

WYROK

Warszawa, dnia 15 stycznia 2025 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodnicząca: Anna Osiecka-Baran

Protokolantka: Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 stycznia 2025 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 grudnia 2024 r. przez wykonawcę **Fortino Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Jastrzębiu-Zdroju** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Gminę Mszana**

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża **Odwolującego** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy)** uiszczoną przez **Odwolującego** tytułem wpisu od odwołania.

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:.....

Uzasadnienie

Gmina Mszana, dalej „Zamawiający”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. Rozbudowa wewnętrznej instalacji gazu wraz z przebudową kotłowni w budynku ośrodka kultury, na parceli nr 2000/304 (obecnie nr 2720) zlokalizowanej w Mszanie przy ul. Mickiewicza 92. Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2024 r. poz. 1320 ze zm.), dalej „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 8 listopada 2024 r. pod numerem 2024/BZP 00586285.

W dniu 16 grudnia 2024 r. wykonawca Fortino Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Jastrzębiu-Zdroju, dalej „Odwolujący”, wniósł odwołanie, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez ATEX- INSTAL sp. z o.o. [dalej jako Atex], w sytuacji, w której treść przedmiotowej oferty jest niezgodna z warunkami zamówienia, bowiem wykonawca Atex zaoferował wykonanie przedmiotu zamówienia w terminie do 2 miesięcy od dnia zawarcia umowy, podczas gdy z treści SWZ wynika, że termin wykonania przedmiotu umowy wynosi maksymalnie 45 dni od dnia zawarcia umowy,
2. art. 226 ust. 1 pkt 3 ustawy PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Atex, pomimo, że istotny element składający się na zaoferowaną przez Atex cenę, tj. stawka roboczogodziny, jest niezgodny z przepisami ustawy, albowiem przyjęty przez wykonawcę Atex koszt roboczogodziny jest niższy o minimalnego wynagrodzenia za pracę, co powoduje niezgodność oferty Atex z przepisami ustawy,
3. art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP w związku z art. 224 ust. 1 ustawy PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Atex pomimo, że istotne elementy części składowych zaoferowanej przez wykonawcę Atex ceny, tj. koszt roboczogodziny, jest rażąco niski w stosunku do przedmiotu zamówienia,
4. art. 224 ust. 1 ustawy PZP w związku z art. 224 ust. 6 ustawy PZP poprzez zaniechanie wezwania Atex do złożenia wyjaśnień w przedmiocie przyjętej przez wykonawcę Atex stawki roboczogodziny w kontekście zgodności zaoferowanej stawki z przepisami dotyczącymi kosztów prac, a tym samym istnienia podstaw do odrzucenia oferty z powodu rażąco niskiej ceny (zarzut ewentualny),
5. art. 252 ust. 1 ustawy PZP poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty, która nie powinna być wybrana jako najkorzystniejsza, gdyż podlegać winna odrzuceniu, a powinna zostać wybrana oferta Odwołującego,
6. art. 16 pkt 1 ustawy PZP w zw. art. 17 ust. 2 ustawy PZP i art. 239 ust. 1 i 2 ustawy PZP poprzez wybór jako

najkorzystniejszej oferty podlegającej odrzuceniu, co narusza zasady równego traktowania wykonawców i legalizmu.

Odwolujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, powtórzenia czynności badania i oceny oferty, odrzucenie oferty złożonej przez wykonawcę Atex lub ewentualnie- wezwanie wykonawcy Atex do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny, tj. w zakresie przyjętego kosztu robocizny, powtórzenia czynności wyboru najkorzystniejszych ofert.

Do postępowania odwoławczego w ustawowym terminie nie przystąpił żaden wykonawca.

Zamawiający pismem z dnia 7 stycznia 2025 r. złożył odpowiedź na odwołanie.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy, Izba stwierdziła, iż odwołanie podlega oddaleniu.

Izba uwzględniła przy rozpoznaniu odwołania dokumentację postępowania, w szczególności: specyfikację warunków zamówienia, oferty wykonawców, korespondencję wykonawców z Zamawiającym, informację o wyborze oferty najkorzystniejszej. Izba wzięła również pod uwagę stanowiska wyrażone w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, a także oświadczenia i stanowiska stron wyrażone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 10 stycznia 2025 r.

Uwzględniając powyższe, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

W drugiej kolejności Izba stwierdziła, że Odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody, będącej konsekwencją zaskarżonych w odwołaniu czynności.

Dalej, Izba, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, doszła do przekonania, iż w niniejszym postępowaniu nie doszło do naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, a tym samym, na podstawie art. 554 ust. 1 ustawy Pzp, rozpoznawane odwołanie podlegało oddaleniu.

Odwolujący podnosił, że treść oferty złożonej przez wykonawcę Atex jest sprzeczna z warunkami zamówienia.

Izba ustaliła, że zgodnie z pkt 4.1 specyfikacji warunków zamówienia *Termin wykonania zamówienia: do 45 dni od dnia podpisania umowy*. Powyższe wymaganie znalazło wyraz w §2 ust. 1 projektowanych postanowień umownych, który ma następujące brzmienie: *Wykonawca zobowiązuje się wykonać przedmiot umowy w terminie do 45 dni od dnia zawarcia umowy*. Stosownie do formularza ofertowego w pkt III ppkt 2 znalazło się stwierdzenie: *Oświadczam/y, że przedmiot zamówienia wykonamy w terminie do 2 miesięcy od dnia zawarcia umowy*.

