosztów: kilkukrotnego przyjazdu na spotkania do Zielonej Góry oraz do m. Żagań, wykonania mapy wielkoformatowej dla rozległego terenu, uzyskanie uzgodnień
i opinii, wykonania inwentaryzacji zieleni, badań geologicznych, odbywania nadzorów autorskich na etapie robót budowlanych.
5)potwierdzenie że zaoferowana cena uwzględnia wszelkie koszty, jakie poniesie Wykonawca z tytułu należytej oraz zgodnej z obowiązującymi przepisami realizacji przedmiotu zamówienia obejmującego wszystkie prace i czynności wynikające
ze wzoru umowy i jakiegokolwiek dokumentu załączonego do SWZ.

Zgodnie z art. 224 ust. 5 ustawy Pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na Wykonawcy. Ponadto Zamawiający informuje, że zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp Zamawiający odrzuci ofertę Wykonawcy, który nie udzieli odpowiedzi, wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdzi,
że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia”.

Obaj wykonawcy złożyli wyjaśnienia w terminie zakreślonym przez Zamawiającego.

Ze względu na obszerność tych wyjaśnień, Izba uznała za niecelowe przytaczanie ich w treści wyroku.

W zakresie wyjaśnień złożonych przez Przystępującego, po przeprowadzeniu dowodu z nich, Izba ustaliła co następuje.

Pod względem zakresu wyjaśnienia odpowiadały wezwaniu z 6 czerwca 2024 r. Wyjaśnienia jednak nie zostały poparte żadnym dowodem poza załączoną do nich kalkulacją. Wezwanie do wyjaśnień miało niewątpliwie bardzo ogólny charakter, nie było więc podstaw wymagania od wykonawców wyjaśniania każdego szczegółu oferty i popierania go

dowodami. Wyjaśnienia Przystępującego były jednak nadmiernie ogólne i w praktyce sprowadzały się do niepopartych dowodami deklaracji. Trudno bowiem było uznać za wiarygodny dowód załączoną
do wyjaśnień kalkulację. Kalkulacja, o ile bardzo szczegółowa i rozbudowana, w praktyce była rozbiciem ceny całkowitej na poszczególne pozycje. Przystępujący nie udowodnił choćby podstawowych założeń jakimi kierował się tworząc kalkulację. Nie miała ona więc wyższego waloru dowodowego niż oświadczenie wykonawcy.
W konsekwencji powyższych ustaleń Izba uznała, że są one zgodne ze stanem faktycznym opisanym przez Odwołującego, będącym podstawą podniesionych przez niego zarzutów.

Zgodnie z art. 224 ust. 6 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.
Wyjaśnienia złożone przez Przystępującego nie uzasadniały zaoferowanej ceny, ponadto nie zostały poparte dowodami, które mogłyby zostać uznane za przekonujące. Tym samym Izba uznała, że oferta Przystępującego podlega odrzuceniu na podstawie art. 224 ust. 6 Pzp.
Nie potwierdziły się natomiast twierdzenia Odwołującego dotyczące wyjaśnień złożonych przez Przedsiębiorstwo Wielobranżowe. Po przeprowadzeniu dowodu z tych wyjaśnień Izba ustaliła, że ponad wszelką wątpliwość odpowiadają one pod względem zakresu wezwaniu
z 6 czerwca 2024 r. Są one wystarczająco dokładne i poparte należytymi dowodami – wszystkie okoliczności na które wskazał wykonawca zostały nimi potwierdzona. Tym samym – wbrew stanowisku Odwołującego – Izba uznała, że nie ma podstaw do uznania,
że w stosunku do oferty Przystępującego zaistniały przesłanki określone w art. 224 ust. 6 Pzp.
W zakresie twierdzeń dotyczących pominięcia przez Wykonawcę obowiązku doliczenia podatku VAT do niektórych pozycji cenowych Izba uznała stanowisko Odwołującego
za nieudowodnione, ale też niedostatecznie wyjaśnione. Odwołujący wskazywał na oczywiste – w jego ocenie – nieprawidłowości oferty Wykonawcy wynikające z wyjaśnień ceny oferty. Izba wskazuje jednak, że oczywiste nieprawidłowości również wymagają należytego udowodnienia, by rzeczywiście mogły zostać uznane za oczywiste. Dowodu nie wymagają bowiem fakty powszechnie znane, oraz fakty przyznane w toku postępowania odwoławczego przez stronę przeciwną (art. 532 ust. 1 Pzp oraz art. 533 ust. 1 Pzp).
Co za tym idzie Odwołujący miał obowiązek, na zasadach ogólnych, udowodnić podniesiony zarzut. Dopiero w takim przypadku możliwe byłoby uznanie, że zaistniały przesłanki z art. 537 pkt 2 Pzp, zgodnie z którym ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na zamawiającym, jeżeli wykonawca, który złożył ofertę, nie jest uczestnikiem postępowania odwoławczego. Nie ma podstaw do założenia, że zamawiający ma obowiązek dowodzenia braku rażąco niskiej ceny oferty, co do której podniesione zostały niczym nie poparte zarzuty.
Wobec powyższego Izba uznała, zę zarzuty dotyczące oferty wykonawcy Przedsiębiorstwo Wielobranżowe nie potwierdziły się i podlegały oddaleniu.
Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.
O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy
na podstawie art. 575 Pzp oraz w oparciu o przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 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 …….....