Wykonawca Atex złożył ofertę, której treść jest zdaniem Odwołującego niezgodna z warunkami zamówienia, bowiem w pkt III ppkt 2 formularza oferty wykonawca Atex złożył następujące oświadczenie: *Oświadczam/y, że przedmiot zamówienia wykonamy w terminie do 2 miesięcy od dnia zawarcia umowy*.

Z powyższym nie sposób się zgodzić. Wpisany w treści formularza ofertowego przez wykonawcę Atex termin może stanowić jedynie omyłkę.

Całokształt okoliczności w niniejszym postępowaniu wskazuje, że zamiarem wykonawcy było zobowiązanie się do wykonania zamówienia w terminie określonym w SWZ. Wpisanie niewłaściwej daty wynikało niewątpliwie z wypełnienia przez wykonawcę formularza oferty udostępnionego przez Zamawiającego. W niniejszym postępowaniu trudno byłoby uznać, aby Wykonawca zamierzał zrealizować zamówienie w innym terminie. Tym bardziej, że termin realizacji zamówienia został przez Zamawiającego jednoznacznie określony w ogłoszeniu o zamówieniu oraz SWZ i projektowanych postanowieniach umownych. Rolą wykonawcy było jedynie zaakceptować termin. Nie jest zatem tak, że wykonawcy byli zobowiązani określić samodzielnie termin realizacji.

Należy także podkreślić, że treść oferty wykonawcy zawierała również oświadczenia Wykonawcy stanowiące zobowiązanie do zrealizowania zamówienia zgodnie z wymaganiami SWZ. Wykonawca w pkt III.3 oferty oświadczył, że zapoznał się ze specyfikacją warunków zamówienia i w pełni je akceptuje - co obejmuje również przyjęcie bez zastrzeżeń terminu realizacji zamówienia określonego w SWZ, a także w pkt III.4 oferty oświadczył, akceptuje projektowane postanowienia umowy i zobowiązuje się, w przypadku wyboru oferty, do zawarcia umowy, na warunkach

określonych w specyfikacji warunków zamówienia i jej załącznikach, w miejscu i terminie wyznaczonym przez Zamawiającego. - co obejmuje również gwarancję dotrzymania terminu realizacji zamówienia określonego we wzorze umowy.

Oznacza to, że Zamawiający dysponował kilkoma oświadczeniami wykonawcy o jednoznacznej intencji co do zamiaru zrealizowania zamówienia zgodnie z treścią SWZ.

Reasumując, treść oferty wskazywała na intencję wykonawcy - zrealizowania zamówienia zgodnie z SWZ. Termin realizacji zamówienia został przez Zamawiającego sztywno określony.

Dlatego też nie sposób uznać, aby oferta wykonawcy Atex podlegała odrzuceniu jako niezgodna z warunkami zamówienia.

Odwolujący podnosił także, że istotny element cenotwórczy, przyjęty w ofercie złożonej przez wykonawcę Atex, tj. koszt roboczogodziny, jest niezgodny z przepisami ustawy, albowiem został przyjęty na poziomie niższym od minimalnego wynagrodzenia za pracę, co powoduje niezgodność oferty Atex z przepisami ustawy.

Izba ustaliła, że w złożonym na wezwanie Zamawiającego kosztorysie ofertowym wykonawca Atex przyjął stawkę roboczogodziny na poziomie 30,00 zł.

Niemniej, w kosztorysie ofertowym wykonawca Atex zastosował koszty pośrednie w wysokości 65% od robocizny i sprzętu, co faktycznie zwiększa wartość przyjętej stawki robocizny z 30,00 zł na 49,50 zł ($30,0\text{zł} \cdot 1,65$) i pokrywa w całości podnoszone przez odwołującego obligatoryjne obciążenia płac.

Ponadto wartość robocizny ulega zwiększeniu o narzut Zysku, przyjęty przez wykonawcę w wysokości 15% od: robocizny, kosztów pośrednich od robocizny, sprzętu, kosztów pośrednich od sprzętu; co skutkuje zwiększeniem realnej stawki roboczogodziny do 56,93 zł. ($30,0\text{zł} \cdot 1,65 \cdot 1,15$).

Całkowita wartość robocizny na wykonanie całego zakresu robót w kosztorysie ofertowym wykonawcy Atex bez kosztów pośrednich i zysku wynosi: 32.208,52 zł. Po zastosowaniu narzutów kosztów pośrednich wartość ta wzrasta do 53.144,06 zł, natomiast po zastosowaniu narzutu zysku wzrasta do kwoty: 61.115,67 zł.

W ocenie Izby, stosowanej w kosztorysach ofertowych stawki roboczogodziny bez uwzględnienia stosowanych narzutów nie można wiązać z minimalną stawką wynagrodzenia za pracę ustaloną rozporządzeniami.

Dlatego też Izba powyższy zarzut uznała za bezzasadny.

W konsekwencji nie potwierdził się zarzut dokonania wyboru oferty wykonawcy, która nie była najkorzystniejsza. Tym samym nie sposób uznać, aby Zamawiający naruszył w kwestionowanym zakresie art. 16 pkt 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy 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).

Przewodnicząca:.....